

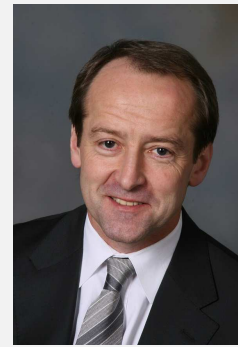


Thomas Uppenbrink

Neues zu Rangrücktritten und Sanierungsgewinnen

von Thomas Uppenbrink und Wolfgang Arens

www.uppenbrink.de
www.sal-bielefeld.de



Wolfgang Arens

Rangrücktritte und Sanierungsgewinne sind bekannte Erscheinungen in der Sanierungspraxis. Ihre steuerrechtliche Behandlung ist jedoch durch Entwicklungen in der jüngsten Rechtsprechung und in Erlassen der Finanzverwaltung in den Blickpunkt der Praxis gelangt. Die Gestaltungspraxis ist dringend aufgerufen, sich darauf einzustellen.

1. Rangrücktrittsvereinbarungen und deren zivilrechtliche Bedeutung

Ein Rangrücktritt ist dadurch gekennzeichnet, dass die Forderung des Gläubigers weiterhin besteht, die Erfüllung dieser Forderung jedoch gegenüber anderen Gläubigern zurückgestellt wird. Der Darlehensgeber verzichtet also nicht auf seine Forderung (BFH, DB 1993, 1266; zur Passivierungspflicht siehe auch schon Hoffmann, DStR 1998, 196, 197; dazu und zum notwendigen Inhalt OLG Frankfurt GmbH 2004, 53 m. Anm. Blöse), sondern es wird nur der Inhalt der fortbestehenden Verbindlichkeit der Gesellschaft geändert. Die Sicherungsrechte und die Verzinsung bleiben in ihrem Bestand grundsätzlich unberührt. Die herrschende Meinung qualifiziert den Rangrücktritt daher als **pactum de non petendo**, d.h. der Gesellschaft wird eine Einrede gegen die Geltendmachung der Forderung in der Krise bzw. in der Insolvenz eingeräumt (Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG, § 42 Anm. 104; Häuselmann, BB 1993, 1552, 1553 m.w.N.; Wazlawik, NZI 2004, 608; OLG Dresden, EWIR 2002, 489 m. Anm. Steinecke).

Die Folge ist, dass der Rangrücktritt handelsrechtlich zu keiner Gewinnrealisierung führt, sondern das Darlehen weiterhin in der **Handelsbilanz** zu passivieren ist (Janssen, BB 2005, 1895). In einem **Überschuldungsstatus** ist – auch nach der Auffassung des BGH (BGH, BB 2001, 430 m. Anm. Haselbach/Wicke = GmbHR 2001, 190 m. Anm. Felleisen = DStR 2001, 175 m. Anm. Altmeppen) – ein Darlehen solange zu passivieren, wie nicht ein sog. qualifizierter Rangrücktritt vereinbart ist. Das gilt auch bei einer „gespaltenen“ Einlage, also einer Zahlung, die zum einen Teil in das Eigenkapital und zum anderen Teil in das Fremdkapital gebucht wird (BGH, DB 2010, 1233). Ob insolvenzrechtlich überhaupt noch ein qualifizierter Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen erforderlich ist, ist fraglich geworden, da seit der Neuregelung im Rahmen des MoMiG seit November 2008 **Gesellschafterdarlehen** schon nach dem Gesetzeswortlaut (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) stets **nachrangig** sind.

2. Steuerrechtliche Wirkungen von Rangrücktrittsvereinbarungen

Steuerrechtlich löst der - richtig formulierte - Rangrücktritt für ein Gesellschafterdarlehen keine Konsequenzen aus. Es entsteht insbesondere kein Eigenkapital der Gesellschaft (Häuselmann, BB 1993, 1552, 1557; Kahlert/Gehrke, DStR 2010, 227; Leuring/Bahns, NJW-Spezial 2012, 207; Braun, DStR 2012, 1360). Es bleibt insoweit bei der **Passivierungspflicht in der Handels- und der Steuerbilanz** (BFH, GmbHR 1993, 600; BFH, BStBl. II 1997, 277 = DStR 1997, 444; BFH, BStBl. II 2000, 347 = DStR 2000, 771; BFH, BStBl. II 2002, 436 = DStR 2001, 1431; BFH, DStR 2004, 593; FG Mecklenburg-Vorpommern, BB 2006, 2746). Die Zahlung von Zins- und Tilgungsleistungen an den Gesellschafter nach der Sanierung führt bei der Gesellschaft nicht zur verdeckten Gewinnausschüttung.

Bei der Formulierung eines "qualifizierten" Rangrücktritts ist darauf zu achten, dass bei Eintritt der Überschuldung ein (automatischer) Rücktritt der Darlehensrückzahlungsansprüche (und etwaiger Zinsen) im Rang hinter die Ansprüche aller anderen Gläubiger erfolgt. Eine Befriedigung (oder Verwendung oder Abtretung) darf nur erfolgen,

- aus künftigen Jahresüberschüssen
- aus Liquidationsüberschüssen
- oder aus sonstigem freien Vermögen.

3. Passivierungsverbot gemäß § 5 Abs. 2a EStG bei Rangrücktrittsvereinbarungen

Gemäß § 5 Abs. 2a EStG darf weder eine Verbindlichkeit angesetzt noch eine Rückstellung gebildet werden, wenn die Verpflichtung nur zu erfüllen ist, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen. Die entsprechende Verbindlichkeit ist dann also mit ergebnisverbessernder Wirkung auszubuchen. Der BFH spricht insoweit von **"haftungslosen Darlehen"** (BFH, DStR 2005, 186). Eine Verbindlichkeit oder Rückstellung darf erst angesetzt werden, wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind. Inwieweit dieses **Passivierungsverbot für Verbindlichkeiten** maßgeblich ist, für die ein Rangrücktritt vereinbart ist, ist genau zu klären.

Der **BMF** vertrat dazu schon früher die Auffassung, dass der Tatbestand des § 5 Abs. 2a EStG (Passivierungsverbot, also ergebnisverbessernde Ausbuchung) erfüllt sei, wenn eine Bezugnahme auf die Möglichkeit einer Tilgung des mit Rangrücktritt versehenen Darlehens auch aus sonstigem freien Vermögen fehle, dann sei der Ansatz von Verbindlichkeiten oder Rückstellung bei derartigen Vereinbarungen in der Steuerbilanz ausgeschlossen (BMF v. 16.12.2003, BStBl. I 2003, 648 = FR 2004, 109 mit Anm. Suchanek, FR 2004, 1129; siehe auch BMF v. 18.8.2004, BStBl. I 2004, 850 = DStR 2004, 1525; dazu auch Suchanek, FR 2004, 1129; Janssen, BB 2005, 1895; Neufang/Oettinger, BB 2006, 294, 295; Westenburg/Schwenn, BB 2006, 501). Von entscheidender Bedeutung sollte demgemäß nach Auffassung des BMF sein, ob nach der Gestaltung der Rangrücktrittsvereinbarung eine Tilgung der Schuld **auch aus anderem freiem Vermögen** zulässig ist (So auch BFH, DStR 2005, 186). Ist das der Fall, sollte das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG nicht gelten. Ist das nicht der Fall, sollte also die Rückzahlung der Verbindlichkeit ausschließlich aus zukünftigen Gewinnen oder aus einem Liquidationsüberschuss erfolgen, bestand nach Auffassung des BMF das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG.

Die Auffassung des BMF wurde in der Literatur stark kritisiert, da das Anknüpfen an die Tilgungsmöglichkeit aus freiem Vermögen nicht dem Zweck des § 5 Abs. 2a EStG gerecht werde (Klein, GmbHR 2005, 663; Hölzle, GmbHR 2005, 852). Der **BFH** hat sich im Urteil vom 10.11.2005 (BFH, DStR 2006, 75) grundsätzlich mit der Bilanzierung zum Betriebsvermögen gehörender eigenkapitalersetzender, unverzinslicher und mit Rangrücktritt versehener Gesellschafterdarlehen an eine Kapitalgesellschaft auseinandergesetzt. Der BFH entschied, dass auch im Fall des sog. qualifizierten Rangrücktritts ein Darlehen Fremdkapital bleibt und in der Steuerbilanz als solches unverändert auszuweisen ist, selbst wenn die Rangrücktrittsvereinbarung vorsieht, dass der Darlehensgeber nicht nur nachrangig nach allen Gläubigern, sondern quotengleich mit dem statutarischen Kapital befriedigt wird. Entgegen der Verwaltungsmeinung (dazu BMF v. 18.8.2004, BStBl. I 2004, 850 = DStR 2004, 1525) löse eine Rangrücktrittserklärung nicht schon deshalb das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG aus, weil die Möglichkeit der Tilgung aus einem Liquiditätsüberschuss oder aus sonstigem freiem Vermögen nicht erwähnt ist.

Der **BMF** hat daraufhin seine Rechtsauffassung aus den Schreiben vom 16.12.2003 und vom 18.8.2004 zunächst revidiert und folgte mit Schreiben vom 8.9.2006 der Auffassung des BFH und der herrschenden Literaturmeinung (BMF v. 8.9.2006, BStBl. I 2006, 497; dazu Berndt, BB 2006, 2744; Heerma/Heerma, ZIP 2006, 2202; Kahlert/Rühland, ZInsO 2006, 1009; v. Prühs, GmbH-Stp. 2006, 331; Kammeter/Geißelmeier, NZI 2007, 214).

Davon ist der **BFH** in seiner jüngsten Rechtsprechung jedoch inzwischen wieder abgerückt:

Fehlt in der Formulierung eines "qualifizierten" Rangrücktritts die **Bedingung "oder aus sonstigem freien Vermögen"**, handelt es sich um eine „haftungslose Verbindlichkeit“ und in der steuerlichen Gewinnermittlung ist die Verbindlichkeit gemäß § 5 Abs. 2a EStG ergebniserhöhend aufzulösen. Dadurch entsteht dann ein entsprechender **Sanierungsgewinn** (BFH, DStR 2012, 450). Es ist daher davon auszugehen, dass auch die Finanzverwaltung auf diese - von ihr früher ohnehin vertretene - Auffassung einschwenkt.

4. Billigkeitsmaßnahmen bei Sanierungsgewinnen ?

Ergibt sich aber steuerrechtlich ein solcher Sanierungsgewinn, stellt sich die Frage nach der Möglichkeit eines **Erlasses** oder zumindest einer **Stundung**, d.h. die Frage, ob die Steuer auf den Sanierungsgewinn von der Finanzverwaltung erlassen (oder zumindest gestundet) werden kann, damit durch diese Steuerbelastung die Sanierung nicht vereitelt wird. In Betracht kommt dabei einerseits das Instrumentarium einer sog. abweichenden Steuerfestsetzung auf Antrag (§ 163 AO) und andererseits eine Stundung unter Widerrufsvorbehalt zwecks etwaigem späteren Erlass (§ 222 AO).

Die Chancen dafür sind aber stark eingeschränkt. Voraussetzungen für solche „**Billigkeitsmaßnahmen**“ sind nämlich nach der Erlasslage der Finanzverwaltung (BMF v. 27.3.2003, DStR 2003, 690; BMF v. 22.12.2009, DStR 2010, 52; Fin.Min. Schleswig-Holstein v. 17.4.2012, DStR 2012, 969):

- Sanierungsbedürftigkeit
- Sanierungsfähigkeit
- Sanierungseignung und
- Sanierungsabsicht.

Weitere Voraussetzung für solche „**Billigkeitsmaßnahmen**“ ist nach der finanzgerichtlichen Rechtsprechung und nach der zitierten Erlasslage, dass es um eine **unternehmensbezogene Sanierung** geht, nicht jedoch um eine unternehmerbezogene Sanierung (BFH, BStBl. II 2010, 916; eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zugelassen: BVerfG v. 14.7.2011 – 2 BvR 2853/10; der VIII. Senat des BFH hat die Fragestellung offengelassen in einer Kostenentscheidung zu einem AdV-Verfahren durch BFH, DStR 2012, 943).

Sollen also beispielsweise im Rahmen einer Sanierungsvereinbarung dem Unternehmer betriebsbezogene Verbindlichkeiten (ganz oder teilweise) erlassen werden, etwa Verbindlichkeiten im Rahmen seines (passiven) Sonderbetriebsvermögens, soll die Steuer auf den dadurch bei ihm entstehenden Sanierungsgewinn grundsätzlich nicht erlassen oder gestundet werden können. Nur ausnahmsweise kommen solche „**Billigkeitsmaßnahmen**“ auch für eine **unternehmerbezogene Sanierung** in Betracht, nämlich:

- bei Restschuldbefreiung (§§ 286 ff InsO)
- bei Verbraucherinsolvenz (§§ 304 ff InsO).

5. Fazit

Unabhängig von den insolvenzrechtlichen Anforderungen an die Formulierung einer Rangrücktrittsvereinbarung ist wegen der verschärften Auffassung des BFH zum Passivierungsverbot von “haftungslosen Darlehen” aus steuerrechtlichen Gründen darauf zu achten, dass bei der Gestaltung der Rangrücktrittsvereinbarung eine Tilgung der Schuld auch aus anderem freien Vermögen vorgesehen wird. Entsteht ein Sanierungsgewinn, besteht unter eingeschränkten Voraussetzungen bei unternehmensbezogenen Sanierungen eine Aussicht auf „Billigkeitsmaßnahmen“; bei unternehmerbezogenen Sanierungen besteht diese Aussicht nur bei Durchlaufen des förmlichen (Verbraucher-) Insolvenzverfahrens.