

„SONSTIGES FREIES VERMÖGEN“ – DAS ZAUBERWORT DES RANGRÜCKTRITTS

KEINE GEWINNERHÖHENDE AUSBUCHUNG: BUNDESFINANZHOF SORGT FÜR ERFREULICHE KLARHEIT ZUR PASSIVIERUNG VON VERBINDLICHKEITEN, FÜR DIE EIN RANGRÜCKTRITT VEREINBART WURDE

Executive Summary

- Mit Urteil vom 19. August 2020 (XI R 32/18) sorgt der Bundesfinanzhof (BFH) für erfreuliche Klarheit zur Passivierung von Verbindlichkeiten, für die ein Rangrücktritt vereinbart wurde: *„Eine Rangrücktrittserklärung, die die Erfüllung der Verpflichtung nicht nur aus zukünftigen Gewinnen und Einnahmen, sondern auch aus „sonstigem freien Vermögen“ vorsieht, löst selbst dann weder handels- noch steuerbilanziell ein Passivierungsverbot aus, wenn der Schuldner aufgrund einer fehlenden operativen Geschäftstätigkeit aus der Sicht des Bilanzstichtages nicht in der Lage ist, freies Vermögen zu schaffen, und eine tatsächliche Belastung des Schuldnervermögens voraussichtlich nicht eintreten wird.“* (Leitsatz)

Der Urteilsfall

Im entschiedenen Fall ging es um einen Konzern, dessen Tochtergesellschaft ihren operativen Geschäftsbetrieb eingestellt hatte. Zur Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Überschuldungssituation erklärte die Muttergesellschaft einen Rangrücktritt auf die der Tochter zur Verfügung gestellten Gesellschafterdarlehen. Die spätere Betriebsprüfung war der Ansicht, dass aufgrund der fehlenden operativen Tätigkeit der Tochtergesellschaft sowie der weitgehenden Vermögenslosigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mit einer Rückzahlung der Verbindlichkeiten gegenüber der Muttergesellschaft zu rechnen sei. Die Tochtergesellschaft sei durch die bestehende Verpflichtung wirtschaftlich nicht belastet. Damit erhöhte die Betriebsprüfung den steuerpflichtigen Gewinn der Tochtergesellschaft im Jahr des Rangrücktritts.

Hintergrund: § 5 Abs. 2a EStG

Aus steuerlicher Sicht spielt § 5 Abs. 2a EStG die entscheidende Rolle: *„Für Verpflichtungen, die nur zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen, sind Verbindlichkeiten oder Rückstellungen erst anzusetzen, wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind.“* Mit anderen Worten: Besteht, wie von der Betriebsprüfung behauptet, keine aktuelle wirtschaftliche Belastung, ist die Verbindlichkeit aus der Steuerbilanz gewinnerhöhend auszubuchen. Lediglich in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung kann eine steuerneutrale Einlage in Betracht kommen, wenn der Wegfall auf dem Gesellschafterverhältnis beruht (so BFH, Urteil vom 15. April 2015, I R 44/14).

Das Urteil des BFH

Das Finanzgericht Münster (Urteil vom 13. September 2018, 10 K 504/15 K,G,F) hatte der Klage des Tochterunternehmens gegen die neuen Steuerbescheide stattgegeben: Bei Schulden, die auch aus dem sonstigen freien Vermögen zu bedienen seien, entfalle die aktuelle wirtschaftliche Belastung des Schuldners nicht. Die betreffenden Verbindlichkeiten seien zu passivieren; das Passivierungsverbot (§ 5 Abs. 2a EStG) greife in diesen Fällen nicht ein. Auf das wirtschaftliche Unvermögen des Schuldners komme es nicht an.

Dieser Sichtweise hat sich der BFH angeschlossen. Eine Rangrücktrittserklärung, die die Erfüllung der Verpflichtung nicht nur aus zukünftigen Gewinnen und Einnahmen, sondern auch aus „sonstigem freien Vermögen“ vorsieht, löst selbst dann weder handels- noch steuerbilanziell ein Passivierungsverbot aus, wenn der Schuldner aufgrund einer fehlenden operativen Geschäftstätigkeit aus der Sicht des Bilanzstichtages nicht in der Lage ist,



freies Vermögen zu schaffen, und eine tatsächliche Belastung des Schuldnervermögens voraussichtlich nicht eintreten wird. Der **BFH stellt dabei maßgeblich darauf ab, dass der Gläubiger seine Forderung weiterhin beansprucht und dies auch rechtlich durchsetzen kann:** „Das wirtschaftliche Unvermögen des Schuldners ist unerheblich; vielmehr kommt es allein auf den rechtlichen Gehalt der Durchsetzungssperre an.“

Inanspruchnahme „freien Vermögens“ sperrt

Das rechtliche Bestehen einer Verbindlichkeit bewirkt im Regelfall eine wirtschaftliche Belastung und rechtfertigt somit eine Passivierung der Verbindlichkeit. Es lässt darauf schließen, dass der Gläubiger sein Forderungsrecht geltend machen wird und das Vermögen somit durch bevorstehende Zahlungen belastet ist. Besteht die Forderung rechtlich fort und ist der Gläubiger weiterhin zur Geltendmachung der Forderung entschlossen, hat sich die Vermögenslage des Schuldners nicht verbessert. Die mit einem Rangrücktritt versehenen Verbindlichkeiten sind weiterhin – nachrangige – Verbindlichkeiten, die den Vermögensrechten der Gesellschafter vorgehen, und damit fortbestehende Verbindlichkeiten. Anders als bei einem vollständigen oder teilweisen Forderungsverzicht führt der Rangrücktritt nicht dazu, dass die betreffende Verbindlichkeit erlischt oder sich im Bestand mindert.

Ausbuchung nur bei entsprechender Gestaltung

Der BFH stellt aber auch klar, dass eine Ausbuchung bei entsprechender Formulierung zu erfolgen hat, falls eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit gegen eine Inanspruchnahme spräche. Diese Voraussetzung sei bei Vermögenslosigkeit indes nicht gegeben, so dass auch im Überschuldungsfall weiterhin Fremdkapital vorliegt. Mit Rücksicht auf das Gebot des vollständigen Vermögensausweises (§ 246 Abs. 1 HGB) führt allein die Vermögenslosigkeit des Schuldners nicht dazu, eine rechtlich bestehende Verpflichtung aus dem handels- oder steuerrechtlichen Abschluss auszubuchen. Gleiches gilt für den Fall, dass – wie hier – eine Rangrücktrittsvereinbarung die Verpflichtung bestehen lässt, die Gesellschafterforderungen aus dem nach Begleichung der vorrangigen Ansprüche verbleibenden sogenannten „freien Vermö-

gen“ zu tilgen. Anderenfalls würde ein unzutreffendes Bild von der Vermögenslage des Schuldners vermittelt. Der Nichtausweis der Verbindlichkeit würde gegen den Vorsichtsprinzip sowie das Gebot des vollständigen Ausweises bestehender Risiken verstoßen.

Fazit: Verwenden Sie das Zauberwort!

Damit hat der BFH die Abgrenzung festgezurr: Rangrücktrittsvereinbarungen, die zum Inhalt haben, dass die Verbindlichkeiten **nur** aus künftigen Gewinnen oder einem etwaigen Liquidationsüberschuss erfüllt werden müssen, führen nach § 5 Abs. 2a EStG zur gewinnerhöhenden Ausbuchung. Andererseits ist **„§ 5 Abs. 2a EStG auf Rangrücktrittsvereinbarungen nicht anwendbar, wenn die Verbindlichkeit auch aus sonstigem Vermögen, dem sog. freien Vermögen, zu tilgen ist“**. Dabei reiche es aus, dass auf das "freie" Vermögen Bezug genommen wird, unabhängig davon, ob und in welcher Höhe dieses am zu beurteilenden Bilanzstichtag tatsächlich vorhanden ist. Dass dieses Vermögen erst noch erwirtschaftet werden muss, ist dabei unerheblich, da die reale Erfüllungsfähigkeit für die Passivierung einer Verbindlichkeit irrelevant ist; nur die rechtliche Verknüpfung ist im Rahmen des § 5 Abs. 2a EStG maßgeblich. Dies diene auch der Rechtssicherheit; denn zur Beantwortung der Frage, ob und inwieweit zum jeweiligen Bilanzstichtag „sonstiges Vermögen“ tatsächlich vorhanden ist, wäre jeweils eine Schattenliquidationsrechnung durchzuführen.

Beispiel-Formulierung: Der konkrete Rangrücktritt

Mit dem Urteil liegt nunmehr auch eine weitere, „für gut befundene“ Nachrangklausel vor. Nach dem im Urteil angegebenen Sachverhalt lautete diese: *„Zur Abwendung der Überschuldung bei Ihrer Gesellschaft werden wir mit unseren Forderungen aus gewährten Tagesgeldern und laufenden Kontokorrent bis zu einer Höhe von maximal ... € hinter die Forderungen aller anderen gegenwärtigen und zukünftigen Gläubiger, die eine solche Rangrücktrittserklärung nicht abgegeben haben, in der Weise zurücktreten, dass die Forderungen nur aus sonst entstehenden Jahresüberschüssen, einem Liquidationsüberschuss oder aus einem die sonstigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft übersteigenden freien Vermögen zu*



bedienen sind. Diese Erklärung erlischt automatisch mit dem Zeitpunkt, zu dem der Tatbestand der Überschuldung aufgehoben ist, oder eine andere Gesellschaft die Forderungen übernimmt und darauf ihrerseits einen entsprechenden Rangrücktritt erklärt.“

Soweit es nicht um die hier gegenständliche Vermeidung des Steuerrisikos geht, raten wir weiterhin dringend, Rangrücktrittsvereinbarungen auf ihren spezifischen Einsatzzweck hin auszugestalten. So verlangt etwa die BaFin für den Ausschluss des Einlagengeschäfts im Sinne des KWG die Einbeziehung der außerinsolvenzlichen Liquidation. Im Bereich neuer Finanzierungsinstrumente, die sich an Verbraucher richten („Crowdfunding“), ist außerdem der – zwar durch neue Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) gelösten, aber nach wie vor relevanten – AGB-Rechts-Thematik besondere Beachtung zu schenken.

Handelsbilanz – nun vollumfassende Rechtssicherheit

In der Literatur war in den letzten Jahren kontrovers diskutiert worden, ob eine Verbindlichkeit, die mit einem vertraglichen Rangrücktritt belegt war, als „bloße aufschiebend bedingte Verbindlichkeit“ schon in der Handelsbilanz auszubuchen sei (so etwa *Henrichs*, NZG 2016, 1255; *Hoffmann*, StuB 2016, 286).

Erfreulicherweise hatte sich jedoch schon vor dem jetzigen Urteil ausreichende Rechtssicherheit eingestellt. Der BGH hatte in seinem Grundlagenurteil vom 05. März 2015 (IX ZR 133/14) klargestellt, dass ein Rangrücktritt vom Forderungsverzicht abzugrenzen sei. Der IDW-Hauptfachausschuss hatte daraufhin mitgeteilt, dass das BGH-Urteil nichts daran ändere, „*dass die Verbindlichkeit des Schuldners zivilrechtlich fortbesteht. Vor diesem Hintergrund verbietet das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip nach Auffassung des HFA auch weiterhin die Ausbuchung der Verbindlichkeit aus der Handelsbilanz*“ (IDW-Life 2016,1001). In seiner Stellungnahme „*Auswirkungen der Ausbreitung des Coronavirus auf die Rechnungslegung und deren Prüfung*“ vom 25. März 2020 hat der IDW diese Ansicht zuletzt noch einmal bekräftigt. Auch die OFD Frankfurt hatte mit Verfügungen vom 30. Juni 2017 und 03. August 2018 verlautbart, dass ein

entsprechend gestalteter Rangrücktritt „*keine Auswirkung auf die handels- und steuerbilanzielle Behandlung*“ habe (S 2743 A – 12 – St 525). Mit dem BFH wurde diese Sichtweise nun auch von der Finanzgerichtsbarkeit bestätigt. Wenngleich man die Entwicklung der Diskussion weiterverfolgen sollte (auch im IDW-Hauptfachausschuss gab es unterschiedliche Ansichten), besteht daher eine ausreichende Rechtssicherheit. Eine Ausbuchung hätte neben den steuerlichen Effekten in vielen Fällen auch zu gravierenden Verschiebungen von Eigenkapitalquoten geführt, an denen wiederum Kündigungsrechte von Krediten hängen. Die Auswirkungen wären fatal gewesen, da die Verträge und deren Covenants in aller Regel keine Kompensation einer solchen Deutungsänderung vorgesehen hätten.

Ausblick durch das GSK-Team

Das Urteil sorgt für erfreuliche Klarheit, wenn auch nicht in seiner rechtsdogmatischen Begründung. Vielmehr scheint der BFH eine pragmatische Lösung im Blick gehabt zu haben. Aus Sicht der Praxis ist die nun gewonnene Rechtssicherheit sehr zu begrüßen. Damit wurde nach der „AGB-Gefahr“ nun ein weiterer Diskussionsgegenstand praxisfreundlich gelöst. Um rechtliche Risiken zu minimieren, sollte bei der Gestaltung von Nachrangabreden aber stets sehr sorgfältig den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls und eben diesen zahlreichen Rechtsprechungsgrundsätzen Rechnung getragen werden.

RESTRUKTURIERUNG

Dr. Raoul Kreide

Rechtsanwalt, Dipl.-Betriebswirt (BA), Mediator
raoul.kreide@gsk.de

Andreas Dimmling

Rechtsanwalt, Wirtschaftsjurist (Universität Bayreuth)
andreas.dimmling@gsk.de

DIGITALE FINANZIERUNGSPLATTFORMEN

Dr. Tobias Riethmüller

Rechtsanwalt
tobias.riethmueller@gsk.de

STEUERN

Dr. Dirk Koch

Rechtsanwalt, Steuerberater
dirk.koch@gsk.de



Urheberrecht

GSK Stockmann – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von GSK Stockmann gestattet.

Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

GSK Stockmann und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet GSK Stockmann und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

www.gsk.de

GSK Stockmann

BERLIN

Mohrenstrasse 42
10117 Berlin
T +49 30 203907-0
F +49 30 203907-44
berlin@gsk.de

HEIDELBERG

Mittermaierstrasse 31
69115 Heidelberg
T +49 6221 4566-0
F +49 6221 4566-44
heidelberg@gsk.de

FRANKFURT / M.

Taunusanlage 21
60325 Frankfurt am Main
T +49 69 710003-0
F +49 69 710003-144
frankfurt@gsk.de

MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 8
80539 München
T +49 89 288174-0
F +49 89 288174-44
muenchen@gsk.de

HAMBURG

Neuer Wall 69
20354 Hamburg
T +49 40 369703-0
F +49 40 369703-44
hamburg@gsk.de

LUXEMBURG

GSK Luxembourg SA
44, Avenue John F. Kennedy
L-1855 Luxembourg
T +352 271802-00
F +352 271802-11
luxembourg@gsk-lux.com



YOUR PERSPECTIVE.

GSK.DE | GSK-LUX.COM