



## „Alt“-Gewinne im Feuer:

### Bei Ausschüttung droht Insolvenzanfechtung!

Nach aktueller Rechtsprechung des BGH ist der zunächst einbehaltene Gewinn einer GmbH oder GmbH & Co KG bei einer späteren Insolvenz der Gesellschaft einem Gesellschafterdarlehen gleichzusetzen. Wird der Gewinn im letzten Jahr vor der Insolvenz doch noch ausgeschüttet, kann der Insolvenzverwalter vom Gesellschafter die Rückerstattung verlangen.

#### HINTERGRUND:

In der Insolvenz einer GmbH oder einer GmbH & Co KG werden Gesellschafterdarlehen bekanntlich erst nach den Forderungen anderer Gläubiger befriedigt, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO; Tilgungsleistungen auf solche nachrangigen Gesellschafterdarlehen im Jahr vor dem Insolvenzantrag unterliegen der Insolvenzanfechtung (vgl. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Dasselbe Schicksal teilen nach dem Gesetz auch Forderungen aus Rechtshandlungen, „die einem solchen Darlehen **wirtschaftlich** entsprechen“: Umstritten war dabei, ob hierunter auch die Finanzierung durch **vorübergehende Überlassung von Eigenkapital** fällt. Der BGH hat dies nunmehr mit Urteil vom 22.07.2021 (Az. IX ZR 195/20) bejaht: Demnach entspricht das Stehenlassen von Gewinnen durch Einstellung in den **Gewinnvortrag** der Gesellschaft wirtschaftlich einem Gesellschafterdarlehen. Unterlässt es der Alleingesellschafter (zunächst), einen Gewinnausschüttungsbeschluss zu fassen, unterliegt die spätere Ausschüttung dieses Gewinnvortrags der Insolvenzanfechtung. Entscheidend sei, dass der Gesellschafter seiner Gesellschaft einen ohne seine Handlung sonst nicht vorhandenen Geldbetrag belassen hat und die Gesellschaft dadurch über zusätzliche finanzielle Mittel verfügt, unabhängig davon, ob es sich formal um Eigen- oder Fremdkapital handelt.

## **BERATUNGSASPEKT:**

Der Alleingesellschafter, der über den festgestellten Gewinn einen Ausschüttungsbeschluss trifft, den Gewinn dann jedoch stehen lässt und seine Forderung stundet, gewährt der Gesellschaft einen Kredit. Jedoch bereits dann, wenn er den Jahresüberschuss auf neue Rechnung vorträgt und in den Gewinnvortrag einstellt, liegt nach der neuen Rechtsprechung eine Kreditierung im Sinne eines Gesellschafterdarlehens mit allen negativen Konsequenzen vor, obwohl der Gesellschafter die Entscheidung über die konkrete Verwendung des Gewinns eigentlich zurückstellen wollte. Dies gilt auch dann, wenn er den Gewinn freiwillig in eine Gewinnrücklage einstellt. Denn das wirtschaftliche Ergebnis ist in allen drei Fällen für die Gesellschaft das Gleiche: Ihr werden vorübergehend zusätzliche finanzielle Mittel überlassen. Nur **zeitnah festgestellte und ausgeschüttete Gewinne** sind nicht als nachrangige Gesellschafterdarlehen anzusehen. Teile der Fachwelt wollen diese Rechtsprechung auf Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern und damit auch auf **überstimmte Minderheitsgesellschafter** sowie auf die Auflösung und Ausschüttung von Kapitalrücklagen übertragen. Somit unterliegt jede Ausschüttung von „Alt“-Gewinnen in späteren Krisenzeiten erheblichen Anfechtungsrisiken.

Für weitere Auskünfte hierzu und bei Fragen zu den Themen Sanierung, Haftungsbeschränkung und Insolvenz/Schutz vor Haftungsdurchgriff steht Ihnen gerne zur Verfügung:

**Petra Schneider**

Rechtsanwältin

Tel. + 49 621 533 941 70

[schneider@anwaelte-fuer-unternehmer.de](mailto:schneider@anwaelte-fuer-unternehmer.de)