

Hinweisblatt

Rangrücktritt — Grundlagen und Gestaltungshinweise

Inhaltsverzeichnis:

1. Vorbemerkung
2. Anlässe eines Rangrücktritts
 - 2.1 Vermeidung der insolvenzrechtlichen Überschuldung
 - 2.2 Erweiterung finanzieller Freiräume / Verbesserung der Kreditwürdigkeit / Finanzinvestoren
 - 2.3 Vermeidung der Mindestbesteuerung
 - 2.4 Gesellschafterwechsel mit Verlustuntergang
3. Zivilrechtliche Wirkung eines Rangrücktritts
 - 3.1 Insolvenzzrechtliche Wirkung
 - 3.2 Anforderungen an eine Rangrücktrittsvereinbarung
 - 3.3 Rangrücktrittsvereinbarungen mit Gesellschaftern
 - 3.4 Rangrücktrittsvereinbarungen auch mit Nichtgesellschaftern
 - 3.5 Zinsansprüche bei Rangrücktrittsvereinbarungen
 - 3.6 Besicherung von nachrangigen Verbindlichkeiten
 - 3.7 Aufhebung von Rangrücktrittsvereinbarungen
4. Steuerrechtliche Wirkung von Rangrücktrittsvereinbarungen
 - 4.1 Beibehaltung der Verbindlichkeit in der Steuerbilanz
 - 4.2 Ertragswirksame Rangrücktrittsvereinbarungen (§ 5 Abs. 2a EStG)
 - 4.3 Änderung der Steuerwirkung als Gestaltungsmittel
5. Mustervereinbarungen ohne Steuerwirkung und mit Steuerwirkung

1. Vorbemerkung

Rangrücktrittserklärungen sind in der Praxis häufig notwendig, um Insolvenzantragspflichten abzuwenden. Das Ziel einer Rangrücktrittserklärung besteht also typischerweise darin, eine Passivierung der betreffenden Verbindlichkeit in der **Überschuldungsbilanz** nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO zu vermeiden.

Gleichzeitig muss jedoch darauf geachtet werden, ob das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2a EStG zur Anwendung gelangt und ein **steuerpflichtiger Ertrag** aufgrund der Ausbuchung der betreffenden Verbindlichkeit ausgelöst wird.

Auf der anderen Seite bietet sich eine Rangrücktrittserklärung als Gestaltungsmittel an, durch eine bestimmte Formulierung **Finanzierungsbedingungen** zu verbessern oder **Steuerstrategien** zu betreiben.

Rangrücktritte beschäftigen seit vielen Jahren die Zivilgerichte und die Finanzgerichte gleichermaßen. Die zivilrechtlichen und steuerlichen Folgen einer Rangrücktrittsvereinbarung sind keineswegs eindeutig, sondern hängen vom **Wortlaut** und den **individuellen Rahmenbedingungen** ab. In steuerlicher Hinsicht ist zu unterscheiden zwischen Rangrücktritten, die dazu führen, dass die **Verbindlichkeit in der Steuerbilanz erhalten bleibt**, und solchen, die aufgrund ihrer Formulierung zu einem Passivierungsverbot gem. § 5 Abs. 2a EStG und gleichsam zu einem **steuerpflichtigen Ertrag** führen.

Da diese Ziele in einem gewissen Widerspruch zueinander stehen, ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Rangrücktrittsvereinbarung sowohl den insolvenzrechtlichen als auch den gewünschten steuerrechtlichen Anforderungen und den sonstigen Zielsetzungen des Schuldners gerecht wird.

Die beiden Musterformulierungen unterscheiden sich dadurch, dass sie entweder steuerlich **neutral** sind oder zu steuerlichem **Ertrag** führen. Beide Varianten entsprechen den aktuellen zivilrechtlichen Anforderungen zur **Vermeidung** der Insolvenzantragspflicht.

Die Formulierung von Rangrücktrittserklärungen ist durch die vom BGH in seinem Urteil vom 05.03.2015 (IX ZR 133/14, DStR 2015, S. 767) aufgestellten Anforderungen weitgehend rechtssicher möglich. Durch das BFH-Urteil vom 15.04.2015 (I R 44/14, DStR 2015, S. 1551) wurde auch klargestellt, dass eine steuerliche Passivierungspflicht grundsätzlich bestehen bleibt.

Hält sich die Geschäftsleitung an die Anforderungen des BGH, muss sie nicht fürchten, dass der vereinbarte Rangrücktritt allein aufgrund abweichender Formulierung die Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus nicht entfallen lässt. Es ist daher zu empfehlen, eine bestehende Rangrücktrittserklärung daraufhin zu **überprüfen**, ob der Wortlaut den Anforderungen des BGH entspricht, und ggf. die Rangrücktrittsvereinbarung entsprechend anzupassen.

2. Anlässe eines Rangrücktritts

2.1 Vermeidung der insolvenzrechtlichen Überschuldung

Eine **bilanzielle** Überschuldung, die z. B. anlässlich der Jahresabschlussstellung festgestellt wird, ist zwingender Anlass zu prüfen, ob auch eine **tatsächliche/materielle** Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne vorliegt. Eine Rangrücktrittsvereinbarung verfolgt den Zweck, mit Blick auf § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO die insolvenzrechtliche Überschuldung zu vermeiden.

Liegt beispielsweise eine bilanzielle Überschuldung in Höhe von 100.000 € vor, so kann diese insolvenzrechtlich beseitigt werden, indem mit einem Gläubiger, der eine Forderung in Höhe von 250.000 € hat, ein Rangrücktritt über z. B. 150.000 € vereinbart wird.



§ 15a InsO normiert eine Insolvenzantragspflicht der Vertretungsorgane juristischer Personen. Angesichts der daraus folgenden straf- und haftungsrechtlichen Konsequenzen (§ 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG) sollte das jeweilige Vertretungsorgan (Geschäftsführer/Vorstand) bei der Abfassung der Rangrücktrittserklärung ganz besondere Sorgfalt an den Tag legen.

2.2 Erweiterung finanzieller Freiräume / Verbesserung der Kreditwürdigkeit / Finanzinvestoren

Eine Rangrücktrittsvereinbarung kann der Geschäftsführung eines Unternehmens hilfreich sein, sich bei der Finanzplanung **Freiräume** zu eröffnen.

Insbesondere in Fällen von **Gesellschafterdarlehen** können die Konditionen einer Fremdfinanzierung bei Banken ggf. erheblich verbessert werden, wenn aus Sicht der Bank ein Gesellschafterdarlehen mittels Rangrücktrittsvereinbarung wie **Eigenkapital** gewertet werden kann. Durch diese Umwidmung kann die Eigenkapitalquote als eine besonders bedeutsame Kennzahl das Rating des Unternehmens signifikant verbessern.

Schließlich stellen sogenannte Nachrangdarlehen von Finanzinvestoren eine wichtige Finanzierungsform für Start-ups und Unternehmen mit hohen Erweiterungsinvestitionen dar.

2.3 Vermeidung der Mindestbesteuerung

Rangrücktrittsvereinbarungen können i. S. v. § 5 Abs. 2a EStG so formuliert werden, dass eine Verbindlichkeit zwar handelsbilanziell eine solche bleibt, steuerlich aber **ertragswirksam aufzulösen** ist. Insbesondere bei hohen Verlustvorträgen und hohen Gesellschafterdarlehen kann durch eine entsprechend formulierte Rangrücktrittsvereinbarung ein Ertrag **steuerlich gewollt** sein. Durch die Verrechnung mit dem Verlustvortrag entsteht keine Steuerbelastung und ein möglicher späterer notwendiger Verzicht führt zu diesem Zeitpunkt zu einem geringeren steuerlichen Ertrag, weil ein Teilbetrag bereits in früherer Zeit verrechnet worden ist. Damit wird dem Problem vorgebeugt, dass der hohe zukünftige Ertrag aufgrund der Anwendung der Regeln zur **Mindestbesteuerung** zu einer Steuerbelastung führt, obwohl an sich die Verlustvorträge ausreichend sind.

Dies ist z. B. dann der Fall, wenn ein Gesellschafter auf eine inzwischen wertlos gewordene Darlehensforderung in Höhe von 3 Mio. € verzichtet. Durch die Mindestbesteuerung könnten trotz ausreichend hoher Verlustvorträge 800.000 € steuerpflichtig werden. Durch ein „Vorziehen“ von Erträgen und damit Verteilung auf mehrere Veranlagungszeiträume mittels steuerwirksamer Rangrücktritte bezogen auf Teilbeträge der Gesamtdarlehensforderung kann diese Belastung verhindert bzw. gemindert werden.

2.4 Gesellschafterwechsel mit Verlustuntergang

Gemäß § 8c KStG gehen Verlustvorträge bei Kapitalgesellschaften anlässlich eines Gesellschafterwechsels von mehr als 50% vollständig unter, sofern keine stillen Reserven nachgewiesen werden können. Durch eine **steuerwirksam** formulierte Rangrücktrittsvereinbarung kann ein vorhandener Verlustvortrag **vor** dem Gesellschafterwechsel genutzt werden, ohne dass es zum Forderungsverzicht kommt. Wird die Rangrücktrittsvereinbarung nach dem Gesellschafterwechsel aufgehoben, führt dies zu einem steuerpflichtigen **Aufwand**, den die Gesellschaft unter dem neuen Gesellschafter nutzen kann.

Wenn eine Gesellschaft z. B. über einen Verlustvortrag in Höhe von 700.000 € verfügt, der durch ein Gesellschafterdarlehen in Höhe von 500.000 € gewissermaßen finanziert wurde, reduziert sich dieser Verlustvortrag durch einen steuerwirksamen Rangrücktritt auf 200.000 €. Damit sind 500.000 € anlässlich einer nachfolgenden Anteilsübertragung nicht mehr vom Verlustuntergang gem. § 8c KStG bedroht. Kann das Unternehmen nach Gesellschafterwechsel aufgrund wirtschaftlicher Gesundung diese 500.000 € an den alten Gesellschafter und Darlehensgläubiger zurückzahlen, entsteht ein steuerwirksamer Aufwand bei der Gesellschaft.

3. Zivilrechtliche Wirkung eines Rangrücktritts

3.1 Insolvenzrechtliche Wirkung

Neben der Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 17 InsO sowie der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO, wegen der allein der Schuldner selbst Insolvenzantrag stellen kann, ist bei juristischen Personen bzw. bei solchen Unternehmen, zu deren Gesellschafterkreis nicht wenigstens mittelbar eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter gehört (in der Praxis insbesondere die GmbH & Co. KG), die **Überschuldung Eröffnungsgrund** für ein Insolvenzverfahren (§ 19 InsO). Wird eine Überschuldung i. S. v. § 19 InsO festgestellt, muss geprüft werden, ob und ggf. wie die Überschuldung beseitigt werden kann. Für die Beseitigung der Überschuldung kommen insbesondere die **Erhöhung des Eigenkapitals, Patronatserklärungen, Forderungsverzichte** im Rahmen eines außergerichtlichen Sanierungsvergleichs oder **Rangrücktrittserklärungen** in Betracht. Hierzu zählen sowohl **Rangrücktrittserklärungen von Drittgläubigern** als auch solche von **Gesellschaftern**.

§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO regelt, dass Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gem. § 39 Abs. 2 InsO zwischen Gläubiger und Schuldner der **Nachrang** im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1–5 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, **nicht** bei den Verbindlichkeiten im insolvenzrechtlichen Sinne zu berücksichtigen sind. Somit stellen Rangrücktrittsvereinbarungen i. S. v. § 19 Abs. 2 InsO ein probates Mittel zur **Vermeidung** der für die Überschuldungsprüfung allein entscheidenden rechnerischen **Überschuldung** dar. Im Gegensatz zu endgültigen Forderungsverzichten behält der Gläubiger die Chance, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Forderung **realisiert** werden kann.

Der Rangrücktritt hat durch das MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026) 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. 1–5 InsO genannten Forderungen.

Durch einen Rangrücktritt kann ferner die **Zahlungsunfähigkeit** vermieden werden, da der Rangrücktritt auch die Fälligkeit bzw. das Fälligwerden einer Forderung vermeidet (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO).

3.2 Anforderungen an eine Rangrücktrittsvereinbarung

In seinem Urteil vom 05.03.2015 (DStR 2015, S. 767) hat der BGH zu den **Anforderungen** an Rangrücktrittsvereinbarungen Stellung bezogen, mit denen gem. § 19 Abs. 2 InsO die Passivierungspflicht von Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus vermieden werden kann.

Entscheidend ist, dass die Vereinbarung eines Nachrangs nur für den Zeitraum **nach** Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsprechend dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO („im Insolvenzverfahren“) **nicht** geeignet ist, um die Passivierungspflicht der im Rang zurückgetretenen Forderung im Überschuldungsstatus gem. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO entfallen zu lassen. Die Rangrücktrittsvereinbarung muss vielmehr eine sog. **vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre** beinhalten. Dies bedeutet, dass Zahlungen außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem („sonstigem freiem“) Vermögen und nur im Rang nach den Forderungen normaler Gläubiger erfolgen dürfen. Somit reicht ein Rangrücktritt hinter einzelne andere Gläubiger nach Ansicht des BGH für das Entfallen der Passivierungspflicht ebenso wenig aus wie ein zeitlich begrenzter Rangrücktritt.

Dagegen ist die Beschränkung der Wirkung des Rangrücktritts dergestalt, dass dieser nur gilt, **solange und soweit** durch eine teilweise oder vollständige Befriedigung des im Rang zurückgetretenen Anspruchs des Gläubigers eine **Überschuldung oder eine Zahlungsunfähigkeit** im insolvenzrechtlichen Sinne des Schuldners **entsteht oder zu entstehen droht**, nach Ansicht des BGH unschädlich.

Eine Zahlung entgegen der Rangrücktrittsvereinbarung führt zu einem vom Insolvenzverwalter geltend zu machenden **Rückzahlungsanspruch** aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alternative 1 BGB und zum anderen zu einem Anspruch aus §§ 143 Abs. 1, 134 InsO, da eine solche Zahlung eine unentgeltliche Leistung darstellt, die daher gem. § 134 InsO bis zu 4 Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens angefochten werden kann, wobei diesem Anspruch § 814 BGB (Kenntnis der Nichtschuld) nicht entgegengehalten werden kann.

3.3 Rangrücktrittsvereinbarungen mit Gesellschaftern

Der Rangrücktritt ist für die Gesellschafter häufig **ohne rechtlichen Nachteil**, da Gesellschafterdarlehen nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ohnehin den **letzten** Rang im Insolvenzfall einnehmen und nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen im letzten Jahr vor der Insolvenzantragstellung der Insolvenzanfechtung unterliegt.

3.4 Rangrücktrittsvereinbarungen auch mit Nichtgesellschaftern

Trotz des insoweit eindeutigen Wortlauts („Forderung auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“) hat der BGH mit seinem Urteil vom 05.03.2015 die Anwendbarkeit der §§ 19 Abs. 2 Satz 2, 39 Abs. 2 InsO auf das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und einem außenstehenden **Drittgläubiger** erstmals ausdrücklich **bejaht** und mit der Vertragsautonomie begründet.

3.5 Zinsansprüche bei Rangrücktrittsvereinbarungen

Teilweise wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass **Zinsforderungen** auf im Rang zurückgetretene Hauptforderungen stets vom Rangrücktritt einschl. seiner vorinsolvenzlichen Wirkungen umfasst sein müssten, weil sonst die Passivierungspflicht für den Darlehensrückzahlungsanspruch gem. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht entfalle.

Eine Akzessorietät zwischen Darlehensrückzahlungsanspruch und Zinsforderung besteht jedoch grundsätzlich **nicht**, sodass beide Ansprüche für die Zwecke der Überschuldungsprüfung **getrennt** zu betrachten sind. Aufgrund der Privatautonomie steht der Nachrang der Zinsverbindlichkeiten im Belieben der Parteien und ist von der konkreten vertraglichen Abrede abhängig. Werden die Zinsverbindlichkeiten vom Rangrücktritt oder von der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre ausgenommen, sind sie im Überschuldungsstatus zu passivieren. Erhaltene Zinszahlungen sind dann weder nach § 812 BGB kondizierbar noch nach § 134 InsO anfechtbar, weil insoweit gerade **kein Zahlungsverbot** vorliegt. Dies ist ein wichtiger Gesichtspunkt, da insbesondere Finanzinvestoren bereit sein können, ein Darlehen mit Rangrücktritt zu gewähren, aber Zinszahlungen dennoch erhalten zu wollen.

3.6 Besicherung von nachrangigen Verbindlichkeiten

Das in einem Überschuldungsstatus aktivierte Vermögen steht den nichtnachrangigen Insolvenzgläubigern nur dann tatsächlich zur Befriedigung ihrer Forderung zur Verfügung, wenn es nicht aufgrund von **Sicherungsrechten** zugunsten nachrangiger Gläubiger belastet ist. Daher kann der Überschuldungsstatus seiner Funktion, die Schuldendeckungsfähigkeit eines Unternehmens aufzuzeigen, nur dann gerecht werden, wenn nachrangige Forderungen **ohne** gesellschaftliche Sicherheiten begründet werden oder – im Falle eines nachträglichen Rangrücktritts – auf nicht akzessorische Sicherheiten wie eine Sicherungsübereignung/-abtretung oder Grundschuld **verzichtet** wird. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Passivierungspflicht trotz Rangrücktritts zumindest in der Höhe des Wertes des Sicherungsgutes nicht entfällt. Das vom BGH postulierte Zahlungsverbot wirkt sich also als **Verbot der Bestellung von Sicherheiten** für nachrangige Forderungen aus. Kommt es zur Insolvenz, kann der Gläubiger sein Aus- oder Absonderungsrecht nicht geltend machen, da die Insolvenz der Gesellschaft der Sicherheit des Gläubigers die Vertragsgrundlage entzieht. Denn dieser kann seine Forderung, die aufgrund des Rangrücktritts zurückgestuft ist, im Hinblick auf die Insolvenz dauerhaft nicht mehr durchsetzen (BGH, GmbHR 2012, S. 1181; BGH, GmbHR 2009, S. 371; BGH, GmbHR 2007, S. 1164). Der Insolvenzverwalter kann dem Gläubiger dies ohne Rückgriff auf die Einrede der Anfechtbarkeit unmittelbar aus der Sicherungsabrede entgegenhalten, zumindest aber aus ungerechtfertigter Bereicherung.

3.7 Aufhebung von Rangrücktrittsvereinbarungen

Ein überschuldungsvermeidender Rangrücktritt stellt einen **Vertrag zugunsten Dritter** i.S.v. § 328 BGB dar, der Rechte zum Vorteil aller bestehenden und nach Abschluss der Vereinbarung hinzutretenden Gläubiger des Schuldners begründet.

Als Vertrag zugunsten Dritter kann die Rangrücktrittsvereinbarung nach Ansicht des BGH grundsätzlich **nicht** ohne Mitwirkung der begünstigten Gläubiger aufgehoben werden.

Anders ist dies nur dann, wenn eine zur Deckung **sämtlicher** Verbindlichkeiten **ausreichende** Vermögensmasse vorhanden ist, also die vom Rangrücktritt erfasste Forderung aus freiem Vermögen des Schuldners beglichen wird oder werden kann. Hieraus ergibt sich, dass eine einvernehmliche Aufhebung einer Rangrücktrittserklärung zwischen Schuldner und betroffenem Gläubiger ohne Mitwirkung der übrigen Gläubiger **zulässig** ist, wenn eine **Insolvenzreife** des Schuldners **weder** vorliegt noch droht oder **beseitigt** ist und auch durch die Aufhebung des Rangrücktritts nicht (wieder) eintritt.

Die Aufhebungsvereinbarung beendet **ex nunc** die vertraglich bedungene Sperre des Rangrücktritts.

Bei der Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist daran zu denken, dass unter Umständen auch die Anfechtung der Aufhebung nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO durch den Insolvenzverwalter drohen kann.

4. Steuerrechtliche Wirkung von Rangrücktrittsvereinbarungen

4.1 Beibehaltung der Verbindlichkeit in der Steuerbilanz

Neben dem Entfallen der Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus ist regelmäßig von Bedeutung, dass eine **steuerliche** Passivierungspflicht bestehen bleibt. Eine Verbindlichkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung (BFH-Urteil vom 10.11.2005, BStBl. II 2006, S. 618; BFH-Urteil vom 30.11.2011, BStBl. II 2012, S. 332; BFH-Urteil vom 15.04.2015, BStBl. II 2015, S. 769; BFH-Urteil vom 10.08.2016, BStBl. II 2017, S. 670) vor, wenn zum einen der Unternehmer zu einer dem Inhalt und der Höhe nach bestimmten Leistung an einen Dritten verpflichtet ist, die vom Gläubiger **erzwungen** werden kann, und zum anderen die Verbindlichkeit eine **wirtschaftliche Belastung** darstellt.

Da der Rangrücktritt keinen Forderungsverzicht darstellt, sondern lediglich die Rangfolge bei der Befriedigung der Gläubiger geändert wird, wird der Bestand der Forderung durch eine Rangrücktrittserklärung nicht angetastet. Die Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Belastung gegeben ist, richtet sich regelmäßig danach, ob der **Gläubiger** die Forderung **geltend** machen will bzw. kann, und **nicht** nach der Leistungsfähigkeit des Schuldners, da anderenfalls nie eine bilanzielle Überschuldung auftreten könnte, weil die zur Überschuldung führende Verbindlichkeit sogleich wieder auszubuchen wäre.

Der BFH hat mit Urteil vom 19.08.2020 (XI R 32/18, BStBl. II 2021, S. 279) entschieden, dass eine Rangrücktrittserklärung, die die Erfüllung der Verpflichtung nicht nur aus zukünftigen Gewinnen und Einnahmen, sondern auch aus „sonstigem freien Vermögen“ vorsieht, selbst dann weder handels- noch steuerbilanziell ein Passivierungsverbot auslöst, wenn der Schuldner aufgrund einer fehlenden operativen Geschäftstätigkeit aus der Sicht des Bilanzstichtages nicht in der Lage sein wird, freies Vermögen zu schaffen, und damit eine tatsächliche Belastung des Schuldnervermögens voraussichtlich nicht eintreten wird.

4.2 Ertragswirksame Rangrücktrittsvereinbarungen (§ 5 Abs. 2a EStG)

§ 5 Abs. 2a EStG regelt, dass für Verpflichtungen, die **nur** zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen, Verbindlichkeiten oder Rückstellungen **erst** anzusetzen sind, wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind.

Entscheidend ist, dass nach Ansicht des BFH (BFH-Urteil vom 20.10.2004, BStBl. II 2005, S. 581; BFH-Urteil vom 14.01.2010, BFH/NV 2010, S. 1483; BFH-Urteil vom 30.11.2011, BStBl. II 2012, S. 332; BFH-Urteil vom 15.04.2015, DB 2015, S. 1867; BFH-Urteil vom 10.08.2016, BStBl. II 2017, S. 670) und der Finanzverwaltung (BMF-Schreiben vom 08.09.2006, BStBl. I 2006, S. 497) eine gegenwärtige wirtschaftliche Belastung nur dann besteht, wenn die Verbindlichkeit nicht nur aus zukünftigen Gewinnen oder Liquidationsüberschüssen, sondern darüber hinaus auch aus jeglichem **freien Vermögen** des Schuldners zu bedienen ist.

4.3 Änderung der Steuerwirkung als Gestaltungsmittel

Durch eine ertragswirksame Rangrücktrittsvereinbarung nach § 5 Abs. 2a EStG kann erreicht werden, dass zum einen die Verbindlichkeit nicht zu einer Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne führt, sie zum anderen steuerlich zur **Ausnutzung von Verlustvorträgen** erfolgsrelevant genutzt werden kann.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass im Falle von Gesellschafterdarlehen aufgrund des BFH-Urteils vom 15.04.2015 (DStR 2015, S. 1551) der Ertrag durch eine **Einlage** zu neutralisieren ist, **soweit** die Forderung **werthaltig** und der aus der Ausbuchung der Verbindlichkeit resultierende Ertrag im Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist (insoweit Abkehr vom BFH-Urteil vom 30.11.2011, BStBl. II 2012, S. 332). In der Praxis ist allerdings die Forderung i. d. R. nicht werthaltig.

Während dies vor dem MoMiG bei Werthaltigkeit und damit einer Einlage auf Ebene des Gesellschafters zu nachträglichen Anschaffungskosten geführt hat, ist durch das Urteil vom 11.07.2017 (BB 2017, S. 2478) vom BFH entschieden worden, dass mit der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG die gesetzliche Grundlage für die bisherige Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Aufwendungen des Gesellschafters aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen als nachträgliche Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 EStG entfallen ist. Nachträgliche Anschaffungskosten entstehen daher nur noch im Falle einer Zahlung als Kapitalrücklage oder im Falle einer Kapitalerhöhung.

Bei einer Insolvenz der GmbH kann zwar in Bezug auf das Gesellschafterdarlehen mangels Vorliegen nachträglicher Anschaffungskosten kein Verlust nach § 17 EStG geltend gemacht werden. Der BFH hat jedoch mit Urteil vom 24.10.2017 (BB 2018, S. 99) entschieden, dass der endgültige Ausfall einer Kapitalforderung i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG in der privaten Vermögenssphäre nach Einführung der Abgeltungssteuer zu einem steuerlich anzuerkennenden Verlust nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, EStG führt. Von einem Forderungsausfall ist allerdings erst dann auszugehen, wenn endgültig feststeht, dass keine weiteren Rückzahlungen mehr erfolgen werden. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners reicht hierfür i. d. R. noch nicht aus.

5. Mustervereinbarungen ohne Steuerwirkung und mit Steuerwirkung

Die Musterformulierungen von Rangrücktrittsvereinbarungen entsprechen den gegenwärtigen rechtlichen und steuerlichen Rahmenbedingungen.

Beide Musterformulierungen nehmen auf **etwaige Zinsen** der Forderung Bezug. Ist die Forderung unverzinslich, können die dargestellten Alternativen entfallen. Liegt Verzinslichkeit vor, ist zu unterscheiden, ob die Zinsen ebenfalls dem Nachrang unterliegen sollen oder nicht.

Weiterhin ist der **Verzicht auf Sicherheiten** in beiden Anhängen optional vorgesehen. Ist die Forderung besichert, ist der Verzicht auf diese Sicherheit zwingend, um die insolvenzrechtliche Überschuldung zu vermeiden.