

16. Schuldübernahmen des übergebenden Gesellschafters

16.1 Bürgschaften

Wohl kaum ein Gesellschafter, dessen GmbH Fremdkapital aufnehmen will, wird um eine Bürgschaft herumkommen. Häufig bürgen auch die „Alt-Gesellschafter“ einer GmbH für die Kredite, die der neue Gesellschafter aufnehmen muss, um die GmbH „am Leben“ zu erhalten oder zu expandieren.

Die Bürgschaft ist ein einseitig verpflichtender Vertrag. Mit seiner Bürgschaft erklärt sich der Bürge bereit, gegenüber dem Gläubiger eines Dritten (= die GmbH, die Hauptschuldnerin) für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten einzustehen. Eine Bürgschaft bedarf der Schriftform (§ 766 BGB), nur dann ist sie wirksam.

Bürgschaften können sowohl zeitlich als auch betragsmäßig begrenzt werden. Es ist auch möglich und ratsam, die Bürgschaft nicht so zu erklären, dass von ihr auch zukünftige Verbindlichkeiten erfasst werden. Allerdings ist eine Bürgschaft eines Allein-Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH für deren Kredite, auch dann für zukünftige Forderungen wirksam, wenn sie auf einen Höchstbetrag begrenzt ist (BGH vom 10.11.1998, XI ZR 437/97). Dagegen kann sich ein Minderheitengesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist, darauf berufen, dass er keinen Einfluss auf die GmbH hat. Folglich kann er auch die Höhe der Kreditverbindlichkeiten der Gesellschaft weder kontrollieren noch reduzieren. Die Höhe seiner Haftung wäre ihm also völlig aus der Hand genommen, wenn er eine Globalhaftung auch für künftige Forderungen der Bank an die GmbH unterschrieben hat.

Eine solche formularmäßige Bürgschaft verstößt gegen das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Bundesgerichtshof vom 15.07.1999, IX ZR 243/98). In diesem Fall beschränkt sich die Haftung nur auf die Forderung, die Anlass zu der Bürgschaft gegeben hat.

Von GmbH-Gesellschaftern werden meist sogenannte selbstschuldnerische Bürgschaften verlangt. Bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft kann der Bürge vom Kreditgeber unmittelbar und in voller Höhe zur Begleichung der Schulden in Anspruch genommen werden, wenn der eigentliche Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen ist. Damit haftet der Gesellschafter, der eine solche Bürgschaft zeichnet, voll und ganz mit seinem Privatvermögen.

Praxis-Tipp!

Auch wenn eine verheiratete Person eine Bürgschaft zeichnet, bleibt das Vermögen des Ehepartners verschont. Bei Gütertrennung ohnehin, aber auch bei einer Zugewinngemeinschaft. Entgegen der landläufigen Meinung bedeutet Zugewinngemeinschaft nämlich nicht, dass der Ehepartner mithaftet. Ausnahme natürlich: Der Ehepartner unterzeichnet die Bürgschaft mit. Sehr häufig verlangen die Banken dies, angeblich, um Vermögensverschiebungen unter den Eheleuten zuvor zu kommen. Nicht immer sind die ausufernden Wünsche der Fremdkapitalgeber hier aber auch tatsächlich rechtswirksam.

Der Bürge, der in Anspruch genommen worden ist, hat einen Rückforderungsanspruch an den eigentlichen Schuldner.

Der Gesellschafter, der für die GmbH bürgt, kann eine Avalprovision von der GmbH verlangen. Sie sollte schriftlich vereinbart werden, um eine verdeckte Gewinnausshüttung zu vermeiden.

Wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer für die Gesellschaft gebürgt hat, so wird vermutet, dass die Bürgschaft ihren Grund im Gesellschaftsverhältnis hat. Bei ihm rechnen die Bürgschaftsleistungen zu seiner GmbH-Beteiligung, und zwar in Form von verdeckten Einlagen. Allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die GmbH-Anteile entweder in einem Betriebsvermögen gehalten wurden, oder – wenn die Anteile Privatvermögen sind – der Gesellschafter innerhalb der letzten fünf Jahre wesentlich, also zu genau 1 % oder mehr an der GmbH beteiligt war.

Dagegen ist es gleichgültig, wie lange der Gesellschafter wesentlich beteiligt war, im Extremfall reicht ein Tag. Genauso gleichgültig ist es, ob er die Bürgschaft zu dem Zeitpunkt eingegangen ist, zu dem er wesentlich beteiligt war oder nicht.

Wenn eine der beiden Bedingungen (Anteile in einem Betriebsvermögen oder 1-%ige Beteiligung) erfüllt ist und der Gesellschafter seine Rückforderungsansprüche der GmbH gegenüber nicht mehr geltend machen kann, weil sie z.B. liquidiert worden ist, errechnet sich der Verlust aus der GmbH-Liquidation wie folgt:

| |
|---|
| Liquidationserlös |
| ./. ursprüngliche Anschaffungskosten |
| ./. Bürgschaftszahlungen (= nachträgliche Anschaffungskosten) |
| = Liquidationsverlust |

Diesen Liquidationsverlust kann der Gesellschafter im Rahmen seiner Einkünfte aus Gewerbebetrieb geltend machen. Eine Gesellschaftseinlage, die getätigt wird, um zu vermeiden, dass eine Bürgschaftsinanspruchnahme erfolgt, führt zu nachträglichen Anschaffungskosten der GmbH-Beteiligung (BFH-Urteil vom 20.07.2018, 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.

Wenn der Ehepartner eines GmbH-Allein-Gesellschafters sich für dessen GmbH verbürgt und daraus in Anspruch genommen wird, gehören diese Bürgschaftsleistungen zu den nachträglichen Anschaffungskosten des Anteils des Allein-Gesellschafters. **Voraussetzung:** Er ist verpflichtet, seinem Ehepartner die Aufwendungen zu ersetzen. Soweit dies der Fall ist, kann er den ausgleichspflichtigen Anteil als nachträgliche Anschaffungskosten geltend machen (BFH-Urteil vom 12.12.2000, VIII R 22/92). Die Ehefrau hat dann eine Aufwendungersatzanspruch gegen ihren Gesellschafter-Ehemann, wenn sich beide Ehepartner wie dies in aller Regel geschieht – gesamtschuldnerisch verbürgen, beide aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werden und der Nicht-Gesellschafter-Ehepartner einen höheren Beitrag zur Bürgschaft als es seinem Anteil nach § 426 BGB entspricht, leistet.

Wer bürgt, weiß meist, worauf er sich einlässt. Wer unter emotionalem Stress (Lebenspartner, Kinder von Gesellschaftern) steht oder geschäftlich unerfahren ist, der hat die Möglichkeit, nicht aus der Bürgschaft verpflichtet werden zu können, wenn er finanziell überfordert ist. In solchen Fällen ist die Bürgschaft sittenwidrig. Das gilt nicht für GmbH-Gesellschafter (BGH vom 15.01.2002, XI ZR 98/01), denn ein Gesellschafter ist geschäftlich erfahren genug, damit er weiß, worauf er sich bei einer Bürgschaft einlässt. Eine (absolute) Ausnahme hier kann gegeben sein, wenn der Gesellschafter nachweislich ein reiner Strohmann ist.

16.2 Patronatserklärungen

Unter einer Patronatserklärung versteht man eine Vielzahl unterschiedlicher Erklärungen einer Person (= Patron), 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 Kre-

dits verbessert. Oft verspricht der Patron im Falle der Insolvenz der Gesellschaft die Übernahme bzw. die Zahlung der Kreditverbindlichkeiten.

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

Der erklärende Patron als Verpflichteter haftet nicht direkt und persönlich. Da der Inhalt einer Patronatserklärung nicht gesetzlich geregelt ist, kann sie frei formuliert werden, sodass individuelle Sondersituationen gut berücksichtigt werden können.

In Konzernen geben häufig die Muttergesellschaften Patronatserklärungen für ihre Tochtergesellschaften ab. Aber auch im mittelständischen Bereich finden sich zunehmend Patronatserklärungen, die von den Gesellschaftern einer GmbH oder einer (GmbH & Co.) KG für die Gesellschaft abgegeben werden.

Stellt der Patron lediglich eine bestimmte Geschäftspolitik in Aussicht, handelt es sich um eine Absichtserklärung ohne unmittelbare Zahlungsverpflichtung – eine sogenannte „weiche“ Patronatserklärung. So können beispielsweise lediglich moralisch verpflichtende Absichtsbekundungen Inhalt der Patronatserklärung sein, z.B.: „Ich betrachte wegen meiner gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit zu meiner GmbH Schulden als die meinen“, oder Auskunfts- und Mitteilungsverträge etwa Hauptgläubigern oder „Triple A“-Lieferanten oder -Kunden gegenüber sowie eine Verpflichtung, den Hauptschuldner (= die GmbH) bis zur vollständigen Kreditrückzahlung hinreichend auszustatten. Der **weiche Patronatsvertrag** wird je nach Erklärungsinhalt als Auskunfts-, Mitteilungs- oder einseitig verpflichtender Vertrag gewertet. Der oder die Gläubiger müssen den Vertrag annehmen.

Sofern der Patron konkrete Liquiditätszusagen in seiner Erklärung gegenüber dem begünstigten Unternehmen ausspricht, stellt dies ein aufschiebend bedingtes Darlehensversprechen dar. Der Patron soll dann zu einer Überlassung von Fremdkapital verpflichtet sein, wenn das patronierte Unternehmen von seinen Gläubigern in Anspruch genommen 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 ZPO).

Werden dagegen Maßnahmen oder Unterlassungen versprochen, die die Kreditwürdigkeit des patronierten Unternehmens fördern oder erhalten, so werden unmittelbare rechtliche Verpflichtungen begründet, sogenannte „harte“ Patronatserklärung. Der **harte Patronatsvertrag** wird allgemein als „unechter Vertrag“ zugunsten Drit-

ter eingeordnet. Der Patron ist grundsätzlich nicht zur Zahlung an den Gläubiger des patronierten Unternehmens verpflichtet, sondern hat das Unternehmen mit den nötigen Mitteln auszustatten. Das Unternehmen kann aus der Patronatserklärung regelmäßig selbst keine Rechte herleiten. Es handelt sich daher um einen einseitig verpflichtenden Vertrag. Dies bedeutet für den Vertragsschluss, dass es zu der Erklärung des Patrons noch die Annahme des begünstigten Gläubigers bedarf.

Hier kommt also eine garantieähnliche Haftung des Patrons zustande. Diese Garantieerklärung kann darauf gerichtet sein, die Kredit aufnehmende GmbH mit den erforderlichen Mitteln auszustatten oder dem Kreditgeber entsprechenden Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu leisten. Wird die GmbH insolvent oder erfüllt sie ansonsten die gesicherte Verbindlichkeit nicht, so kann der Kreditgeber unmittelbar vom Patron Zahlung verlangen.

Bei einer harten Patronatserklärung haftet der Patron gleichrangig mit der GmbH. Es gelten also nicht die Regeln für eine Ausfallbürgschaft. Hier kann der Patron sofort gemeinsam mit der GmbH oder anstatt der GmbH in Haftung genommen werden, ähnlich wie bei einer selbstschuldnerischen Bürgschaft, also einer Bürgschaft ohne Einrede der Vorausklage.

Praxis-Tipp!

Ob im Einzelfall eine weiche oder harte Patronatserklärung vorliegt, ergibt sich aus der Formulierung der Erklärung einerseits und danach, ob der Patron mit einem sogenannten Rechtsbindungswillen gehandelt hat oder nicht. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Erklärung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft oder nur gegenüber der Gesellschaft selbst abgegeben wird.

Folgende Formulierungen von Patronatserklärungen wurden bereits durch Obergerichte und durch den BGH entschieden. Danach war es jeweils Streit entscheidend, ob die Formulierung in der Patronatserklärung zu einer Haftung des Patrons führt oder nicht:

| Formulierung | Ergebnis |
|--|---------------------------|
| „Es ist meine Absicht, meine derzeitige Beteiligung an der GmbH während der Laufzeit des Kredites nicht aufzugeben.“ | Keine Haftung des Patrons |
| „Ich bin mit der Kreditaufnahme durch unsere Tochtergesellschaft einverstanden.“ | Keine Haftung des Patrons |

| | |
|---|---------------------------|
| „Es ist meine Geschäftspolitik, die Bonität meiner Gesellschaft aufrechtzuhalten.“ | Haftung des Patron |
| „Ich werde darüber wachen, dass meine Gesellschaft jederzeit zur Rückzahlung des Kredites in der Lage ist.“ | Haftung des Patrons |
| Ich habe von der Kreditaufnahme durch meine Tochtergesellschaft Kenntnis genommen.“ | Keine Haftung des Patrons |