

06.15

KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

11. Jahrgang
November/Dezember 2015
Seiten 241–288

www.KSIdigital.de

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater, Präsidiumsmitglied des BDU

Gerald Schwamberger, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Prof. Dr. Harald Krehl, DATEV eG, Nürnberg

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, Rektor der Handelshochschule Leipzig (HHL)

Dr. Wolfgang Schröder, Rechtsanwalt und Notar, Berlin

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Udo Wittler, Sanierungs- und Krisenberater, Hamm

**Strategien
Analysen
Empfehlungen**

Ganzheitlicher Turnaround-Prozess für Firmenkunden [Bernhard Maatz / Prof. Dr. Ralf Neuhaus / Prof. Dr. Wolfgang Portisch, 245]

ESUG-Erfahrungen: Nachsorge ist entscheidend [Dr. Jochen Brinkmann, 249]

Die Formulierung eines insolvenzrechtlich qualifizierenden Rangrücktritts [Dr. Raoul Kreide, 253]

**Praxisforum
Fallstudien
Arbeitshilfen**

Vorsicht bei Vereinbarung von Ratenzahlungen mit Kunden in der Krise [Dr. Bernhard Becker / Dr. Christoph Bode / Peter Böttger, 259]

Working Capital Management im Einkauf [Prof. Dr. Matthias Lütke Entrup / Dr. Bernhard Höveler / Fabian Bürger, 263]

Nachgefragt: Welche Einflussfaktoren bestimmen den Erfolg von Distressed M&A-Transaktionen? [Prof. Dr. Markus W. Exler, 272]

Aktuelle Schwerpunktthemen der Krisen- und Restrukturierungsberatung [Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 273]

Beilage

Jahresinhaltsverzeichnis 2015

Die Formulierung eines insolvenzrechtlich qualifizierenden Rangrücktritts

Ein Spiel mit dem Feuer?

Dr. Raoul Kreide*

Muss ein Rangrücktritt qualifiziert sein? Und was ist unter einer solchen „Qualifikation“ zu verstehen? Die jüngsten Urteile des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 5. 3. 2015 (IX ZR 133/14) und des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 15. 4. 2015 (I R 44/14) geben Anlass, den aktuellen Stand der Diskussion nachzuzeichnen. Die richtige Formulierung für einen Rangrücktritt zu finden, nennt K. Schmidt dabei ein „Spiel mit dem Feuer“ (DB 2015 S. 600, 602). Im Zentrum steht die Frage, wie die Nichtberücksichtigung nachrangiger Forderungen im insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus erreicht werden kann, ohne steuerlichen Schaden anzurichten.

1. Einleitung

Der folgende Beitrag stellt zunächst die mit einem Rangrücktritt verbundenen Gestaltungsziele dar. Anhand der genannten Urteile und der zahlreichen jüngst veröffentlichten Literaturbeiträge werden die Voraussetzungen für einen wirksamen Rangrücktritt untersucht¹. Hierbei sorgt vor allem der Begriff des „qualifizierten Rangrücktritts“ für Unklarheiten². Die Reform des Eigenkapitalersatzrechts hatte dem Qualifikationserfordernis eigentlich die Existenzgrundlage entzogen. Dennoch hat sich der Begriff etabliert – allerdings mit anderem Inhalt. Die einzelnen Komponenten eines insolvenzrechtlich zu berücksichtigenden („qualifizierenden“) Rangrücktritts werden im Einzelnen dargestellt.

2. Gestaltungsziele

Rangrücktrittsvereinbarungen sind ein wichtiges Gestaltungselement zur Unternehmensfinanzierung in Krisenzeiten. Oftmals werden (mezzanine) Finanzierungsformen mit einem Nachrang verbunden, weil sich die erforder-

liche Finanzierungsstruktur nur so aufbauen lässt. So enthalten bestehende Kreditverträge oftmals Regelungen über die daneben zulässige Finanzierung.

Anders als ein echter Forderungsverzicht führt der Rangrücktritt nicht zu einer Entlastung der handelsbilanziellen Passivseite. Durch die Suspendierung von Zinszahlungen für die Dauer der Krise kommt es aber zu einem positiven Liquiditätseffekt.

Klassisches Gestaltungsziel ist allerdings die Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Überschuldungssituation oder Zahlungsunfähigkeit und damit einer Insolvenzantragspflicht. Dies kann erreicht werden, da nachrangige Forderungen bei entsprechender Gestaltung im insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus nicht zu passivieren sind (§§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 InsO). § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO lautet: *„Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gem. § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“*

Der für juristische Personen relevante Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung kann nach dem derzeit (und vorerst unbefristet) geltenden Überschuldungsbegriff des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO zwar schon durch eine positive Fortführungsprognose widerlegt werden. Dennoch empfiehlt sich in der Praxis, stets beide Prüfungsstufen zu testen³. Da die Fortführungsprognose mit Unsicherheiten behaftet ist, dient die parallel festgestellte Nicht-Überschuldung der eigenen Absicherung der Geschäftsführung vor einer möglicherweise falschen Einschätzung der Insolvenzantragspflicht. Rangrücktritte haben daher auch unter dem derzeitigen Überschuldungsbegriff ihre Berechtigung. Zudem führt die Suspendierung von Zinszahlungspflichten zu einer Liquiditätentlastung, die einer drohenden Zahlungsunfähigkeit entgegenwirken kann⁴.

* Dipl.-Betriebswirt (BA) Dr. Raoul Kreide ist als Rechtsanwalt und Mediator für GSK Stockmann + Kollegen in Heidelberg tätig. Sein Beratungsschwerpunkt liegt in der Restrukturierung von Familienunternehmen.

1 Zuletzt etwa Bitter, ZIP 2015 S. 345; Bitter/Heim, ZIP 2015 S. 644; K. Schmidt, ZIP 2015 S. 901; K. Schmidt, DB 2015 S. 600; Kahlert, in: Kübler (Hrsg.), Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, § 57 Rn. 169 ff.

2 Auch im Steuerrecht hatte der Urteilstitel „Keine Passivierung beim sog. qualifizierten Rangrücktritt“ des BFH vom 30. 1. 2011 – I R 100/10, BStBl. II 2012 S. 332, für Verunsicherung gesorgt; vgl. Kreide, KSI 2012 S. 125. Der BFH stellt nun klar, dass hier ein „spezifizierter“ Rangrücktritt im Sinne der steuerrechtlichen Anforderungen gemeint war, vgl. Urteil vom 15. 4. 2015 – I R 44/14, DStR 2015 S. 1551, Rz. 10.

3 Vgl. Kahlert, in: Kübler (Hrsg.), Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, § 57 Rn. 203; K. Schmidt, ZIP 2015 S. 901, 902.

4 Vgl. K. Schmidt, ZIP 2015 S. 901, 902.

Während die Handelsbilanz nicht tangiert wird, kann ein Rangrücktritt dazu führen, dass die Verbindlichkeit in der Steuerbilanz erfolgswirksam auszubuchen ist. Dies führt grundsätzlich zu dem unerwünschten Effekt eines Sanierungsgewinns in Höhe des Nennwerts der Forderung. Die Formulierung von Rangrücktrittsvereinbarungen muss daher eine Ausbuchung durch entsprechende Gestaltung verhindern. Nachträgliche Verhandlungen über eine Steuerbefreiung auf der Grundlage des Sanierungserlasses sind zeitaufwendig und von weiteren Bedingungen abhängig, die sich nicht immer erfolgreich darstellen lassen.

3. Neue Definition des „qualifizierten Rangrücktritts“

3.1 Das alte Eigenkapitalersatzrecht

Die frühere Ausgestaltung von Rangrücktrittsvereinbarungen wurde an einer Formulierung ausgerichtet, die der BGH zum alten Eigenkapitalersatzrecht (vgl. §§ 30, 31 GmbHG a. F.) geprägt hatte. Bis zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)⁵ sah der BGH die Gesellschafter in der Pflicht, ihrer Gesellschaft in der Krise Eigenkapital zur Verfügung zu stellen oder – falls sie nur Fremdkapital einbringen – dieses wie Eigenkapital behandeln zu lassen (sog. „Finanzierungsfolgenverantwortung“). Damit waren die Gesellschafter für die Dauer der Krise nicht befugt, ihre Forderungen geltend zu machen. Entsprechend waren (nur) eigenkapitalersetzende Gesellschafterforderungen in der Überschuldungsbilanz nicht anzusetzen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO a. F.)⁶.

Um mittels Rangrücktritt eine Nichtberücksichtigung in der Überschuldungsbilanz zu erreichen, musste der Gesellschafter danach erklären, er wolle *„wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagenrückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statuarisches Kapital.“*⁷ Damit war die Definition des „qualifizierten Rangrücktritts“ geboren⁸. Interessanterweise findet sich der Begriff nicht im Urteil selbst. Goette, damals bereits lange Jahre Richter im II. Se-

nat des BGH, aber noch nicht dessen Vorsitzender, schreibt jedoch in seiner Urteilsanmerkung *„[...] aus diesem Grund verlangt der II. Zivilsenat einen ‚qualifizierten‘ Rangrücktritt.“*⁹

3.2 Neuer Begriffsinhalt

Der BGH spricht in seiner aktuellen Entscheidung immer noch von einem „qualifizierten Rangrücktritt“¹⁰. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass für den Urteilsfall noch altes Recht galt. Ausdrücklich stellt der BGH jedoch klar, dass die entscheidende Voraussetzung des alten Qualifikationsbegriffs heute nicht mehr erforderlich ist: *„Abweichend zu dem in dem Urteil vom 8. 1. 2001 [...] zum Ausdruck gekommenen Verständnis kann die Erklärung nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2, § 39 Abs. 2 darauf beschränkt werden, hinter die Forderungen aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzutreten, ohne darüber hinaus eine Gleichstellung mit den Einlagerückgewähransprüchen zu verlautbaren.“*¹¹ Man kann daher von einer neu geprägten „insolvenzrechtlich qualifizierenden“ Rangrücktrittsdefinition sprechen, deren Inhalte in Tab. 1 dargestellt werden¹².

Qualifizierter Rangrücktritt vor MoMiG (BGH, II ZR 88/89)	Insolvenzrechtlich qualifizierender Rangrücktritt (BGH, IX ZR 133/14)
Erforderlich war ein qualifizierter Rangrücktritt des Gläubigers, aufgrund dessen er „wegen der genannten Forderung erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagenrückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt [wird], als handele es sich um statuarisches Eigenkapital.“	<ul style="list-style-type: none"> ■ Ausgestaltung als rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot, auch zugunsten der Gläubigergesamtheit ■ Zeitlich unbefristete, auch vorinsolvenzliche Geltung ■ Rückzahlung außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen ■ Rücktritt hinter sämtliche Insolvenzgläubiger im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO <p>Nicht erforderlich:</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Gesellschafterstellung ■ Gleichstellung mit Einlagerückgewährung

Tab. 1: Begriffliche Differenzierungen

5 BGBl. I 2008 S. 2026 ff. (in Kraft getreten am 1. 11. 2008).
6 Vgl. Kahlert, in: Kübler (Hrsg.), Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, § 57 Rn. 171 ff.
7 BGH-Urteil vom 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146 S. 264, mit umfangreicher Auswertung der Literaturstimmen.
8 Der Begriff selbst wurde zwar vereinzelt schon zuvor verwendet, vgl. etwa Engler/Eisolt, NZI 1999 S. 306. Mit dem Grundsatzurteil des BGH hat sich die genannte Definition jedoch unter diesem Begriff etabliert.
9 Goette, DStR 2001 S. 175, 179.
10 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Leitsatz 1 Rz. 11.
11 Ebenda, Leitsatz 1 Rz. 18.
12 Vgl. auch Primizic/Trentin, ZInsO 2015 S. 1250, 1251. Zwischenzeitlich wurde von einem „qualifizierten Rangrücktritt“ gesprochen, wenn ein Rangrücktritt im eröffneten Insolvenzverfahren mit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre verbunden wird, vgl. beispielsweise Mock, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 19 Rn. 228: „Erforderlich ist vielmehr, dass der Gläubiger auch schon für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf eine Geltendmachung der Verbindlichkeit im Rahmen eines sog. pactum de non petendo (qualifizierten Rangrücktritt) nach den in § 39 Abs. 1 Nr. 1–5 aufgeführten Verbindlichkeiten verzichtet.“

4. Voraussetzungen des insolvenzrechtlich qualifizierenden Rangrücktritts

In der Vergangenheit waren zur dogmatischen Einordnung von Rangrücktrittsvereinbarungen verschiedene Meinungen vertreten worden. Die aktuelle Entscheidung des BGH enthält nun grundlegende Weichenstellungen. Dabei handelt es sich jedoch nicht um Theorie aus dem Elfenbeinturm. Es ergeben sich handfeste Konsequenzen für die Beratungspraxis.

4.1 Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner

In der Praxis wird der Rangrücktritt oftmals als „Rangrücktrittserklärung“ bezeichnet. Erforderlich ist jedoch eine zweiseitige Vereinbarung, also ein Vertrag¹³. Ein Vertrag benötigt zur Wirksamkeit die Erklärung und deren Annahme. Allerdings kann eine Annahme auch in einem Bestätigungsschreiben oder bei entsprechenden Umständen konkludent erfolgen.

Weiter stellt der BGH klar, was eigentlich keiner Klarstellung bedarf: Ein Rangrücktritt kann nicht nur mit einem Gesellschafter, sondern mit jedem Gläubiger vereinbart werden¹⁴. Die mögliche Nicht-Berücksichtigung im Überschuldungsstatus kann auch bei Drittgläubigern erreicht werden. Der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO ist zwar erkennbar nur auf Gesellschafter zugeschnitten. Für Nicht-Gesellschafter gelten §§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 InsO aber analog¹⁵. Der Gesetzgeber hatte diesen Satz (nur) eingefügt, um nach Inkrafttreten des MoMiG klarzustellen, dass Gesellschafter trotz des gesetzlichen Nachrangs in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ebenfalls einen Rangrücktritt vereinbaren müssen¹⁶.

4.2 Schuldänderungsvertrag

Dogmatisch handelt es sich, wie der BGH nunmehr entschieden hat, um einen Schuldänderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB). Damit hat sich der BGH für einen Mittelweg entschieden und den Meinungen eine Absage erteilt, die in einem Rangrücktritt einen weitgehenden, bedingten Forderungserlass oder lediglich ein pactum de non petendo (Vereinbarung, einen Anspruch nicht geltend zu machen) sahen¹⁷. Durch die vertrag-

liche Schuldänderung bildet die Forderung im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern haftendes Kapital und darf deshalb nur aus freiem, nicht zur Schuldendeckung benötigten Vermögen zurückgezahlt werden¹⁸. Dieser Nachrang wirkt auch im Hinblick auf künftige und unbekanntere Forderungen, da der BGH der Schuldänderung eine dingliche Wirkung, also eine Wirkung gegenüber jedermann, beimisst¹⁹.

4.3 Vertrag zugunsten der Gläubigergesamtheit

Darüber hinaus sieht der BGH in einer Rangrücktrittsvereinbarung zugleich einen Vertrag zugunsten der Gläubigergesamtheit (§ 328 BGB)²⁰. Dies gilt sowohl zugunsten der bei Abschluss der Rangrücktrittsvereinbarung vorhandenen Gläubiger als auch zugunsten später hinzukommender Neugläubiger. Folge ist, dass die Vereinbarung ab Eintritt der Insolvenzreife nicht durch eine Abrede des Schuldners mit dem Gläubiger aufgehoben werden kann. Nur weil diese Dauerhaftigkeit eine freie Aufhebung verhindert, ist es gerechtfertigt, dass die öffentlich-rechtliche Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) entfällt²¹.

4.4 Vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre

Die Nicht-Berücksichtigung im Überschuldungsstatus lässt sich nur erreichen, wenn der Gläubiger schon vor Insolvenzeröffnung gehindert ist, seine Forderung durchzusetzen²². Ansonsten würde der Überschuldungsstatus ein Schuldendeckungspotenzial ausweisen, welches erst nach Insolvenzeröffnung bestünde²³. Damit wäre die Insolvenzantragspflicht suspendiert, obwohl die Insolvenz gerade nicht verhindert werden kann. Daneben ist nur die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre geeignet, eine Forderung bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit als nicht fällig zu betrachten²⁴.

4.5 Unbefristete Geltung

Der Rangrücktritt beseitigt die Passivierungspflicht nur, wenn er nicht zeitlich befristet, sondern auf Dauer gerichtet ist. Eine Forderung mit befristet wirkendem Rangrücktritt wäre hingegen wie eine noch nicht fällige Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus weiterhin zu passivieren²⁵.

13 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 11.

14 Ebenda, Rz. 14.

15 Ebenda, m.w.N.

16 Vgl. K. Schmidt, DB 2015 S. 600.

17 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 27 ff., mit ausführlicher Herleitung.

18 Ebenda, Rz. 32.

19 Vgl. auch Schäfer, NZI 2015 S. 320.

20 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 35.

21 Ebenda, Rz. 38.

22 Ebenda, Rz. 16.

23 Vgl. Bitter, ZIP 2015 S. 345, 347; Henkel/Wentzler, GmbHR 2013 S. 239, 240.

24 Vgl. Bitter, ZIP 2015 S. 345, 347; im Rahmen der PROKON-Insolvenz war ein entscheidender Punkt, ob nachrangige Genussrechte zu berücksichtigen sind, vgl. hierzu Bitter/Rauhut, ZIP 2014 S. 1005; Bork, ZIP 2014 S. 997, und AG Itzehoe, Beschluss vom 1. 5. 2014 – 28 IE 1/14, ZIP 2014 S. 1038.

25 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 38; Mock, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 19 Rn. 230; Henkel/Wentzler, GmbHR 2013 S. 240.

4.6 Zahlungsverbot

Zivilrechtlich führt der Rangrücktritt nach Ansicht des BGH nicht nur zu einer Durchsetzungssperre, sondern zu einem Zahlungsverbot, wenn sich der Schuldner im Stadium der Insolvenzreife befindet²⁶. Zahlt der Schuldner dennoch, so leistet er auf eine Nichtschuld²⁷. Diese Leistung kann daher nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB), sofern der Schuldner nicht in Kenntnis des durch die Insolvenzreife eingetretenen Zahlungsverbots gehandelt hat (§ 814 BGB)²⁸. Der Insolvenzverwalter kann eine solche Zahlung als unentgeltliche Leistung nach § 134 InsO anfechten²⁹. Die Anfechtungsfrist ist dabei mit vier Jahren deutlich länger als die Jahresfrist für zurückgezahlte (und gesetzlich nachrangige) Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO).

4.7 Sicherheiten

Besitz der Gläubiger für seine Forderung eine Sicherheit, so wird diese durch einen Rangrücktritt nicht ohne weiteres berührt. Der BGH hat dieses Sicherheitsbedürfnis des Gläubigers ausdrücklich akzeptiert. Denn er hat den Rangrücktritt gerade deshalb nicht als bedingten Forderungsverzicht eingestuft, weil „er zu dem überschießenden Ergebnis führen würde, dass infolge des Forderungsverzichts akzessorische Sicherheiten erlöschen.“³⁰ Dies führt allerdings dazu, dass Gläubiger und Schuldner auch mit diesen Sicherheiten umgehen müssen. Akzessorischen Sicherheiten, wie einer Hypothek, kann der Rangrücktritt grundsätzlich als Einrede entgegen gehalten werden (vgl. §§ 1137 Abs. 1 Satz 1, 768 Abs. 1 Satz 1 BGB)³¹.

Nicht ausreichend ist der Rangrücktritt aber bezüglich einer Forderung, wenn diese durch nicht-akzessorische Sicherheiten (beispielsweise eine Grundschuld) abgesichert ist. Sofern sich aus der Sicherungsabrede keine Einredemöglichkeit ergibt, wäre die gesicherte Forderung weiter zu passivieren. Denn für die Vermögenslage der Gesellschaft macht es keinen Unterschied, ob die Forderung durch Zahlung oder Verwertung der Sicherheit erfüllt wird³². Bei Drittsicherheiten ist weiter darauf zu achten, ob eine Regressforderung des Sicherungsgebers zu passivieren wäre. Auch dann können die

beabsichtigten Ziele nicht allein durch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner erreicht werden³³.

4.8 Wirkungserhaltende Auslegung

Erfreulicherweise gibt sich der BGH angesichts dieser zahlreichen Fallstricke großzügig, eine unabsichtlich fehlerhafte Rangrücktrittsvereinbarung im Wege der interessengerechten Auslegung noch zu retten³⁴. Wenn die Zahlungsunfähigkeit und insolvenzrechtliche Überschuldung vermieden werden soll, ist im Zweifel auch gewollt, die dafür erforderlichen Mindestanforderungen zu erfüllen³⁵. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH diese geltungsfreundliche Linie auch für Vereinbarungen beibehält, die in Kenntnis der neuen Entscheidung abgeschlossen werden.

5. Steuerrecht

Gegenüber seinem Verwandten, dem Forderungsverzicht mit Besserungsschein, hat der Rangrücktritt einen wesentlichen Vorteil. Der Forderungsverzicht führt zwangsläufig zur gewinnwirksamen Ausbuchung der Forderung aus der Steuerbilanz. Erst im Besserungsfall erfolgt eine entsprechende Wiedereinbuchung. Es kommt zu einem sog. „Sanierungsgewinn“: Bei Drittdarlehen in Höhe des Nennwerts, bei Gesellschafterdarlehen in Höhe des werthaltigen Teils der Darlehensforderung. Gleiches gilt beim Debt-Equity-Swap. Dieser führt zudem zu einer Verschiebung der Beteiligungsquoten mit potenziellem Untergang vorhandener Verlustvorträge (§ 8c KStG). Sind Grundstücke vorhanden, kann die Anteilsverschiebung u. U. auch als indirekter Eigentumsübergang gewertet werden und Grunderwerbsteuer auslösen (§ 1 Abs. 3 GrEStG). Bei einem Rangrücktritt lassen sich diese Effekte durch entsprechende Ausgestaltung vermeiden.

5.1 Ausbuchungsgrundsatz

Trotz eines Rangrücktritts bleibt die zugrunde liegende Forderung bestehen. Damit fehlt es an einer dem Forderungsverzicht vergleichbaren Steigerung der steuerlichen Leistungsfähigkeit. Zu beachten ist jedoch die Vorschrift des § 5 Abs. 2a EStG (anwendbar über § 8 Abs. 1 KStG). Danach sind „für Verpflichtungen, die nur zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen, [...] Verbindlichkeiten oder Rückstellungen erst anzusetzen, wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind.“ Mit anderen Worten: Sind nachran-

26 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 43; kritisch K. Schmidt, ZIP 2015 S. 900–907.

27 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 34; zu den damit verbundenen dogmatischen Fragen siehe Bitter/Heim, ZIP 2015 S. 644, 645 ff., sowie K. Schmidt, ZIP 2015 S. 900, 907 ff.

28 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 43.

29 Ebenda, Rz. 46 ff.

30 Ebenda, Rz. 31.

31 Jedenfalls, wenn der Rangrücktritt bei bereits bestehender Sicherheit erklärt wurde, vgl. Habersack, in: MüKoBGB, 6. Aufl. 2013, § 768 Rn. 7.

32 Henkel/Wentzler, GmbHR 2013 S. 240, m. w. N.

33 Vgl. Mock, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 19 Rn. 231; Henkel/Wentzler, GmbHR 2013 S. 242.

34 Vgl. Kayser, WM 2015 S. 112, 119 (Sonderbeilage 1); BGH-Urteil vom 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 17, 20 f.

35 Vgl. K. Schmidt, ZIP 2015 S. 900, 904.

gige Forderungen nur aus künftigen Gewinnen zurückzuzahlen, sind sie aus der Steuerbilanz auszubuchen. Im BMF-Schreiben vom 8.9.2006³⁶ hatte die Finanzverwaltung zwei Varianten dargestellt, die eine Ausbuchung verhindern: Entweder musste ein qualifizierter Rangrücktritt (im Sinne der Vor-MoMiG-Definition) vereinbart sein oder die Rückzahlung hatte nicht nur aus künftigen Gewinnen und Liquidationserlösen, sondern zudem aus sonstigem freien Vermögen zu erfolgen.

Mit Urteil vom 15.4.2015³⁷ hat der Bundesfinanzhof (BFH) festgestellt, dass eine Verbindlichkeit dem Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG unterliegt, wenn in einer Überschuldungssituation ein Rangrücktritt vereinbart wird, die Tilgung jedoch nur aus einem zukünftigen Bilanzgewinn und aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss zu erfolgen hat. Dies überrascht nicht. Schon mit Urteil vom 30.11.2011³⁸ hatte der BFH entschieden, dass zusätzlich auch bei „sonstigem freien Vermögen“ eine Rückzahlung erfolgen muss. Diese Sichtweise bestätigt der BFH nun erneut. Nur kurze Hoffnung für missglückte Altfälle dürfte daher auch die Entscheidung des Finanzgerichts Köln vom 26.3.2015 begründen. Dort war lediglich die „Befriedigung aus einem künftigen Bilanzgewinn oder aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss“ vereinbart worden³⁹ – eigentlich eine „klare Sache“. Das FG Köln vertrat jedoch die Ansicht, dass der Begriff des „künftigen Bilanzgewinns“ das „freie Vermögen“ mitumfasse⁴⁰. In diese Richtung hatte im aktuellen BFH-Fall auch die dortige Vorinstanz argumentiert, war aber damit nicht gehört worden⁴¹ (vgl. auch die Übersicht einzelner Aussagen in Tab. 2).

5.2 Nachrangige Darlehen als Einlage

Beruhet der Rangrücktritt und damit der hierdurch ausgelöste Gewinn auf dem Gesellschaftsverhältnis, ist er durch den Ansatz einer Einlage in Höhe des werthaltigen Teils der betroffenen Forderungen zu neutralisieren⁴². Damit ändert der BFH ausdrücklich seine Rechtsprechung zur Berücksichtigung eines solchen nachrangigen Darlehens als Eigenkapital⁴³. Als nicht betrieblich veranlasste Mehrung des steuerlichen Betriebsvermögens ist daher die gewinnwirksame Ausbuchung einer im Rang zurückgetretenen

10 Aussagen zum Rangrücktritt

1. Ein Rangrücktritt wird durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbart.
2. Als Vertrag zugunsten der übrigen Insolvenzgläubiger kann der Nachrang im Stadium der Insolvenzreife nicht mehr aufgehoben werden.
3. Der Nachrang muss zeitlich unbegrenzt und bereits vor Insolvenz gelten.
4. Im insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus ist eine durch „insolvenzrechtlich qualifizierenden“ Rangrücktritt nachrangige Verbindlichkeit nicht anzusetzen.
5. Dies gilt sowohl für Gesellschafterdarlehen (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO) wie auch für Verbindlichkeiten Dritter.
6. Ausreichend ist der Rücktritt hinter sämtliche Insolvenzgläubiger nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO. Eine Gleichstellung mit Einlagerückgewähransprüchen ist nicht (mehr) erforderlich.
7. Bestehende Sicherheiten müssen in die Gestaltung miteinbezogen werden.
8. Der Rangrücktritt begründet ein Zahlungsverbot, nicht lediglich eine Durchsetzungssperre. Dagegen verstoßende Rückzahlungen erfolgen rechtsgrundlos. Sie können nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückgefordert, aber auch nach § 134 InsO angefochten werden.
9. In der Steuerbilanz ist die nachrangige Verbindlichkeit (nur) dann weiter zu passivieren, wenn die Rückzahlung aus künftigen Gewinnen, Liquidationserlösen und sonstigem freien Vermögen erfolgen muss.
10. Bei gesellschaftsrechtlicher Veranlassung führt eine eigentlich gewinnwirksame Ausbuchung der Verbindlichkeit zu einer Einlage in Höhe des werthaltigen Teils und neutralisiert insoweit die Gewinnrealisierung.

Tab. 2: Einzelaussagen im Überblick

Forderung aus dem Steuerbilanzgewinn herauszurechnen, wenn der Rangrücktritt durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst wurde. Es liegt dann steuerlich eine Einlage vor, die die Gewinnwirkung der Ausbuchung in Höhe des werthaltigen Anteils neutralisiert.

6. Ergebnisse

Der BGH hat mit seinem jüngsten Urteil viele Punkte rund um den Begriff des „qualifizierten Rangrücktritts“ geklärt. Durch den möglichen Verzicht auf den Gleichrang mit Einlagerückgewähransprüchen wurde der alte Eigenkapitalersatz-Mantel endgültig abgestreift. Man kann von einer neu geprägten „insolvenzrechtlich qualifizierenden“ Rangrücktrittsdefinition sprechen. Dazu gehören die erforderliche vorinsolvenzliche Geltung, die dingliche Wirkung zugunsten der übrigen Gläubigersamtheit sowie die analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Nicht-Gesellschafter.

Ebenso zu begrüßen ist die Bestätigung des BFH, wonach die Rückzahlungspflicht aus „sonstigem freien Vermögen“ die gewinnwirksame Ausbuchung aus der Steuerbilanz verhindern kann. In miss-

36 BStBl. I 2006 S. 497.

37 BFH-Urteil vom 15.4.2015 – I R 44/14, DStR 2015 S. 1551.

38 I R 100/10, BStBl. II 2012 S. 332.

39 FG Köln, Urteil vom 26.3.2015 – 10 K 3777/09, BB 2015 S. 1456, Rev. anhängig unter Az.: I R 25/15.

40 Ebenda, Nr. 6b.

41 Niedersächsisches Finanzgericht, Urteil vom 12.6.2014 – 6 K 324/12, EFG 2014 S. 1601; abgelehnt von BGH-Urteil vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14, NZI 2015 S. 315, Rz. 12 f.

42 BFH-Urteil vom 15.4.2015 – I R 44/14, DStR 2015 S. 1551, Rz. 18.

43 Anders noch BFH-Urteil vom 30.11.2011 – I R 100/10, BStBl. II 2012 S. 332, Rz. 22 f.

glückten Fällen kann dazu noch die neu entdeckte Einlagefiktion weiterhelfen. In der Krise wird ein Gesellschafterdarlehen allerdings meist wertlos sein, so dass die Kompensation in Höhe des werthaltigen Teils ins Leere läuft.

Trotz der Klarheit der Urteilsaussagen wird deren dogmatische Begründung noch Gegenstand reger Diskussionen sein⁴⁴. Der als Tab. 3 abgesetzte Formulierungsvorschlag kann daher nur als Ausgangspunkt einer individuell abgestimmten Rangrücktrittsvereinbarung dienen. Er ist an den konkreten Sachverhalt, insbesondere im Hinblick auf bestehende Sicherheiten, die beabsichtigten Gestaltungsziele und die weitere Entwicklung anzupassen. Auf eine rettende Auslegung sollte man sich hingegen nicht von vornherein verlassen – „im Feuer“ ist nichts Geringeres als die drohende Strafbarkeit der Geschäftsführung wegen verspäteter Insolvenzantragstellung.

Allgemeiner Formulierungsvorschlag

Zur Vermeidung einer Überschuldung (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO) tritt der Gläubiger mit seiner Forderung auf Rückzahlung des Darlehens (einschließlich Zinsen und sonstiger Nebenforderungen) hinter die gegenwärtigen und künftigen Forderungen und zugunsten sämtlicher anderer Gläubiger im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO dergestalt im Rang zurück, dass Zahlungen auf die Forderung

- nicht erfolgen dürfen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder wenn und soweit die Zahlungen auf die Forderung zu einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung führen würden, und
- nur nachrangig nach allen anderen Gläubigern, soweit nicht zur Erhaltung des satzungsmäßigen Stammkapitals erforderlich, aus künftigen Jahresüberschüssen, Bilanzgewinnen, einem Liquidationsüberschuss oder sonstigem freien Vermögen, jedoch vor den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter, verlangt werden können.

(in Anlehnung an *Kahlert*, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, § 57 Rn. 216)

Tab. 3: Formulierungsvorschlag

⁴⁴ Lesenswert Bitter/Heim, ZIP 2015 S. 644, welche von einem „Kabinetstück besonderer Güte“ sprechen, sowie K. Schmidt, ZIP 2015 S. 900, 907 ff., der die „rechtsdogmatische Titanenarbeit“ kritisch hinterfragt.

Dr. Raoul Kreide



Rechtsanwalt und Dipl.-Betriebswirt (BA) Dr. Raoul Kreide berät mittelständische Unternehmen, Unternehmer und die Unternehmerfamilie.

Seine Beratungsschwerpunkte sind die Restrukturierung und Unternehmensfinanzierung sowie die steueroptimierte Strukturierung, auch im Bereich der Unternehmens- und Vermögensnachfolge.

Neben seiner Dozententätigkeit für das Institut für Unternehmenssanierung und -entwicklung Heidelberg (IfUS) ist Herr Dr. Kreide Lehrbeauftragter an der Universität Heidelberg im Masterstudiengang „LL.M. corporate restructuring“.

Als ausgebildeter Mediator steht Herr Dr. Kreide für einen konfliktlösenden Beratungsansatz, der die individuellen Bedürfnisse jedes Familienmitglieds in eine nachhaltige Lösung miteinbezieht.

Dieser Sonderdruck gibt lediglich einen unverbindlichen Überblick und kann eine rechtliche Beratung nicht ersetzen. Als Ansprechpartner für eine etwaige Beratung stehen wir gerne zur Verfügung.

GSK STOCKMANN
+ KOLLEGEN

Kontakt:

Dr. Raoul Kreide
Rechtsanwalt
Dipl.-Betriebswirt (BA)
Mediator

GSK STOCKMANN + KOLLEGEN
Rechtsanwälte Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB,
Sitz München, AG München PR 533
Mittermaierstraße 31
69115 Heidelberg

Tel.: + 49 (6221) 45 66 - 11
Fax: + 49 (6221) 45 66 - 44
Mobil: + 49 (173) 52 61 967
E-Mail: raoul.kreide@gsk.de
web: www.gsk.de

GSK Stockmann + Kollegen ist eine der führenden, unabhängigen Wirtschaftskanzleien in Deutschland mit den Schwerpunkten Real Estate, Corporate/Restructuring, Banking/Finance und Public Sector. GSK konzentriert sich auf die Betreuung von Projekten und die Beratung von nationalen und internationalen Unternehmen, Banken und Finanzinstituten, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie Regierungen und Ministerien.

GSK ist 1997 als Zusammenschluss von Anwälten führender deutscher und internationaler Wirtschaftskanzleien entstanden. Über 130 Rechtsanwälte und Steuerberater stehen unseren Mandanten an den Standorten Berlin, Frankfurt/Main, Hamburg, Heidelberg, München und Brüssel zur Verfügung. Im Verbund mit unseren Allianzpartnern der Broadlaw Group betreuen wir unsere Mandanten regelmäßig bei grenzüberschreitenden Transaktionen.