

# GmbH-Gesellschafter-Darlehen

- Gesellschafter-Darlehen
- Gesellschafts-Darlehen
- Haftungsrisiken des GmbH-Geschäftsführers bei Kreditnahme und -vergabe



Mandanten-Info

## **GmbH-Gesellschafter-Darlehen**

# Inhalt

<b>1. Gesellschafter-Darlehen – flexibel und praktisch .....</b>	<b>2</b>
1.1 So kommt ein Gesellschafter-Darlehen zustande .....	4
1.2 Sicherheiten – notwendig oder nur Beiwerk? .....	8
1.3 Sonderform eines Darlehens: Gesellschafter-Verrechnungskonten .....	9
1.4 Stehen gelassenes Entgelt: Stundung .....	10
<b>2. Zinsen für Gesellschafter-Darlehen.....</b>	<b>11</b>
<b>3. Rückzahlung von Gesellschafter-Darlehen .....</b>	<b>13</b>
<b>4. Forderungsverzicht ohne und mit Besserungsschein .....</b>	<b>16</b>
<b>5. Nachträgliche Anschaffungskosten bei Verzicht und Forderungsausfall oder Einlage.....</b>	<b>18</b>
<b>6. Alternativen zu Gesellschafter-Darlehen.....</b>	<b>22</b>
6.1 Stille Gesellschaft .....	22
6.2 Partiarische Gesellschafter-Darlehen.....	23
6.3 Patronatserklärung .....	24

## Vorwort

Ein Gesellschafterdarlehen ist ein ganz normales Darlehen, wie es auch jeder Außenstehende oder jede Bank geben könnte. Es stellt also eine „ganz gewöhnliche“ Form der Fremdfinanzierung dar, die – wie andere Kredite auch – mit einem „ganz gewöhnlichen“ Vertrag geschlossen werden. Eine Formvorschrift gibt es ebenfalls nicht. Der Vertrag kann also sogar mündlich geschlossen werden – wovon aber grundsätzlich abgeraten werden muss.

Der Vorteil von Gesellschafterdarlehen: Sie sind in der Regel einfach und schnell zu erhalten. Vorausgesetzt natürlich, der Gesellschafter verfügt selbst über genügend finanzielle Mittel oder kann persönlich Kredit erhalten. Nur selten dienen Gesellschafterdarlehen dazu, einen Liquiditätsengpass kurzfristig zu überbrücken. Meist soll die finanzielle Ausstattung der GmbH langfristig gestärkt werden. Deshalb werden häufig lange Laufzeiten zu festen Konditionen vereinbart. Fremde Kapitalgeber, wie etwa Banken, geben Kredite nur sehr ungern für eine lange Zeit. Und falls doch, kann der Kreditnehmer nur selten auf konstante Kreditbedingungen hoffen.

Eine Patronatserklärung ist eine Art „Hand aufs Herz, ich stehe für meine GmbH gerade!“-Erklärung. Gerade auch in der heutigen Zeit haben solche Versicherungen, die auf Vertrauen basieren, einen größeren Stellenwert als Verträge. Aber sie verpflichten natürlich auch mehr als reine Verträge, da hier auch die unternehmerische Ehre angesprochen wird.

Wieso kann ein GmbH-Gesellschafter für „seine“ GmbH einen Kreditvertrag eingehen oder eine „Ehrenerklärung“ abgeben? Eine GmbH ist eine juristische Person, hat also eine eigene Rechtspersönlichkeit, ist selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten, kann Eigentum erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden. Als eigenständige juristische Person kann sie natürlich rechtlich wirksam Verträge auch mit ihren Gesellschaftern schließen, so z. B. auch Kreditverträge.

Rein GmbH-rechtlich ist die Haftung des Gesellschafters auf den Wert seiner Stammeinlage bzw. den Wert seines Geschäftsanteils begrenzt. Hat er ihn voll einbezahlt, haftet er nicht mehr. Ist der Gesellschafter daneben aber einem GmbH-Gläubiger gegenüber, z. B. einer Bank oder einem anderen Kreditgeber, weitere Verpflichtungen eingegangen, hat er z. B. ein Darlehen gewährt oder eine Patronatserklärung abgegeben, dann haftet er persönlich, also mit seinem (Privat)Vermögen – nicht, weil er GmbH-Gesellschafter ist, sondern weil er als natürliche Person diese Verpflichtungen zusätzlich eingegangen ist.

### 1. Gesellschafter-Darlehen – flexibel und praktisch

Ein Darlehen, das ein GmbH-Gesellschafter seiner GmbH gibt, ist im Grunde genommen ein „ganz normales“ Darlehen, wie es eine beliebige andere Institution oder Person, die nicht an der GmbH beteiligt ist, geben könnte. Bilanziert wird das Gesellschafterdarlehen auf der Passiv-Seite der Bilanz unter „Schulden“, also Fremdkapital. Damit ist der GmbH-Gesellschafter ein Gläubiger seiner eigenen GmbH. Dies ist möglich, weil eine GmbH eine eigene juristische Person ist und folglich auch mit ihren Gesellschaftern, die entweder selbst wieder juristische Personen, etwa andere GmbHs, oder natürliche Personen sind, Verträge schließen kann.

#### **Wichtig:**

Selbst ein Ein-Personen-GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer kann mit sich einen Kreditvertrag mit der von ihm vertretenen GmbH schließen. Das allerdings setzt voraus, dass er vom Verbot der Inselforderungen (Selbstkontrahierungsverbote; § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs/BGB) wirksam befreit ist.

Gesellschafterdarlehen sind deshalb „beliebt“, weil sie, da sie Schulden sind und also weder zum Stammkapital noch zu einem sonstigen Teil des Eigenkapitals gehören, keiner Kapitalbindung unterliegen. Seit dem 01.11.2008, also seit dem Inkrafttreten des MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen), unterliegen Gesellschafterdarlehen auch nicht den Haftungsregeln für Eigenkapital. Es gibt also keinen Unterschied mehr zwischen „normalen“ und „Eigenkapital ersetzenden“ Darlehen: Wird die GmbH insolvent, sind alle Gesellschafterdarlehen nachrangig, eine Rückzahlung ist anfechtbar. Das heißt: Gesellschafterdarlehen müssen, wenn sie bis zu einem Jahr vor der Insolvenz getilgt worden sind, der GmbH zurückerstattet werden (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung/InsO).

**Wichtig:**

Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung – mangels einer Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes – auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgte. Eine Sicherheit, die seitens der Gesellschaft für das Darlehen gestellt wurde, ist dann anfechtbar, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Sie ist aber insolvenzfest, falls der Gesellschafter über eine länger als zehn Jahre vor der Stellung des Insolvenzantrags begründete unanfechtbare Sicherung verfügte (BGH vom 18.07.2013 – IX ZR 219/11).

Mit einer solchen Finanzierungsform aus „der eigenen Tasche“ ist die GmbH finanziell ausgestattet und der Gesellschafter braucht, wenn er sein Geld zurückhaben will, lediglich entsprechende Kündigungs- und Tilgungsvereinbarungen in den Vertrag zu schreiben und muss nicht die formellen Hürden nehmen und den möglichen Imageverlust bei den Gläubigern fürchten, die eine Herabsetzung des Stammkapitals mit sich brächte. Zudem ist die Finanzierung mit Eigenkapital die teuerste Finanzierungsart überhaupt, da sie aus versteuertem Kapital geleistet wird.

So sind zumindest die theoretischen Überlegungen, die in der Praxis aber nicht immer greifen. Denn andere Gläubiger werden es sich überlegen, der GmbH Kredite zu gewähren, wenn der Gesellschafter ebenfalls ein großer Gläubiger der GmbH ist und auf seinen Rechten besteht. Potenzielle Investoren und andere Neu-Gesellschafter könnten sich fragen, warum der „Alt“-Gesellschafter seine GmbH größtenteils über Fremd- statt über Eigenkapital finanziert. Und der GmbH-Geschäftsführer hat darüber zu wachen, dass die GmbH nicht wegen Überschuldung insolvenzreif zu werden droht.

### 1.1 So kommt ein Gesellschafter-Darlehen zustande

Ein GmbH-Gesellschafter-Darlehen ist rechtlich flexibel handhabbar: Zwei übereinstimmende Willenserklärungen genügen.

#### **Wichtig:**

Wer als Gesellschafter-Geschäftsführer im Namen der GmbH rechtswirksam mit sich selbst Verträge schließen will, muss vom (Selbstkontrahierungsverbot, § 181 BGB, befreit sein. Das gilt auch für Alleingesellschafter-Geschäftsführer. Diese Befreiung muss vor dem Vertragsschluss wirksam sein.

Ist der Gesellschafter-Geschäftsführer generell befreit, muss die Regelung in der Satzung verankert sein und sie muss ins Handelsregister eingetragen werden. Ist dies nicht der Fall, kann die Gesellschafterversammlung per Gesellschafterbeschluss die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens für den Geschäftsführer erteilen.

Wie jeder Darlehensvertrag muss(!) auch ein Gesellschafter-Darlehensvertrag aus den drei wesentlichen Bestandteilen bestehen:

- Bezeichnung der Parteien (der Gesellschaft und des Gläubigers),
- Bezeichnung des Vertrags als Darlehensvertrag,
- Benennung der Darlehenssumme.

Einigen sich die Parteien auf diese drei Bestandteile, kommt zivilrechtlich ein wirksamer Darlehensvertrag zu Stande. Es bestehen keine rechtlich zwingenden Formvorschriften. Ein Kreditvertrag kann bereits durch „Kopfnicken“ oder „Nicht-Widersprechen“ zustande kommen oder durch konkludentes Handeln, wenn etwa der Gesellschafter die entsprechende Summe auf das GmbH-Konto überweist.

**Wichtig:**

Selbst, wenn die „Ursprungsvereinbarung“ so geschlossen worden ist, sollte der Vertrag schriftlich ausformuliert werden. Es gilt Streitigkeiten – ob unter dem kreditgebenden Gesellschafter und der kreditnehmenden GmbH oder mit anderen GmbH-Gesellschaftern oder mit dem Finanzamt – zu vermeiden, indem eindeutig dokumentiert wird, was vereinbart wurde. Beherrscht ein Gesellschafter die GmbH, hält er also mehr als 50 % der Anteile, sollte der Darlehensvertrag (wie alle anderen Verträge zwischen ihm und der GmbH) unbedingt schriftlich im Vorhinein vereinbart werden. Rückwirkende Verträge erkennt das Finanzamt nicht an.

Übliche, aber nicht unbedingt(!) erforderliche Bestandteile eines Darlehensvertrags sind

- Das Stellen von Sicherheiten
- Regelung der Laufzeit und der Tilgung
- Vereinbarung eines Darlehenszinses

Die zivilrechtliche Wirkung ist streng zu unterscheiden von der steuerlichen Anerkennung. Wird ein Vertrag steuerlich nicht anerkannt, ändert dies nichts an seiner zivilrechtlichen Gültigkeit. Er muss ungeachtet der steuerlichen Interpretation sowohl von der GmbH als auch vom Gesellschafter erfüllt werden. Das Finanzamt überprüft die Verträge zwischen GmbH und ihren Gesellschaftern daraufhin, ob sie erstens zivilrechtlich wirksam zustande gekommen sind und, falls dies der Fall ist, ob sie so auch zwischen „fremden Dritten“ abgeschlossen worden wären. Das Fi-

nanzamt begnügt sich in aller Regel nicht mit den drei unbedingt erforderlichen Vertragsbestandteilen, sondern will wissen, mit welchen zumindest wirtschaftlich sinnvollen Begründungen die anderen „normalerweise“ üblichen Vertragsbestandteile nicht erfüllt werden. Hier muss aber vor vorschnellen Begründungen gewarnt werden. Dass ein vereinbarter oder fehlender Vertragsbestandteil „unüblich“ ist, verbietet nicht auch die steuerliche Anerkennung des Vertrags. Sprechen Sie hier mit Ihrem Steuerberater über die Argumentationen und deren Stichhaltigkeit.

Ist ein Vertrag zivilrechtlich nicht gültig zustande gekommen oder wird er als „fremdunüblich“ klassifiziert, ohne dass die GmbH oder der Gesellschafter dies entkräften können, kann eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen. Dann verliert der Teil der Vereinbarung, der dem Fremdvergleich nicht standhält, seinen Charakter als Betriebsausgabenabzug und wird dem Gewinn der GmbH außerbilanziell wieder hinzugerechnet, muss von der GmbH versteuert werden (Körperschaft- und Gewerbesteuer sowie Solidaritätszuschlag) und wird dem betreffenden Gesellschafter als Gewinn „belastet“, den er ebenfalls zu versteuern hat. Immerhin aber werden ihm die bislang auf dieses Entgelt, das im Nachhinein als verdeckte Gewinnausschüttung klassifiziert wird, bezahlten Steuern angerechnet. Sprechen Sie auch hier mit Ihrem Steuerberater über die steuerlichen Folgen einer verdeckten Gewinnausschüttung.

Die Rückgängigmachung einer verdeckten Gewinnausschüttung ist nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen möglich, wenn beispielsweise eine GmbH überschuldet wäre, würde der Gesellschafter die erhaltene verdeckte Gewinnausschüttung nicht zurückzahlen, oder wenn die verdeckte Gewinnausschüttung eine (verbotene!) Rückzahlung von Stammkapital ist. Der Normalfall ist: Die Rückgewähr einer verdeckten Gewinnausschüttung führt zur Annahme einer Einlage. Das gilt unabhängig davon, ob sich die Rückzahlungsverpflichtung aus einer Vorschrift (z. B. §§ 30, 31 GmbHG) ergibt, oder ob sie seitens des Gesellschafters freiwillig erfolgt (BFH vom 29.05.1996 – I R 118/93; vom 31.05.2005 – I R 35/04 sowie H 8.6 KStH). Verzichtet ein Gesellschafter also auf seine Dar-

lehensforderung gegenüber der GmbH, liegt eine verdeckte Einlage vor, wenn der Verzicht nur durch seine Gesellschafter-Stellung erklärt werden kann. Allerdings muss das Darlehen werthaltig sein. Nur werthaltige Forderungen sind einlagefähig.

„Eigentlich“ müssten alle Gesellschafter-Einlagen, die nicht ins Nennkapital erfolgten, also auch die verdeckten, und die die GmbH an die Gesellschafter zurück gewährt, steuerneutrale Rückzahlungen sein, da es sich systematisch um reine Abgänge von Eigenkapital handelt (Bilanzverkürzung). Allerdings erkennt der Steuergesetzgeber nur solche Leistungen der GmbH als Abgang vom steuerlichen Einlagekonto an die Gesellschafter an, die höher sind als der am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahrs ermittelte ausschüttbare Gewinn. Um den ausschüttbaren Gewinn zu ermitteln, wird von dem Eigenkapital, das in der Steuerbilanz ausgewiesen wird, das Stammkapital und der Bestand des steuerlichen Einlagekontos am vorangegangenen Stichtag abgezogen. Das steuerliche Einlagekonto kann nicht negativ werden. Die Folge der gesetzlichen Fiktion: Bei Rückzahlungen an Gesellschafter gilt immer der ausschüttbare Gewinn als zuerst verbraucht. Erst bei höheren Ausschüttungen wird das Eigenkapitalkonto anteilig aufgebraucht. Diese Fiktion besteht, gleichgültig, ob die Auszahlung an die Gesellschafter Einlagenrückgewähr oder Ausschüttung genannt wird.

#### **Hinweis**

Sprechen Sie hier mit Ihrem Steuerberater über die steuerlichen Folgen der Rückgewähr einer verdeckten Gewinnausschüttung oder eines Forderungsverzichts.

Der Vertrag mit dem Alleingesellschafter muss protokolliert werden. Aber auch ohne schriftlichen Vertrag sind Rechtsgeschäfte zwischen einem geschäftsführenden Alleingesellschafter und seiner GmbH grundsätzlich unverzüglich nach ihrer Vornahme zu protokollieren. Das gilt auch dann, wenn der Alleingesellschafter nicht der alleinige

Geschäftsführer ist. Ohne Protokoll wird das Finanzamt die vertraglichen Vereinbarungen nicht anerkennen. Die Folge: Alle Leistungen aus dem Vertrag sind verdeckte Gewinnausschüttungen.

Viele Verträge sind wahre Meisterwerke der Formulierungskunst. In ihnen wird allen juristischen Eventualitäten vorgebeugt. Oft so gut und nachdrücklich, dass der Gesellschafter und auch der Geschäftsführer nur schwer verstehen, was gemeint sein könnte. Die häufige Folge: Der Vertrag verschwindet in der Schublade, seine Regelungen werden ersetzt durch Vorgehensweisen, die den beiden Parteien jeweils am zweckmäßigsten erscheinen. So werden beispielsweise vereinbarte Tilgungen ausgesetzt, weil sie finanziell gerade nicht „passen“, neue Vereinbarungen werden nur mündlich gefasst, obwohl der Vertrag eine Schriftformklausel vorsieht, Zinsen werden häufig nicht wie ausgemacht gezahlt.

### **Wichtig:**

Auch in solchen Fällen erkennt das Finanzamt eine verdeckte Gewinnausschüttung. Die verdeckte Gewinnausschüttung liegt in diesem Fall sogar dann vor, wenn die Höhe der Zinsen angemessen, also wie unter fremden Dritten üblich, ist. Dringen Sie also zusammen mit Ihrem Steuerberater darauf, dass ein Vertrag „praxisgerecht“ formuliert und umgesetzt oder durchgeführt wird.

## **1.2 Sicherheiten – notwendig oder nur Beiwerk?**

Seien wir ehrlich – Sie würden nie einer dritten Person, die nicht mit Ihnen verheiratet oder verwandt ist oder Ihnen sonst nahesteht, einen Kredit geben, ohne deren Kreditwürdigkeit geprüft zu haben. Kreditwürdig ist jemand, der seine Schulden bei Fälligkeit tilgen und die vereinbarten Zinsen über die Laufzeit des Kredits zahlen können wird. Das ist im Grundsatz bei einem Darlehen, das ein Gesellschafter der GmbH gibt, genauso. Die Kernfrage ist also: Ist die GmbH überhaupt kreditwürdig?

Dennoch findet man bei einem Gesellschafterdarlehen nur selten, dass Sicherheiten gestellt werden, die gewährleisten, dass der Kredit überhaupt zurückgezahlt werden kann. Der Grund ist, dass die GmbHs in der Regel mit wenig Eigenkapital ausgestattet werden und diese Eigenmittel dann nicht ausreichen, Gesellschafterdarlehen abzusichern.

**Wichtig:**

Steuerlich anerkannt wird ein Darlehen i. d. R. nur dann, wenn es so vereinbart wird, wie unter fremden Dritten üblich. Eine Sicherstellung darf als üblich angesehen werden, vor allem dann, wenn die GmbH außer von ihrem Gesellschafter von sonst niemandem mehr einen Kredit erhalten würde. Kein fremder Kreditgeber würde in einer solchen Situation ein Darlehen ohne Sicherheiten gewähren. Es sollten gute Gründe ins Feld geführt werden können, warum auf die Gestellung von Sicherheiten verzichtet wurde. Ein solcher Grund könnte z. B. sein, dass der Gesellschafter gleichzeitig mit der Kreditgewährung den Rangrücktritt erklärt.

### 1.3 Sonderform eines Darlehens: Gesellschafter-Verrechnungskonten

Viele GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer lassen sich ihr Gehalt nicht ausbezahlen oder auf ihr privates Girokonto bei einer Bank überweisen, sondern lassen es „in der GmbH“. Dort wird es in aller Regel auf ein Gesellschafterverrechnungskonto gebucht. Solche Verrechnungskonten gibt es bei vielen GmbHs, obwohl es „eigentlich“ widersinnig ist, da solche Verrechnungskonten eher in den Bereich der Personengesellschaften gehören. Auf diesen Konten wird das gebucht, was der Gesellschafter-Geschäftsführer für die GmbH aus seinem privaten Vermögen verauslagt, z. B. bei Bewirtungen oder Reisekosten, und umgekehrt das, was er nicht gleich von der GmbH abzieht, obwohl es ihm zusteht, z. B. Gehalt. Richtiger wäre es, von Gesellschafter-Darlehen- und -Schulden-Konten

zu sprechen, denn diese Forderungen und Verbindlichkeiten werden regelmäßig aufgerechnet. Wichtig ist, dass die Verrechnung auch wirklich regelmäßig erfolgt.

Verrechnungskonten müssen wie unter fremden Dritten üblich verzinst und ebenso müssen Sicherheiten verlangt und gestellt werden. Zwischen Stundung und Verzicht muss nachvollziehbar unterschieden werden (Bundesfinanzministerium/BMF Schreiben vom 12.05.2014 – IV C 2 – S 2743/12/10001).

### 1.4 Stehen gelassenes Entgelt: Stundung

Es ist in der Praxis häufig, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer – zumindest teilweise – sein Gehalt in der GmbH stehen lässt, also stundet, wenn es der GmbH finanziell nicht gut geht. Letztendlich wird auch bei einer Stundung ein Darlehensvertrag abgeschlossen.

#### **Wichtig:**

Wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer sich einen Teil seines Gehalts, das im Anstellungsvertrag vereinbart wurde, tatsächlich nicht auszahlen lässt, weil er es der GmbH gestundet hat, fließt ihm diese eindeutige und unbestrittene Forderung gegen „seine“ GmbH aber bereits dann zu, wenn die Forderung fällig ist (BFH vom 03.02.2011 – VI R 4/10 und VI R 66/09). Folge: Mit Zufluss – selbst wenn nur fiktiv – ist das Entgelt zu (lohn-)versteuern. Sprechen Sie hier mit Ihrem Steuerberater etwa über eine temporäre Entgeltkürzung oder einen Verzicht, wenn Sie „unnötige“ Lohnsteuerzahlungen vermeiden wollen. Beziehen Sie hier in Ihre Überlegungen auch die Sozialversicherung sowie die oben dargelegten Problematiken einer verdeckten Einlage mit ein.

Meist stundet der Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH einen Teil seines Entgelts so lange, bis es ihr „wieder besser“ geht (= Besserungsklausel). Da es sich bei einer Stundung um einen

Vertrag zwischen Gesellschafter und GmbH handelt, sollte er – wie grundsätzlich alle Verträge – am besten schriftlich abgeschlossen werden.

**Wichtig:**

Besprechen Sie sich mit Ihrem Steuerberater darüber, was genau unter „besser gehen“ verstanden werden soll. Das kann z. B. sein, dass die GmbH in zwei aufeinanderfolgenden Jahren einen Jahresüberschuss von mehr als X Euro erzielt hat. Oder dass sie keinen bilanziellen Verlust mehr ausweist. Wenn dann diese Bedingung eingetreten ist, wird die Gehaltsforderung fällig. Da es sich i. d. R. um keine „Peanuts“-Beträge handeln dürfte, könnte die GmbH illiquide werden, wenn sie die Beträge auf einmal bezahlen müsste. Es sollte von vornherein ein Tilgungsplan erstellt werden, der liquiditätsschonend ist. Es kann aber z. B. auch eine Regelung getroffen werden, dass die GmbH in jedem Jahr, in dem sie einen Umsatz oder Gewinn von mehr als X Euro erzielt, dem Gesellschafter Y Euro (fester Betrag) oder einen prozentualen Anteil, z. B. 1/5, seines gestundeten Gesamtentgelts zurückbezahlt.

## 2. Zinsen für Gesellschafter-Darlehen

Die Vereinbarung von Zinsen in einem Darlehensvertrag ist zwar weit verbreitet, jedoch nicht unbedingt erforderlich. Werden Zinsen vereinbart, sollten diese sich – zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung – am üblichen Zinsniveau orientieren.

Bei der GmbH sind die Aufwendungen für diese Zinsen Betriebsausgabe, sofern sie dem Fremdvergleich standhalten. Falls nicht, darf nur der angemessene Teil als Betriebsausgabe geltend gemacht werden, der überschießende, unangemessene Anteil ist eine verdeckte Gewinnausschüttung.

### **Wichtig:**

Natürlich darf sich ein GmbH-Gesellschafter, der seiner sich in finanzieller Bedrängnis befindlichen GmbH einen Kredit gibt, das Risiko „bezahlen“ lassen. Kein Kreditinstitut würde einem „Wackelkandidaten“ ein Darlehen zu niedrigen Zinsen gewähren. Aber auch umgekehrt wird ein Schuh daraus: Vor allem bei langfristigen Darlehensverträgen sollte mit der GmbH in Abhängigkeit von deren Bonität vereinbart werden, dass längerfristige Auf- und Abwärtsbewegungen von Zinsen auch im Darlehensvertrag nachvollzogen werden. So wird vermieden, dass die Finanzverwaltung bei langlaufenden Darlehensverträgen eine verdeckte Gewinnausschüttung unterstellt, weil die „vor Urzeiten“ vereinbarten Zinsen nie an die Realität angepasst wurden.

Der Gesellschafter muss die Zinseinkünfte versteuern, allerdings nicht wie andere Einkünfte aus Kapitalvermögen mit der 25 %-igen Abgeltungsteuer, sondern mit seinem persönlichen Steuersatz, sofern er mit mindestens 10 % unmittelbar an der GmbH beteiligt ist (§ 32d Abs. 2 Nr. 1b EStG). Dann kann der Gesellschafter auch seine Werbungskosten in voller Höhe geltend machen.

### **Wichtig:**

Bei einem Darlehen, das ein beherrschender Gesellschafter gibt, werden die Zinsen nicht erst dann steuerpflichtig, wenn sie zugeflossen sind, sondern bereits dann, wenn die GmbH den Zinsaufwand bucht. Der Grund für diese Fiktion des Zuflusses ist, dass sonst ein Mehrheitsgesellschafter den Zeitpunkt des Zuflusses und damit auch die Höhe seiner Steuerlast selbst bestimmen könnte.

Wird aber eine Beteiligung nur mittelbar gehalten, greift die 25 %-ige Abgeltungssteuer und damit das „Verbot“ des Abzugs der tatsächlichen Werbungskosten (BFH vom 20.10.2016 – VIII R 27/15).

**Wichtig:**

Bei der Ausgestaltung des Darlehenszinses ist darauf zu achten, dass die Stammeinlage nicht – auch nicht indirekt – zurückbezahlt wird. Das ist verboten (§ 30 GmbHG). Wird das Verbot missachtet, haftet der GmbH-Geschäftsführer persönlich, also mit seinem Privatvermögen.

### 3. Rückzahlung von Gesellschafter-Darlehen

Wann und in welcher Situation GmbH-Gesellschafter ihrer GmbH ein Darlehen geben, ist (zwischenzeitlich) bedeutungslos. Folglich interessiert auch die Rückzahlung eines (Gesellschafter-)Kredits im „gewöhnlichen“ Leben der GmbH niemanden. Allein entscheidend sind die vertraglichen Regelungen über die Tilgung. Die Rückzahlung eines Gesellschafterkredits zum vereinbarten Zeitpunkt oder nach der Kündigung ist also ein völlig normaler Vorgang. Genauso wie die GmbH auch ein Darlehen, das ihr ein Nicht-Gesellschafter gegeben hat, bei Fälligkeit tilgen würde.

Aber: Alle Zahlungen auf Gesellschafterkredite, die im Jahr vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung erbracht wurden, werden anfechtbar (§ 135 InsO). Es darf als „todsicher“ unterstellt werden, dass jeder Insolvenzverwalter „dieser Welt“ die Rückzahlung des Darlehens an den Gesellschafter, selbst wenn sie vertragsgemäß erfolgte, rechtlich rückgängig machen und das Geld zur Befriedigung der anderen Gläubiger einsetzen wird.

### **Wichtig:**

Ein bislang noch nicht gerichtlich geklärtes Problem ist es, was im Fall einer Insolvenzverschleppung mit dem Gesellschafter-Darlehen geschehen könnte. Klar ist, dass der Geschäftsführer persönlich haftbar ist, wenn er die Insolvenz verschleppt. Denkbar ist der Fall, dass der Insolvenzantrag so lange hinausgezögert wird, bis das Gesellschafter-Darlehen vor mehr als einem Jahr vor dem Antrag zurückgezahlt worden ist oder die Sicherheiten insolvenzfest geworden sind. Bei vorfälliger Rückzahlung wird sie bestimmt und mit wahrscheinlich guten Erfolgsaussichten angefochten werden, aber selbst bei Rückzahlung zum Fälligkeitszeitpunkt wird ein Streit darüber ausbrechen, ob die GmbH da schon insolvenzreif war. Es darf vermutet werden, dass auch dieser Streit nicht zugunsten des Gesellschafters ausgehen würde.

Im Insolvenzfall werden Gesellschafterdarlehen nachrangig. Das heißt: Zunächst werden alle anderen Gläubiger befriedigt. Erst wenn dann noch „etwas übrig“ ist, kann ein Gesellschafter darauf hoffen, dass er seinen Kredit, den er der GmbH gegeben hat, zurückbezahlt bekommt.

Oft wird von kreditgebenden Gesellschaftern gefordert, dass sie eine Rangrücktrittsvereinbarung mit der GmbH treffen sollen. Eine Rangrücktrittsvereinbarung bedeutet, dass der Gesellschafter anderen Gläubigern „den Vortritt lässt“, also deren Forderungen vor den seinen bedient werden. Im Grunde genommen ist das unnötige Schreibearbeit. Denn im Insolvenzfall kann der Darlehensrückforderungsanspruch ohnehin nur nachrangig geltend gemacht werden, weil es so im Gesetz steht. Es sollte aber nicht verkannt werden, dass eine „freiwillige“ Rangrücktrittserklärung, die zusätzlich zur gesetzlichen Regelung gegeben wird, auch beim normalen Geschäftsgang bei der GmbH einen beruhigenden psychologischen Effekt für die anderen Gläubiger hat. Des Weiteren kann der Verlust eines Darlehens, für das ein Rangrücktritt erklärt worden ist, zu steuermindernden nachträglichen Anschaffungskosten führen.

Auch bei der Nachrangigkeit gilt: Kein Grundsatz ohne Ausnahme. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen besteht immer dann, wenn ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung der GmbH Anteile an ihr übernimmt, um die GmbH zu sanieren. Wenn ein Gläubiger Anteile übernimmt, „tauscht“ er praktisch seine Forderungen, die für die GmbH Schulden, also Fremdkapital sind, gegen Eigenkapital (= Debt Equity Swap). Damit wird die GmbH entschuldet und erhält – im günstigsten Fall – auch noch zusätzliche finanzielle Mittel, um weiter wirtschaften zu können. Bei einem solchen Vorgang gelten für den Gläubiger, der zum GmbH-Gesellschafter wird, die üblichen Regelungen für die Rückzahlung von Gesellschafter-Darlehen nicht. Heißt: Wenn also die GmbH trotz seines Kredits innerhalb eines Jahres insolvent wird, ist sein Darlehen nicht nachrangig. Wenn also die GmbH überhaupt noch ihre Schulden zahlen kann, erhält auch der Gesellschafter-Sanierer sein Geld so wie die anderen „gewöhnlichen“ Gläubiger der GmbH.

Zweite Ausnahme vom Grundsatz der Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen: Die Darlehen eines nicht geschäftsführenden Minderheitsgesellschafters sind nicht nachrangig. Wie seine Stimmkraft oder seine Gewinnbeteiligung ausgestaltet ist, ist nebensächlich. Es zählt allein die Kapitalbeteiligung. Als Minderheitsgesellschaftler wird jemand bezeichnet, der nur mit zehn Prozent oder weniger am Stammkapital der GmbH beteiligt ist. Ausnahmen von der Privilegierung: Der Minderheitsgesellschaftler ist zugleich Geschäftsführer. Oder er ist mit anderen (kleinbeteiligten) Gesellschaftern Stimmbindungsverträge eingegangen oder zu einem koordinierten Verhalten verpflichtet. Dann sind auch die Darlehen von Minderheitsgesellschaftlern nachrangig.

#### 4. Forderungsverzicht ohne und mit Besserungsschein

Teilweise ist es zur Entschuldung der GmbH notwendig, dass der Gesellschafter auf seine Forderungen gegenüber der GmbH verzichtet. Während ein Gesellschafter-Darlehen mit Rangrücktritt immer noch in der Bilanz passiviert werden muss, wird ein Darlehen, auf das verzichtet wird „ausgebucht“. Dadurch entsteht ein außerordentlicher Ertrag. Es ist aber Einstellung in die Kapitalrücklage zulässig (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Damit wird das Bilanzbild entscheidend verbessert, da sich das Eigenkapital erhöht und die Schulden sich vermindern, mit der Folge, dass die (überschuldete) GmbH wieder kreditwürdig wird.

**Wichtig:**

Ein Ertrag, gleichgültig, ob ordentlich oder außerordentlich, ist zu versteuern. Das ist eine für die GmbH unliebsame Folge. Sprechen Sie mit Ihrem Steuerberater, wie die Besteuerung legal zu vermeiden ist.

Verzichtet der Gesellschafter bedingungslos auf seine Forderung, bedeutet das für ihn in aller Regel, dass „sein Geld verloren“ ist. Das muss aber nicht unbedingt so sein. Wird sein Verzicht in die Kapitalrücklage eingestellt, partizipiert er bei deren (teilweisen) Auflösung davon. Die Rückzahlung von Einlagen (auch verdeckten), die nicht zum Nennkapital der GmbH gehören, können vorteilhaft sein, weil im Gegensatz zu den Gewinnausschüttungen die Rückzahlung einer Einlage i. d. R. steuerneutral erfolgt, also keine Einkommensteuer – auch nicht in Form der Abgeltungsteuer – anfällt.

**Wichtig:**

Die GmbH muss nachweisen, dass der ausgezahlte Betrag eben keine Ausschüttung, sondern eine Einlagenrückzahlung ist. Dazu muss die GmbH neben der Körperschaftsteuererklärung ein jährlich fortzuschreibendes steuerliches Einlagekonto führen. Darauf sind alle Einlagen der Gesellschafter, die nicht in das Nennkapital erfolgen, im jeweiligen Jahr als Zugänge zu erfassen. Sprechen Sie hier rechtzeitig mit Ihrem Steuerberater.

Verzichtet ein Gesellschafter auf seine Darlehensforderung gegenüber der GmbH, so liegt eine verdeckte Einlage vor, wenn der Verzicht nur durch die Gesellschafter-Stellung erklärt werden kann. Ist das Darlehen im Zeitpunkt des Verzichts nicht mehr vollwertig, so ist die verdeckte Einlage mit dem tatsächlichen Wert des Darlehens anzusetzen.

Verzichtet der Gesellschafter unter der auflösenden Bedingung, dass bei Besserung der wirtschaftlichen Lage der GmbH die Forderung wiederaufleben soll (Verzicht gegen Besserungsschein oder Besserungsklausel), ist das Darlehen in der Handelsbilanz zwar erfolgswirksam auszubuchen, dennoch aber ist der Verzicht als verdeckte Einlage zu werten, wenn nicht ausnahmsweise eine betriebliche Veranlassung gegeben ist. Verbessert sich die wirtschaftliche Lage der GmbH, lebt die Verbindlichkeit der GmbH wieder auf. Dann ist eine Passivierung geboten. Der Wert entspricht dem Zeitwert des Darlehens, wohl meist dem Rückzahlungsbetrag.

Steuerlich ist der Bedingungseintritt teilweise einkommensneutral, da das Einkommen außerhalb der Bilanz ermittelt wird.

### **Wichtig:**

Bei GmbH-Gesellschaftern, die eine wesentliche Beteiligung (§ 17 Einkommensteuergesetz/EStG) im Privatvermögen halten, also zu 1 % oder mehr beteiligt sind, wurde ein gegebenes, aber beispielsweise wegen Insolvenz „verlorenes“ Gesellschafterdarlehen bei gesellschaftsrechtlicher Veranlassung als nachträgliche Anschaffungskosten berücksichtigt. Mit dem Urteil vom 11.07.2017 – IX R 36/15 wich der Bundesfinanzhof (BFH) davon ab, weil es seit dem MoMiG keine eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen mehr gibt. Es ist aber aktuell in der gesetzlichen Planung (§ 17 Abs. 2a EStG-E), dass „verlorene“ Gesellschafter-Darlehen und Bürgschaften steuerlich wieder anerkannt werden (Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer Vorschriften – auch Jahressteuergesetz/JStG 2020 genannt).

## **5. Nachträgliche Anschaffungskosten bei Verzicht und Forderungsausfall oder Einlage**

Wenn bei einer Beendigung der GmbH, sei es durch Verkauf oder Betriebsaufgabe, also freiwillig, oder durch Insolvenz, wohl eher unfreiwillig, der zu versteuernde Gewinn oder der steuermindernde Verlust errechnet wird, geht dies in allen Fällen nach der einfachen Formel „Gewinn = Übergangswert minus Anschaffungskosten“. Der „Übergangswert“ ist der „Marktwert“ des Anteils. Steuerlich spricht man hier vom „gemeinen Wert“. Zu den Anschaffungskosten zählen neben den ursprünglichen Anschaffungskosten auch die nachträglichen Anschaffungskosten, die folglich den Gewinn schmälern oder den Verlust erhöhen.

Vor dem Inkrafttreten des MoMiG, waren Verluste von sog. eigenkapitalersetzenden Darlehen immer nachträgliche Anschaffungskosten. Die Finanzverwaltung hatte diese Ansicht auch nach der gesellschaftsrechtlichen Abschaffung des Instituts „Eigenkapitalersatz“ noch lange beibehalten. Dann aber widersprach der BFH dieser Praxis, weil die rechtliche Grundlage fehlte. Seither können

nachträgliche Anschaffungskosten nur noch nach Maßgabe der handelsrechtlichen Begriffsdefinition vorliegen. Da aber „gewöhnliche“ Gesellschafter-Darlehen in der Handelsbilanz der GmbH unter den Fremdkapital-Posten passiviert werden, sind sie nicht als Eigenkapital anzusehen und können folglich keine Anschaffungskosten begründen.

Die Finanzverwaltung vertritt seither die Auffassung, dass der Ausfall einer privaten Kapitalforderung keine Veräußerung darstellt. Deshalb könne er nicht zu einem steuerlich zu berücksichtigenden Verlust führen (BMF-Schreiben vom 18.01.2016 – IV C 1 – S 2252/08/10004 :017). Der BFH (Urteil vom 24.10.2017 – VIII R 13/15) wendet sich gegen diese Auffassung. Seiner Ansicht nach führt der endgültige Ausfall einer Kapitalforderung in der privaten Vermögenssphäre zu einem steuerlich anzuerkennenden Verlust nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 EStG.

Das Finanzgericht (FG) Münster (Urteil vom 12.03.2018 – 2 K 3127/15 E) geht sogar noch einen Schritt weiter: Ein Verzicht auf eine Darlehensforderung führe zu deren endgültigen Ausfall und sei deswegen steuerlich als Verlust im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen anzuerkennen.

**Wichtig:**

Das Urteil des FG Münster ist nicht rechtskräftig, sondern anhängig beim BFH unter dem Aktenzeichen IX R 9/18. Wenn Sie in einer ähnlichen Situation sind, sprechen Sie mit Ihrem Steuerberater über die Möglichkeiten, von diesem anhängigen Musterverfahren ohne eigenes Risiko zu profitieren.

So positiv diese Haltung anmutet, muss jedoch berücksichtigt werden, dass Verluste aus dem Ausfall einer Kapitalforderung nur mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen und nicht mit Einkünften anderer Einkunftsarten verrechnet werden dürfen (§ 20 Abs. 6 EStG).

Eine Gesellschaftereinlage, die getätigt wird, um zu vermeiden, dass eine Bürgschaftsinanspruchnahme erfolgt, führt zu nachträglichen Anschaffungskosten der GmbH-Beteiligung (BFH vom 20.07.1018 – IX R 5/15). Wenn also ein GmbH-Gesellschafter, der sich für Schulden der GmbH (in aller Regel der Bank gegenüber) persönlich verbürgt hat, eine Einzahlung in die Kapitalrücklage der GmbH macht, solchermaßen das Eigenkapital und auch die Finanzkraft der GmbH erhöht, sodass die Gesellschaft ihre genommenen Kredite wieder bedienen kann, dann sind das nachträgliche Anschaffungskosten für seine Beteiligung, auch wenn er die Einlage „nur“ tätigt, um nicht als Bürge in Anspruch genommen zu werden.

Es ist unerheblich, ob der Gesellschafter mit dem Anspruch ausgefallen wäre, wenn die Gläubigerbank in die von ihm gegebenen Sicherheiten vollstreckt oder ihn im Rahmen seiner Bürgschaftsverpflichtung in Anspruch genommen hätte.

### **Wichtig:**

Bevor Sie mit Gesellschafterdarlehen oder Bürgschaften „hantieren“, die im Zweifel nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten führen, wenn sie verloren sind oder Sie daraus in Anspruch genommen werden, sollten Sie den Weg über das Eigenkapital der GmbH wählen. Bei drohendem Verlust ist das der sicherere Weg, mit dem Sie wenigstens Ihre Steuervorteile retten. Sprechen Sie aber auf jeden Fall mit Ihrem Steuerberater, bevor Sie entsprechende Schritte in die Wege leiten.

Die neuen Regeln des Bundesfinanzhofs in Bezug auf nachträgliche Anschaffungskosten sind also:

- Aufwendungen für die Inanspruchnahme als Bürge führen nicht mehr zu nachträglichen Anschaffungskosten für eine Beteiligung (BFH vom 11.07.2017 – IX R 36/15).
- Des Weiteren führt eine nur interne Umgliederung einer freien Gewinnrücklage in eine zweckgebundene Rücklage ebenfalls nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten (BFH vom 06.12.2017 – IX R 7/17).

- Die Aufwendungen eines Gesellschafters aus einer Einzahlung in die Kapitalrücklage, um nicht als Bürge in Anspruch genommen zu werden, führen zu nachträglichen Anschaffungskosten (BFH vom 20.07.2018 – IX R 5/15).

**Wichtig:**

Diese Urteile haben in der Praxis meist negative Folgen bei der Ermittlung eines Gewinns oder Verlusts (§ 17 EStG). Deshalb hat das Bundesfinanzministerium eine Übergangsregelung geschaffen (BMF-Schreiben vom 05.04.2019 – IV C 6 – S 2244/17/10001). Die früheren Regelungen (BMF-Schreiben vom 21.10.2010, IV C 6 - S 2244/08/10001) dürfen aber weiterhin aus Gründen des Vertrauensschutzes in allen offenen Fällen angewandt werden, falls die eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum 27.09.2017 gewährt wurde oder bis zu diesem Termin eigenkapitalersetzend geworden ist. Die Übergangsregelung gilt in der Zeitspanne zwischen 31.10.2008 und 27.09.2017. Sprechen Sie mit Ihrem Steuerberater über die Folgen dieser Praxis für Sie und Ihre GmbH.

Nachträgliche Anschaffungskosten liegen jetzt nur unter den Voraussetzungen des § 255 HGB vor. Es müssen also Aufwendungen sein, die zu einer offenen und verdeckten Einlage in das Kapital der Gesellschaft führen. Dies sind insbesondere

- Nachschüsse (§§ 26 ff GmbHG),
- Einzahlungen in die Kapitalrücklage,
- Barzuschüsse oder
- ein Verzicht auf eine werthaltige Forderung.

Keine nachträglichen Anschaffungskosten dagegen sind

- Aufwendungen aus Fremdkapitalhilfen,
- der Ausfall eines Darlehens oder
- der Ausfall mit einer Bürgschaftsregressforderung.

### **Wichtig:**

Wenn aber ein Gesellschafter-Darlehen wirtschaftlich mit einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen vergleichbar ist, können nachträgliche Anschaffungskosten vorliegen. Das ist in der Regel bei Gesellschafter-Darlehen mit vereinbartem Rangrücktritt der Fall, wenn ein solches Darlehen auch bilanzsteuerrechtlich die Funktion von zusätzlichem Eigenkapital hat (BFH vom 15.04.2015 – I R 44/14). Sprechen Sie über die Vertragsgestaltung oder die Formulierung des Rangrücktritts und die daraus resultierenden steuerlichen Folgen mit Ihrem Steuerberater.

## **6. Alternativen zu Gesellschafter-Darlehen**

Natürlich ist die „beste“, aber auch teuerste und bürokratischste Alternative zu einem Gesellschafterdarlehen die Einlage von zusätzlichem Eigenkapital, entweder in Form einer Erhöhung des gezeichneten Kapitals oder in Form der Einzahlung in eine Kapitalrücklage. Andere durchaus überlegenswerte Alternativen wären die Begründung einer stillen Gesellschaft oder eine Patronatserklärung.

### **6.1 Stille Gesellschaft**

Stille Gesellschaften sind in aller Regel Gesellschaften des bürgerlichen Rechts (GbR, BGB-Gesellschaften) und kommen in zwei Formen vor, der sog. typischen und der atypischen stillen Gesellschaft. Zivilrechtlich ist diese Unterscheidung weitgehend uninteressant, steuerlich dagegen von Wichtigkeit. Ein typischer stiller Gesellschafter erzielt Einkünfte aus Kapitalvermögen, ein atypisch stiller Gesellschafter hat eine Mitunternehmerstellung inne und bezieht folglich Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

Eine stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, bei der sich eine – natürliche oder juristische – Person als Gesellschafter so am Handelsgewerbe einer anderen natürlichen oder juristischen Person betei-

ligt, dass ihre Einlage gegen einen Anteil am Gewinn oder andere Rechte in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergeht.

Die stille Gesellschaft ist eine Innengesellschaft, tritt nach außen nicht in Erscheinung, sie wird nicht ins Handelsregister eingetragen. Die Einlage des stillen Gesellschafters kann in Geld-, Sach-, Dienstleistungen, Rechten ... bestehen. Es entsteht kein Gesellschaftsvermögen.

An einem Unternehmen können sich mehrere stille Gesellschafter beteiligen. Es bestehen dann ebenso viele voneinander unabhängige stille Gesellschaften, wie stille Gesellschafter vorhanden sind. Die Rechtsgrundlage für die stille Gesellschaft bilden die §§ 230 – 236 HGB, ergänzt durch die §§ 705 ff. BGB über die GbR. Diese aber gelten nur soweit sie das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffen.

Der Gesellschaftsvertrag einer stillen Gesellschaft ist an keine Form gebunden. Ausnahme: Die Vorschriften des BGB, z. B. wegen der Einbringung eines Grundstücks oder eines GmbH-Anteils, sehen besondere Formerfordernisse vor.

## 6.2 Partiarische Gesellschafter-Darlehen

Beim partiarischen Darlehen findet keine unmittelbare Unternehmensbeteiligung statt, es werden also weder Teile noch Anteile an einem Unternehmen übernommen. Die Geschäftsführung bleibt in aller Regel autark.

Partiarische Darlehen sind bei allen Gesellschaftsformen möglich. Bei einer GmbH ist ein partiarisches Darlehen auch dann möglich, wenn der Darlehensgeber selbst Gesellschafter und Geschäftsführer ist. Die nicht voll haftenden Gesellschafter haben bei Darlehenshingabe den Vorteil, dass ihre Haftung nicht erweitert wird.

Steuerlich fällt die Vergütung für ein Darlehen unter „Zinsen“ (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG) und unterliegt damit auch der Kapitalertragsteuer. Für den Darlehensnehmer handelt es sich bei der ge-

zahlten Vergütung um Betriebsausgaben, sofern bei einer Kredit-  
hingabe die Angemessenheit und Fremdüblichkeit beachtet wurde.  
Ansonsten wird der Betriebsausgabenabzug auf den angemessenen  
Teil reduziert.

Rechtlich sind auch partiarische Darlehen und mithin in der Bilanz  
unter Fremdkapital anzusetzen. „Drohen“ weitere Vergütungen,  
deren Höhe jetzt noch nicht abgeschätzt werden kann, sind Rück-  
stellungen zu bilden.

### 6.3 Patronatserklärung

Unter einer Patronatserklärung versteht man eine Vielzahl unter-  
schiedlicher Erklärungen einer Person (= Patron), meistens einer  
der Gesellschafter, gegenüber dem Gläubiger eines Schuldners  
(= der patronierten GmbH). Diese Erklärungen haben gemeinsam,  
dass der Patron ein Verhalten in Aussicht stellt oder verspricht, das  
die Aussichten auf Rückzahlung des Kredites verbessert. Oft ver-  
spricht der Patron im Falle der Insolvenz der Gesellschaft die Über-  
nahme bzw. die Zahlung der Kreditverbindlichkeiten.

Eine Patronatserklärung genießt ein höheres Prestige als eine  
Bürgschaft oder Garantie. Der Grund: Sie begünstigt nicht nur ein-  
zelne Gläubiger, sondern sie verbessert generell die Bonität der pa-  
tronierten GmbH.

Da der Inhalt einer Patronatserklärung nicht gesetzlich geregelt ist,  
kann sie frei formuliert werden, sodass individuelle Sondersituatio-  
nen gut berücksichtigt werden können.

Sofern der Patron in seiner Erklärung konkrete Liquiditätszusagen  
gegenüber seiner GmbH ausspricht, stellt dies ein aufschiebend  
bedingtes Darlehensversprechen dar. Der Patron soll dann zu einer  
Überlassung von Fremdkapital verpflichtet sein, wenn das patro-  
nierte Unternehmen von seinen Gläubigern in Anspruch genom-  
men wird und ihm keine hinreichenden Eigenmittel zur Verfügung

stehen. Gläubiger der patronierten Gesellschaft haben die Möglichkeit, diesen Anspruch der Gesellschaft gegen den Patron pfänden und sich überweisen zu lassen (§ 829, 835 Zivilprozessordnung/ZPO).

**Wichtig:**

Eine externe Patronatserklärung, etwa einzelnen Gläubigern gegenüber, verhindert zwar in aller Regel die Insolvenz wegen Überschuldung, nicht aber die Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit, da sie die Liquidität der GmbH nicht verbessert (BGH vom 19.05.2011 – IX ZR 9/10). Der bloße Anspruch auf Liquiditätsausstattung ist nicht geeignet, die Zahlungsfähigkeit eines Unternehmens aufrecht zu erhalten. Dies ist erst dann der Fall, wenn der Patron die Gesellschaft mit der für die Tilgung der fälligen Verbindlichkeiten erforderlichen Liquidität tatsächlich ausstattet.

Eine interne Patronatserklärung (auch „Liquiditätsgarantie“, „Liquiditätshilfegarantie“, „Verlustdeckungszusage“ oder auch „Verlustübernahmeerklärung“ genannt) dagegen wird vom Gesellschafter gegenüber der GmbH ausgesprochen. Damit verpflichtet sich der Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der GmbH einzustehen. Folglich können sich auch alle Gläubiger auf die Patronatserklärung berufen. Hier haben die Gläubiger aber nach wie vor nur Zahlungsansprüche gegen die GmbH selbst, nicht gegen den Gesellschafter. Die GmbH ihrerseits hat aber im Innenverhältnis einen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Gesellschafter. Eine interne Patronatserklärung verhindert die Insolvenz wegen Zahlungsunfähigkeit in aller Regel, weil der Gesellschafter durch sie verpflichtet ist, die Liquidität der GmbH sicher zu stellen.

Der Patron ist bei einer internen Patronatserklärung grundsätzlich nicht zur Zahlung an den Gläubiger des patronierten Unternehmens verpflichtet, sondern hat das Unternehmen mit den nötigen Mitteln auszustatten. Das kann dann natürlich auch in Form eines Gesellschafter-Darlehens (am besten mit Rangrücktritt) geschehen.

DATEV eG, 90329 Nürnberg (Verlag)

© 2019 Alle Rechte, insbesondere das Verlagsrecht, allein beim Herausgeber.

Die Inhalte wurden mit größter Sorgfalt erstellt, erheben keinen Anspruch auf eine vollständige Darstellung und ersetzen nicht die Prüfung und Beratung im Einzelfall.

Diese Broschüre und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung der DATEV eG unzulässig.

Eine Weitergabe an Dritte ist nicht erlaubt.

Aus urheberrechtlichen Gründen ist eine Veröffentlichung z. B. in sozialen Netzwerken oder auf Internet-Homepages nicht gestattet.

Im Übrigen gelten die Geschäftsbedingungen der DATEV.

Angaben ohne Gewähr

Titelbild: © Freedomz/stock.adobe.com

Stand: Oktober 2019

DATEV-Artikelnummer: 12423

E-Mail: [literatur@service.datev.de](mailto:literatur@service.datev.de)