

## B & K Rechtshinweis

12/2015

### Rangrücktritt – Neue Vorgaben durch den BGH und den BFH

#### I. Überblick

Zur Vermeidung einer Überschuldung und der daraus resultierenden Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO bei Kapitalgesellschaften bzw. GmbH & Co. KGs kommt als einfaches und wirksames Mittel eine sog. Rangrücktrittserklärung in Betracht. Hierzu erklärt der Gläubiger – in der Regel ein Gesellschafter – gegenüber dem Schuldner (der Gesellschaft), dass seine Forderung nachrangig gegenüber Forderungen anderer Gläubiger sein soll. Die Ziele einer solchen Erklärung sind die folgenden:

- Vermeidung des Ausweises der Verbindlichkeit in der sog. Überschuldungsbilanz durch (insolvenzrechtliche) Umqualifizierung als Eigenkapital.
- Fortbestehender Ausweis der Verbindlichkeit in der Handels- und Steuerbilanz, da die Ausbuchung ansonsten zur Gewinnrealisierung führen würde.

Da diese Ziele in einem gewissen Widerspruch zueinander stehen, ist es von entscheidender Bedeutung, dass eine Rangrücktrittserklärung sowohl den insolvenz-

rechtlichen als auch den bilanzrechtlichen und steuerrechtlichen Anforderungen gerecht wird.

**Hinweis:** § 15a InsO normiert eine Insolvenzantragspflicht von Vertretungsorganen juristischer Personen und von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Angesichts der daraus folgenden straf- und haftungsrechtlichen Konsequenzen sollte das jeweilige Vertretungsorgan (Geschäftsführer/Vorstand) bei der Abfassung der Rangrücktrittserklärung ganz besondere Sorgfalt an den Tag legen.

#### II. Entwicklung im Insolvenzrecht

Vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen („MoMiG“) am 1. November 2008 war ausreichend, dass Gläubiger und Schuldner vereinbarten, dass eine Rückzahlung der Verbindlichkeit nur dann erfolgen darf, wenn der Schuldner dazu aus künftigen Gewinnen, einem Liquidationsüberschuss oder aus anderem freiem Vermögen in der Lage ist und der Gläubiger mit

seiner Forderung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktritt (sog. *einfacher* Rangrücktritt). Nach damaliger Auffassung des Bundesgerichtshofs etwa im Urteil vom 08.01.2001 – II ZR 88/99 erfolgte jedoch nur dann kein Ausweis der Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz, wenn ein sog. *qualifizierter* Rücktritt erklärt wurde. Hierzu bedurfte es der Erklärung des Gläubigers, dass er mit der Forderung hinter alle anderen Gläubiger zurücktrete und bis zur Abwendung der Krise seine Forderung nur in gleicher Weise wie Einlagenrückgewähransprüche der Gesellschafter befriedigt werden solle.

Seit Inkrafttreten des MoMiG sind gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO Gesellschafterdarlehen bei der Ermittlung des Überschuldungsstatus nicht zu berücksichtigen, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang für die Forderung im Insolvenzverfahren hinter den Rang der in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO genannten Positionen vereinbart wurde. Der Rangrücktritt hat mithin in § 39 Abs. 2 InsO eine gesetzliche Normierung erfahren. Es bedarf daher insolvenzrechtlich *keines qualifizierten* Rangrücktritts mehr, um die Überschuldung zu beseitigen – es genügt eine Vereinbarung über den Rangrücktritt hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO genannten Forderungen und Kosten.

### III. Ausführungen des BGH

In dem aktuellen Urteil vom 05.03.2015 – IX ZR 133/14 hat der BGH nun ausführlich

dargelegt, unter welchen Voraussetzungen eine Verbindlichkeit nicht in der Überschuldungsbilanz aufzunehmen sein soll. Ob die jeweilige Vereinbarung diesen Anforderungen genügt, ist im jeweiligen Einzelfall durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln.

So führt der BGH aus, dass die Vereinbarung, wonach ein Nachrang nur für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Geltung entfalten soll, *nicht* ausreicht. Dies folge aus dem Umstand, dass ein Gläubiger nicht gehindert wäre, seine Forderung vor Verfahrenseröffnung durchzusetzen. Mithin wäre eine Überschuldung des Unternehmens gerade nicht abgewendet.

Soll nach der derzeitigen Gesetzeslage eine Verbindlichkeit nicht in die Überschuldungsbilanz aufgenommen werden müssen, hat sich der Regelungsbereich der Rangrücktrittserklärung auf den Zeitraum *vor und nach* Insolvenzeröffnung zu erstrecken. Dabei ist der Rangrücktritt als rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot so auszugestalten, dass die Forderung des Gläubigers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenen Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher übrigen Insolvenzgläubiger befriedigt werden darf. Unzureichend ist dabei allerdings ein zeitlich begrenzter Rücktritt. Der Gläubiger muss dauerhaft gehindert sein, seine Forderung geltend zu ma-

chen; nur dies rechtfertigt es die Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz wie Eigenkapital zu behandeln.

Die Rangrücktrittsvereinbarung kann als Vertrag zu Gunsten der Gläubigergesamtheit (Vertrag zu Gunsten Dritte i.S.v. § 328 BGB) ab Eintritt der Insolvenzzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist eingetreten oder droht zumindest) nicht ohne die Zustimmung der übrigen Gläubiger durch eine Abrede von Gläubiger und Schuldner aufgehoben oder zum Nachteil der übrigen Gläubiger modifiziert werden. Auch im Übrigen ist eine Aufhebung oder nachteilige Modifikation ohne Mitwirkung der übrigen Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzzreife der Gesellschaft nicht vorliegt oder durch geeignete Maßnahme beseitigt worden ist.

Damit die Verbindlichkeit in der Handelsbilanz weiterhin auszuweisen ist, darf auf keinen Fall ein Forderungsverzicht vorliegen. Da der Rangrücktritt lediglich die Rangfolge, nicht aber den Bestand der Forderung betrifft, ergibt sich aus diesem grundsätzlich keine Auswirkung auf die handelsrechtliche Bilanzierung. Da aber auch dann eine Ausbuchung zu erfolgen hat, wenn die Rückzahlung denselben Voraussetzungen unterliegt wie die Rückzahlung von Eigenkapital, sollte eine Regelung getroffen werden, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger eine Befriedigung seiner Forderung verlangen kann.

Zahlungen die trotz Insolvenzzreife entgegen dem vereinbarten Rangrücktritt geleistet werden, sind ohne Rechtsgrund erfolgt und nach den Grundsätzen einer ungerechtfertigten Bereicherung an die Gesellschaft zurück zu gewähren und im Falle einer sich anschließenden Insolvenz nach § 134 InsO als „unentgeltliche Leistungen“ anfechtbar und gemäß § 143 InsO zurück zu gewähren.

#### IV. Steuerrecht

Im Hinblick auf den steuerbilanziellen Ausweis ist dabei die Regelung von § 5 Abs. 2a EStG zu beachten. Denn nach dieser Vorschrift sind für Verpflichtungen, die nur zu erfüllen sind, soweit *künftig* Einnahmen oder Gewinne anfallen, Verbindlichkeiten oder Rückstellungen mangels gegenwärtiger wirtschaftlicher Belastung erst dann in der Steuerbilanz anzusetzen, wenn die Einnahmen oder Gewinne tatsächlich angefallen sind. So hat der Bundesfinanzhof mit Urteil vom 30.11.2011 – I R 100/10 entschieden, dass die Voraussetzungen für die Bilanzierung einer Verbindlichkeit nicht vorliegen, weil Gläubiger und Schuldner neben dem Rangrücktritt vereinbart hatten, dass die Gläubigerin Befriedigung ihrer Forderung nur aus *künftigen* Jahresüberschüssen oder einem Liquidationsüberschuss verlangen kann; sonstiges freies Vermögen war insoweit nicht angesprochen worden.

Damals hatte es der BFH noch abgelehnt, für den im Zeitpunkt der Ausbuchung nach § 5 Abs. 2a EStG aufgrund eines solchen Rangrücktritts werthaltigen Teil des Darlehens eine (den ausgelösten Ertrags kompensierende) Einlage anzunehmen. Mit Urteil vom 15.04.2015 – I R 44/14 hat er diese Auffassung nunmehr aufgegeben und eine (soweit werthaltig anteilige) Einlage aus dem Wegfall der Darlehensverbindlichkeit in der Steuerbilanz wegen § 5 Abs. 2a EStG angenommen.

### V. Tipp

Zusammenfassend ergeben sich für eine Rangrücktrittsvereinbarung zum Zwecke der Vermeidung bzw. Beseitigung einer Überschuldung damit folgende Vorgaben:

- Eine Zahlung auf die Verbindlichkeit *vor* Insolvenzeröffnung darf nicht erfolgen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder wenn durch die Zahlung auf die Verbindlichkeit die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft droht bzw. herbeigeführt würde.
- Eine Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung *vor* Insolvenzeröffnung ist nur dann zulässig, wenn die Insolvenzreife der Gesellschaft nicht bereits vorliegt oder die Insolvenzreife beseitigt worden ist.
- Eine Zahlung auf die Verbindlichkeit *nach* Insolvenzeröffnung kann erst an letzter Rangstelle im Rang des § 39

Abs. 2 Satz 2 InsO, also auf den Rang nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO erfolgen.

- Der Gläubiger kann Befriedigung aus einem künftigen Jahres- oder Liquidationsüberschuss sowie aus dem sonstigen freien Vermögen verlangen.
- Wo sinnvoll kann orientiert an den Grundsätzen der o.g. Urteile des BFH eine Gestaltung gewählt werden, bei der die Verbindlichkeit handelsbilanziell bestehen bleibt, steuerbilanziell aber, etwa zur Ausnutzung von Verlustvorträgen, erfolgsrelevant ausgebucht werden muss. Hierbei ist aufgrund des jüngsten BFH-Urteils hierzu allerdings die Behandlung des werthaltigen Teils der Ausbuchung als Einlage zu berücksichtigen.

Vor dem Hintergrund der straf- und schadensersatzrechtlichen Konsequenzen muss eine Rangrücktrittsvereinbarung den steuerlichen und insolvenzrechtlichen Anforderungen genügen. Bei der Abfassung einer Rangrücktrittserklärung ist Ihnen Ihr Berater gerne behilflich.

#### Information:

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.