

§ 3 Die steuerliche Berücksichtigung von Aufwendungen eines GmbH-Gesellschafters im Zusammenhang mit der GmbH gewährten Finanzierungshilfen

*Philipp Orphal**

I. Einleitung

Droht in den Finanzen einer GmbH etwas schief zu gehen, bietet es sich für einen Gesellschafter an, ihr, anstatt dem Kapitalerhaltungsrecht unterliegendes und im Falle der Insolvenz nachrangiges Eigenkapital zuzuführen, ein Darlehen zu gewähren, damit sie sich wieder aufbauen kann, ohne dabei den vollständigen Verlust der Valuta zu riskieren, wenn die Gesellschaft liquidiert werden muss: Es besteht ein Anspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB. Alternativ kann der Gesellschafter auch den Anspruch eines Dritten durch eine Bürgschaft oder sonstige Sicherheiten besichern, um dessen Bereitschaft zu erhöhen, der Gesellschaft finanzielle Hilfen zu gewähren. Kurz: Der Gesellschafter kann ihr Finanzierungshilfen gewähren.

Geht nun etwas schief, haben alle Gläubiger Ansprüche und der Schuldner – die Gesellschaft – hat keine finanziellen Mittel. Die Ansprüche verlieren wirtschaftlich an Wert, ein Anspruch zum Nennwert von 100.000 € kann 5.000 € wert sein. Im Fall der Liquidation sind dann auch nur 5.000 € zu erlangen. Auch für den Gesellschafter – wenn er Glück hat. Vielleicht verzichtet er auch auf seine Ansprüche, weil es sowieso nichts bringt.

Der Fiskus, der stets nach der Leistungsfähigkeit des Besteuerungssubjekts fragt, muss sich nun auch fragen: Ist ein solcher Verlust zu berücksichtigen? In welcher Einkunftsart? Unter welchen Umständen? Schließlich hat der Gesellschafter eine Vermögenseinbuße erlitten, die seine Leistungsfähigkeit mindern. Andererseits: Womöglich hat er das aus Spaß gemacht. Wenn er wirtschaftet und verliert ist das grundsätzlich private Vermögensverwaltung und interessiert den steuernden Staat nicht.

* Der Beitrag basiert auf der von der Steuerrechtswissenschaftlichen Vereinigung Heidelberg mit dem Preis für die beste Studienarbeit des Jahres 2018 im Schwerpunktbereich Steuerrecht ausgezeichneten Arbeit des Verfassers.

Mit der vorliegenden Arbeit sollen solche Verluste auf die Frage hin untersucht werden, welche materielle Erfassung nach Erlass des MoMiG¹ und des UntStRefG 2008² steuersystematisch richtig und geboten ist, insbesondere, ob sie bei der Veräußerungsgewinnbesteuerung nach den §§ 17, 20 Abs. 2 EStG zu berücksichtigen sind. Dabei wird u.a. auf jüngere Entwicklungen in der Rechtsprechung insbesondere des BFH eingegangen sowie in einem Schlusswort auf das vom BMF angestoßene Gesetzgebungsvorhaben in Antwort auf diese Rechtsprechung Stellung genommen.

II. Materielle Erfassung der Aufwendungen

1. Qualifikation als (negative) Einkünfte

Die private Vermögenssphäre ist für die Besteuerung grundsätzlich unbeachtlich.³ Damit private Verluste eines Gesellschafters steuerlich berücksichtigt werden, muss ihre Erfassung daher im Rahmen einer Einkunftsart gesondert angeordnet sein.

a. Werbungskosten im Rahmen von Einkünften aus § 20 Abs. 1 EStG

Für eine steuerliche Berücksichtigung von Verlusten aus Finanzierungshilfen kommen dem Grunde nach Werbungskosten bei Einkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Gewinnausschüttungen) oder Nr. 7 (Einkünfte aus sonstigen Kapitalforderungen) EStG sowohl in der Form der Grundnorm des § 9 Abs. 1 EStG als auch in Gestalt von Absetzungen für außergewöhnliche Abnutzung (AfaA) nach §§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7, 7 Abs. 1 S. 7 EStG in Betracht.⁴ Die Qualifikation als solche wird von § 2 Abs. 2 S. 2 EStG nicht ausgeschlossen; Werbungskosten werden nach § 9 Abs. 1 EStG bestimmt.⁵

¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026.

² Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912.

³ Vgl. BFH vom 19.10.1982 – VIII R 97/79, BFHE 137, 418, BStBl II 1983, 295, 2.; vom 24.04.1997 – VIII R 23/93, BFHE 183, 397, BStBl II 1999, 342, II. 1. u.a.; zu diesem Prinzip als Voraussetzung statt als Argumentationsbasis s. B. Heuermann, DStZ 1994, 229 (230 f.); zu § 20 EStG s.u.

⁴ B. Heuermann, DB 2009, 2173 (2176).

⁵ R. Krüger, in: Schmidt, EStG, 2018, § 9 Rz. 11.

Zwar ist der Abzug bis auf Fälle des § 32d Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 3 EStG (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 S. 2, Nr. 3 S. 2 EStG) nach § 20 Abs. 9 S. 1 Halbs. 2 EStG ausgeschlossen; mit einer dem Grunde nach vorzunehmenden Qualifizierung als Werbungskosten im Rahmen von Einkünften aus Kapitalvermögen wäre jedoch der Ansatz an anderer Stelle – und damit insbesondere im Bereich der Veräußerungsgewinnbesteuerung – nicht möglich.⁶ Die Differenzierung ist also geboten.

Nach § 20 Abs. 8 S. 1 EStG müssten sie vorrangig im Rahmen des § 17 EStG behandelt werden.⁷ Wenn es sich aber um Werbungskosten i.R. der Einkünfte aus § 20 Abs. 1 EStG handelt, ist § 17 EStG gar nicht berührt.

aa. Allgemeine Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 S. 1 EStG)

§ 20 Abs. 1 EStG behandelt laufende Einkünfte etwa aus Beteiligungen oder Zinsforderungen. Der Steuerpflichtige hält im Privatvermögen eine Quelle, deren Erträge durch § 20 Abs. 1 EStG erfasst werden. Erst § 20 Abs. 2 EStG behandelt den Ertrag, der aus der Veräußerung (beachte § 20 Abs. 2 S. 2 EStG) der Quelle entsteht. Eine Darlehensforderung ist Quelle von Einkünften aus § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG und im Rahmen des § 20 Abs. 1 EStG selbst grundsätzlich unbeachtlich; nur darauf geleistete Zinserträge werden besteuert.

Die Forderung entsteht mit Hingabe der Valuta (§§ 488 Abs. 1 S. 2, 273 Abs. 1 BGB). Auf die Erstanschaffung der Quelle geleistete Aufwendungen sind bei den Einkünften aus Kapitalvermögen grundsätzlich keine Werbungskosten (Ausnahme § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 EStG),⁸ da nur die Vermögenssphäre des Steuerpflichtigen berührt ist.⁹ Dies hat sich auch mit der Abgeltungsteuer¹⁰ nicht geändert.

Der Untergang der Quelle wiederum betrifft laufende Einkünfte nicht. Der Verzicht auf die Forderung bedeutet jedenfalls keine Aufwendung auf

⁶ BFH vom 17.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; D. Jäschke, in: Lademann, EStG, 237. Nachtrag Juni 2018, § 17 Anm. 224.

⁷ S. z.B. B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2090).

⁸ E. Oertel, in Kirchhof, EStG, 2018, § 9 Rn. 16.

⁹ T. Maciejewski, GmbHHR 2012, 1335 (1340 f.) m.w.N.; zu den wenigen Ausnahmen s. F. Loschelder, in: Schmidt, EStG, 2017, § 9 Rz. 75; a.A. R. Krüger, in: Schmidt, EStG, 2018, § 9 Rz. 75 ff.

¹⁰ Nach Art. 1 Nr. 16 Buchst. b UntStRefG 2008.

Zinseinnahmen, da diese gerade aus der Forderung fließen. Er stellt – jedenfalls hinsichtlich des werthaltigen Teils der Forderung – eine Einlage dar.¹¹ Einlagen sind Anschaffungskosten einer Beteiligung¹² und nicht Werbungskosten auf die Dividenden – es handelt sich um Aufwendungen auf die Substanz.¹³

bb. AfaA nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 7 EStG

§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG stellt eine Beschränkung des Werbungskostenabzugs für in der Erwerbssphäre angeschaffte Wirtschaftsgüter dar (vgl. § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 S. 2 i.V.m. § 6 Abs. 2 S. 1 EStG).¹⁴ Damit die Forderung AfaA unterliegen könnte, müssten auf sie geleistete Anschaffungskosten¹⁵ ohne § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7 EStG voll als Werbungskosten abziehbar sein. Das ist nicht der Fall.

cc. Zwischenergebnis

Werbungskosten sind zu verneinen. Es würde auch dem Nettoprinzip nicht gerecht, die gleichen Aufwendungen einerseits als Werbungskosten im Rahmen des § 20 Abs. 1 EStG und später – nochmals – als Anschaffungskosten bei der Veräußerung gem. §§ 17, 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bzw. 7 EStG zu berücksichtigen.¹⁶ Dass dies zugunsten des Steuerpflichtigen erfolgte, kann zumindest mit Blick auf andere Steuerpflichtige unter Art. 3 Abs. 1 GG nicht zur Rechtfertigung dienen. Auf fehlende Abnutzbarkeit,¹⁷ den Veranlassungszusammenhang¹⁸ oder den genauen Gegenstand des Darlehensverhältnisses¹⁹ kommt es daher gar nicht weiter an.

¹¹ S.u. II.1.b.aa.(2).

¹² BFH vom 12.02.1980 – VIII R 114/77, BFHE 130, 379, BStBl. II 1980, 494, I. 2. a).

¹³ Ähnlich *M. Jachmann-Michel/D. Lindenberger*, in: Lademann, EStG, 179. Nachtrag Januar 2011, § 20 Anm. 401.

¹⁴ Vgl. *R. Krüger*, in: Schmidt, EStG, 2018, § 9 Rz. 275 („WK dem Grunde nach), m.w.N.

¹⁵ Vergleichbarer Fall BFH vom 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; *D. Jäschke*, in: Lademann, EStG, 237. Nachtrag Juni 2018, § 17 Anm. 243; *M. Fischer*, Ubg 2008, 684 (690) m.w.N.

¹⁶ Daher folgerichtig BFH vom 17.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; ebenso *D. Jäschke*, in: Lademann, EStG, 237. Nachtrag Juni 2018, § 17 Anm. 224.

¹⁷ *B. Heuermann*, DB 2009, 2173 (2176); *P. Aigner*, Wegfall der Einkunftsquelle bei den Kapitaleinkünften (2013), S. 38 f.

¹⁸ Vgl. *B. Heuermann*, DStZ 1994, 229 (231).

¹⁹ BFH vom 7.7.1992 – VIII R 24/90, BFHE 168, 551, BStBl. II 1993, 333, 3. a).

b. Qualifikation im Rahmen der §§ 17 und 20 EStG

aa. Wesentliche Beteiligung (§ 17 EStG)

Gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 EStG gehört der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb, wenn der Veräußerer zu einem beliebigen Zeitpunkt innerhalb der letzten fünf Jahre²⁰ am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1% beteiligt war. Veräußerungsgewinn ist nach § 17 Abs. 2 S. 1 EStG der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt. Eine Berücksichtigung der Verluste aus Finanzierungshilfen kommt also nur in Betracht, wenn die Finanzierungshilfen Veräußerungskosten oder Anschaffungskosten darstellen.

(1) Veräußerungskosten

Den Verlust einer Forderung unter Veräußerungskosten – sei es der Forderung selbst oder auch der Beteiligung – zu subsumieren, würde schon mit Blick auf den Wortlaut eine Überdehnung des Wortes „Kosten“ darstellen.²¹

(2) (Nachträgliche) Anschaffungskosten

Anschaffungskosten sind gemäß § 255 Abs. 1 S. 1 HGB die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen. Nachträgliche Anschaffungskosten nach § 255 Abs. 1 S. 2 HGB sind nicht definiert.

Aus der für initiale Anschaffungskosten getroffenen Legaldefinition wird deutlich, dass Anschaffungskosten Aufwendungen sind, die auf Vermögensgegenstände verwendet werden, die den Vermögensstamm erweitern. Für die Finanzierungshilfen des Gesellschafters kann daraus geschlossen werden, dass für die Qualifikation als Anschaffungskosten erforderlich ist,

²⁰ BFH vom 24.04.1997 – VIII R 23/93, BFHE 183, 397, BStBl. II 1999, 342.

²¹ Ähnlich B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2091).

dass der Wert seiner Beteiligung durch die Aufwendungen nach der Erstanschaffung (nachträglich) erhöht werden soll.²² Dies ist insbesondere bei (offenen oder verdeckten) Einlagen der Fall.²³

Um eine Einlage im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 8 EStG handelt es sich bei einem Darlehen oder einer Bürgschaft zunächst nicht, da sie (durch Gegenansprüche) ergebnisneutral sind.²⁴ Eine Einlage kann aber auch anzunehmen sein, wenn der Gesellschafter auf einen Anspruch verzichtet (z.B. durch Vertrag nach § 397 Abs. 1 BGB).²⁵ Eine offene Einlage müsste das Stammkapital der Gesellschaft und den Anteil des Gesellschafters erhöhen. Es kann sich aber um eine verdeckte Einlage handeln. Verdeckte Einlage ist jede Zuwendung eines einlagefähigen Vermögensvorteils ohne wertadäquate Gegenleistung, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat und nicht gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt.²⁶ Finanzierungshilfen sind zwar nicht von sich aus Einlagen; wenn allerdings Ansprüche aufgegeben werden, wird die Gesellschaft von Verbindlichkeiten befreit und hat Passivposten zu löschen. Wenn also ein Gesellschafter auf Ansprüche verzichtet, liegt bei gesellschaftlicher Veranlassung eine verdeckte Einlage vor.²⁷

Soweit die Forderung bloß objektiv an Wert verliert kann allerdings kaum von einer Einlage gesprochen werden. Selbst wenn ein Gesellschafter vor Beginn einer Krise²⁸ (vgl. § 32a GmbHG a.F.) versichert hat, er werde in der

²² BFH vom 12.02.1980 – VIII R 114/77, BFHE 130, 378, BStBl. II 1980, 494, I. 2. a).

²³ BFH vom 29.05.1968 – I 187/65, BFHE 93, 62 (63), BStBl. II 1968, 722; vom 9.3.1977 – I R 203/74, BFHE 122, 68, BStBl. II 1977, 515; vom 12.02.1980 – VIII R 114/77, BFHE 130, 379, BStBl. II 1980, 494, I. 2. a); vom 02.10.1984 – VIII R 36/83, BFHE 143, 228, BStBl. II 1985, 320, I. b); vom 9.9.1986 – VIII R 159/85, BFHE 148, 246, 4.

²⁴ Vgl. BFH vom 29.05.1968 – I 187/65, BFHE 93, 62 (63), BStBl. II 1968, 722; vom 7.7.1992 – VIII R 24/90, BFHE 168, 551, BStBl. II 1993, 333, I. a).

²⁵ S. A. *Grüne*, in: Forum Steuerrecht 2012, 65 (75) f.

²⁶ Grundlegend RFH vom 28.07.1936 – I A 83/36, RFHE 39, 303, RStBl. 1936, 951 (952); W. *Bode*, in: Kirchhof, EStG, 2018, § 4 Rn. 102 m.w.N.

²⁷ Grundlegend RFH vom 22.06.1943 – I 204/42, RStBl. 1943, 587, I.; BFH vom 29.05.1968 – I 187/65, BFHE 93, 62 (63), BStBl. II 1968, 722; vom 9.9.1986 – VIII R 159/85, BFHE 148, 246, BStBl. II 1987, 257, 4; vom 16.04.1991 – VIII R 100/87, BFHE 165, 31, BStBl. II 1992, 234, I. d); vom 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.

²⁸ Begriff, der sich mehr nach der schon umfassenden Rechtsprechung richtete als umgekehrt, vgl. BT-Drs. 13/10038, S. 28 zur Einfügung der Legaldefinition in § 32a Abs. 1 S. 1 GmbHG a.F. gem. Art. 10 Nr. 1 KonTraG, BGBl. I 1998, 786, zum 28.04.1998.

Krise nicht von einem außerordentlichen Kündigungsrecht Gebrauch machen,²⁹ verzichtet er damit noch nicht auf die Forderung;³⁰ somit ist keine Vermögensmehrung bei der Gesellschaft anzunehmen. Wenn die Forderung dann an Wert verliert und keine Rückzahlung erfolgt, liegt hierin keine Einlage; der Gesellschafter hat Vermögen riskiert und verloren, nicht eingelegt. Entsprechendes gilt, wenn er Kapital in der Krise „stehen lässt“,³¹ es in der Krise erst hingibt³² oder es zur sog. Finanzplanung³³ hingibt.³⁴

(a) Rechtsprechung vor Inkrafttreten des MoMiG

Nach der überkommenen Rechtsprechung des BGH zum Eigenkapitalersatzrecht (vor Einführung des MoMiG, s. §§ 30-32b GmbHG a.F.) gab es in der Krise aus Perspektive der Gesellschafter mit Blick auf den Gläubigerschutz nur noch zwei Möglichkeiten: sie mussten der Gesellschaft Eigenkapital zuführen (§§ 26, 55 GmbHG) oder die Gesellschaft liquidieren (vgl. § 15a InsO).³⁵ Eine „Fremd-“ Finanzierung durch Gesellschafterdarlehen hätte eine unzulässige Abwälzung von Finanzierungsrisiken auf die Gläubiger dargestellt.³⁶ Wenn der Gesellschaft eine derartige Finanzierungshilfe in einer Krise gewährt oder in der Krise trotz Möglichkeit nicht entzogen wurde, durften Rückzahlungspflichten analog § 30 Abs. 1 GmbHG nicht erfüllt werden (ausgezahltes Kapital war nach §§ 31 Abs. 1 S. 1 analog, 32b GmbHG a.F. zu erstatten).³⁷ Entsprechendes galt nach § 32a Abs. 3 S. 1 GmbHG a.F. für Bürgschaften, die statt Eigenkapital gewährt wurden, um Drittfinanzierungen zu besichern.

²⁹ „Krisenbestimmtes Darlehen“, vgl. BFH vom 10.11.1998 – VIII R 6/96, BFHE 187, 480, BStBl. II 1999, 348.

³⁰ Vgl. BFH vom 7.7.1992 – VIII R 24/90, BFHE 168, 551, BStBl. II 1993, 333, 2. a) u.a.; B. Heuermann, DB 2009, 2173 (2174); ders., DB 2011, 551 (557).

³¹ BFH vom 7.7.1992 – VIII R 24/90, BFHE 168, 551, BStBl. II 1993, 333.

³² BFH vom 16.04.1991 – VIII R 100/87, BFHE 165, 31, BStBl. II 1992, 234.

³³ Vgl. BGH vom 21.03.1988 – II ZR 238/87, BGHZ 103, 33 (37 f.); vom 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31; BFH vom 13.07.1999 – VIII R 31/98, FR 1999, 1121, 2. a) dd).

³⁴ Entsprechend bei Bürgschaften s. S. Schneider, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 259. Erg.-Lfg. Juni 2015, § 17 Rn. C 285 m.w.N.

³⁵ S. nur BGH vom 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 2.; vom 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 253, 2.; vom 14.12.1992 – II ZR 298/91, BGHZ 121, 31, 3.

³⁶ BGH vom 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334, 2.; vom 24.03.1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 2.; s. KapAEG-E, BT-Drs. 13/7141, S. 11 a.E.

³⁷ Grundlegend BGH vom 26.11.1979 – II ZR 104/77, BGHZ 75, 334 (338 f.); vom 13.07.1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252, 2.; ausf. C. Graw, Ubg 2014, 251 (252).

Damit handelte es sich um von vornherein gebundenes („funktionelles“)³⁸ Haftkapital, da der Rückzahlungsanspruch aus solchen Darlehen ein schwacher und eng an den Wert der Beteiligung gebunden war (die Valuta wurde zivilrechtlich wie Eigenkapital behandelt).³⁹ Die Finanzierungshilfe wurde im Krisenfall faktisch zur Einlage.

Der BFH hat daraufhin im Wege einer „am spezifischen Zweck der genannten Norm orientierten erweiterten“,⁴⁰ „durch das objektive Nettoprinzip bestimmten extensiven Auslegung“⁴¹ unter dem Begriff von nachträglichen Anschaffungskosten Kriterien für die Berücksichtigung dieser Finanzierungshilfen im Rahmen des § 17 Abs. 2 S. 1 EStG entwickelt.⁴² Dies beruhte auf dem Gedanken, dass mit Rücksicht auf (objektives) Nettoprinzip und wirtschaftliche Betrachtungsweise⁴³ (vgl. § 41 AO) unter Annäherung an die steuerliche Berücksichtigung von solchen Finanzierungshilfen bei Mitunternehmern (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG)⁴⁴ eine auch steuerliche Gleichstellung mit Einlagen gerechtfertigt (und geboten)⁴⁵

³⁸ Vgl. z.B. BFH vom 6.5.2014 – IX R 44/13, BFHE 245, 511, BStBl. II 2014, 781, Rz. 16; zul. BFH vom 11.07.2017 – IX R 36/15, BB 2017, 2478 mAnm. *M. Seppelt*, II. 1. a) aa).

³⁹ Sofern einige Autoren (s. nur *B. Heuermann*, NZG 2009, 841 (843)) ausführen, dass es sich zivilrechtlich „zwar nicht um Eigenkapital“ handle, ist zu betonen, dass die Finanzierungshilfen gerade zivilrechtlich umqualifiziert werden und ebendort Eigenkapitalersatz darstellen.

⁴⁰ BFH vom 18.12.2001 – VIII R 27/00, BFHE 197, 483, BStBl. II 2002, 733, II. 3. aa).

⁴¹ BFH vom 13.07.1999 – VIII R 31/98, BFHE 189, 390, BStBl. II 1999, 724, 2.

⁴² Grundlegend BFH vom 02.10.1984 – VIII R 36/83, BFHE 143, 228, BStBl. II 1985, 320; zust. BMF vom 8.6.1999, BStBl. I 1999, 545; zur Behandlung nach Erlass des MoMiG s. BMF vom 21.10.2010, BStBl. I 2010, 832; zur Anwendung dieser Maßstäbe bei § 20 Abs. 4 S. 1 s.u. II. 2. B. bb.

⁴³ Ebenso *B. Heuermann*, DStR 2008, 2089 (2092).

⁴⁴ BFH vom 12.02.1980 – VIII R 114/77, BFHE 130, 379, BStBl. II 1980, 494, I. 2. a); BFH vom 27.10.1992 – VIII R 87/89, BFHE 170, 53, BStBl. II 1993, 340, a); später Abkehr von diesem Leitbild BFH vom 16.03.2010 – VIII R 20/08, BStBl. II 2010, 787, DStR 2010, 1472, 3. b) bb) mit StSenkG, BGBl. I 2000, 1433, BStBl. I 2000, 1428; beachte aber BFH vom 20.10.2010 – IX R 56/09, DB 2011, 147, Tz. 31.

⁴⁵ BFH vom 12.12.2000 – VIII R 52/93, BFHE 194, 120, BStBl. II 2001, 286, II.; vom 16.05.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436, DStR 2001, 1431, II. 3. b); s. auch *M. Graf*, in: Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2009/2010, 260 (261); *C. Bode*, DStR 2009, 1781 (1783).

war.⁴⁶ Dem durch die Beteiligung veranlassten Ertrag ist der durch sie veranlasste Aufwand gegenüberzustellen.⁴⁷ Dies wird grundsätzlich durch die Gegenüberstellung von Einnahmen und Werbungskosten erreicht, doch handelt es sich bei funktionellem Eigenkapital um eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Form von Aufwendungen, die gerade nicht Werbungskosten darstellen und auch sonst im Steuerrecht nicht typisiert sind. Es wurde also ein auf § 17 EStG beschränkter und von § 255 Abs. 1 S. 2 HGB streng zu unterscheidender⁴⁸ „normspezifischer Anschaffungskostenbegriff“⁴⁹ entwickelt.

Danach waren Aufwendungen aus Finanzierungshilfen neben offenen und verdeckten Einlagen als nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung zu berücksichtigen, wenn sie (positiv) durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst (*causa societatis*) und (negativ) weder Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen noch Veräußerungskosten nach § 17 Abs. 2 S. 1 EStG sind.⁵⁰ Voraussetzung war, dass der wesentlich beteiligte Gesellschafter nicht mehr mit Zuteilungen und Rückzahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen rechnen kann und dass feststeht, ob und in welcher Höhe noch nachträgliche Anschaffungskosten oder sonstige im Rahmen des § 17 Abs. 2 EStG zu berücksichtigende Kosten anfallen werden.⁵¹

⁴⁶ BFH vom 02.10.1984 – VIII R 36/83, BFHE 143, 228, BStBl. II 1985, 320, I. b) bb); vom 6.7.1999 – VIII R 9/98, BFHE 189, 383, BStBl. II 1999, 817, II. 2. a); vom 11.07.2017 – IX R 36/15, BB 2017, 2478 m. Anm. M. Seppelt, II. 1. b).

⁴⁷ BVerfG vom 30.09.1998 – 2 BvR 1818/91, DB 1998, 2247, B. II. 3. a); vom 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, DStR 2008, 2460, NJW 2009, 48, Tz. 62; BFH vom 10.11.1998 – VIII R 6/96, BFHE 187, 480, BStBl. II 1999, 348, II. 3. a).

⁴⁸ Ausf. BFH vom 10.11.1998 – VIII R 6/96, BFHE 187, 480, BStBl. II 1999, 348, 3. a); IX. Senat ab 2008 Annäherung an § 255 Abs. 1 S. 2 HGB vgl. BFH vom 4.3.2008 – IX R 78/06, BFHE 220, 446, BStBl. II 2008, 575, II.1.; vom 4.3.2008 – IX R 80/06, BFHE 220, 451, BStBl. II 2008, 577, II. a); vom 2.4.2008 – IX R 76/06, BFHE 221, 7, BStBl. II 2008, 706, II. 1.; vom 25.06.2009 – IX R 42/08, BFHE 225, 445, BStBl. II 2010, 220, II. 1. a); vom 20.08.2013 – IX R 43/12, BFH/NV 2013, 1783, II. 2., allerdings ohne materielle Änderungen, vgl. B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2092).

⁴⁹ BFH vom 16.05.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436, DStR 2001, 1431, II. 3. b).

⁵⁰ Übersichtlich dargestellt in BFH vom 2.5.2001 – VIII R 32/00, BStBl. II 2001, 668, 2. a) aa), bb) m.w.N.; zul. BFH vom 11.07.2017 – IX R 36/15, BB 2017, 2478, II. a) mAnm. M. Seppelt.

⁵¹ BFH vom 10.11.1998 – VIII R 6/96, BFHE 187, 480, BStBl. II 1999, 348, II. 2.; vom 12.12.2000 – VIII R 52/93, BFHE 194, 120, BStBl. II 2001, 286, I.

Somit blieb für die Frage nach der Anerkennung als nachträgliche Anschaffungskosten zu ermitteln, wann eine Hingabe durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst war. Eine solche Veranlassung war nach dem BFH aus soeben genannten Gründen anzunehmen, wenn sie eigenkapitalersetzenden Charakter habe; dies war der Fall, wenn ein Nichtgesellschafter bei objektiver Betrachtung bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 HGB) in der gegebenen Situation der Kapitalgesellschaft das Darlehen nicht gewährt hätte (Krise).⁵² Aus steuerlicher Sicht steht in diesem Moment nicht mehr die Nutzung, sondern die Überlassung des Kapitals im Vordergrund.⁵³ zivilrechtlich ist das Kapital nun (als funktionelles Eigenkapital) verstrickt.

Ob dem zuzustimmen war,⁵⁴ kann dahinstehen, da sich die Rechtslage zum 1.11.2008⁵⁵ geändert hat.⁵⁶ Die Folgen dieser Änderung werden im Folgenden erörtert.

(b) Rechtslage nach Inkrafttreten des MoMiG

Die Bindung ehemals eigenkapitalersetzender Finanzierungshilfen wurde durch das MoMiG rechtsformübergreifend umstrukturiert. Gemäß Art. 1 Nr. 20 wurde durch Einfügen des § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG klargestellt, dass bei Gesellschafterfinanzierungshilfen kein Auszahlungsverbot mehr bestehen sollte; gemäß Art. 1 Nr. 22 wurden die §§ 32a, 32b GmbHG aufgehoben. Mit Art. 9 Nr. 5, 8 und 9 MoMiG wurde das Eigenkapitalersatzrecht in die InsO verschoben, sodass die Forderung eines Gesellschafters mit ei-

⁵² StRspr.; BFH vom 19.02.1970 – I R 24/67, BFHE 98, 254, BStBl. II 1970, 442, 1.; vom 2.10.1984 – VIII R 36/83, BFHE 143, 228, BStBl. II 1985, 320; vom 16.04.1991 – VIII R 100/87, BFHE 165, 31, BStBl. II 1992, 3.; besonders deutlich in BFH vom 7.7.1992 – VIII R 24/90, BFHE 168, 551, BStBl. II 1993, 333, 1. b); s. auch BFH vom 24.04.1997 – VIII R 23/93, BFHE 183, 397, II. 1.; vom 6.7.1999 – VIII R 9/98, BFHE 189, 383, BStBl. II 1999, 817, II. 2.; ausf. BFH vom 13.07.1999 – VIII R 31/98, BFHE 189, 390, BStBl. II 1999, 724, 2.; vom 20.08.2013 – IX R 1/13, BFH/NV 2014, 310, II. 1. b); FG Köln vom 25.06.2009 10 K 266/06, EFG 2009, 1740 (1742).

⁵³ B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2092); ders., DB 2009, 2173 (2174).

⁵⁴ Krit. T. Zimmermann, Anm. zu FG Köln vom 25.06.2009 – 10 K 266/06, EFG 2009, 1740 (1743) m.w.N.; I. Oellerich, in: Bordewin/Brandt, EStG, 399. Aktualisierung September 2017, § 17 Rn. 268 f.

⁵⁵ Art. 25 MoMiG; erstmals darauf eingehend BFH vom 11.07.2017 – IX R 36/15, BB 2017, 2478 mAnm. M. Seppelt.

⁵⁶ Zu den Auswirkungen ausf. B. Heuermann, NZG 2009, 841.

ner Beteiligung von über 10% oder des Geschäftsführers unabhängig davon, wann die Krise eintritt und unter welchen Bedingungen die Finanzierungshilfe gewährt wurde, fortan nach § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO in der Insolvenz nachrangig und eine darauf gerichtete Leistung nach § 135 Abs. 1 InsO bzw. § 6 AnfG anfechtbar war. So wurden solche Finanzierungshilfen durch den Gesetzgeber als Fremdfinanzierung anerkannt⁵⁷ und hingeegebenes Kapital aus dem Eigenkapital (-ersatz) befreit, womit es nicht mehr analog § 31 Abs. 1 GmbHG als Haftkapital erhalten musste.⁵⁸

(aa) Aufgabe der bisherigen Grundsätze durch den BFH

Der IX. Senat des BFH hat infolgedessen das Gebot steuerlicher Anerkennung entsprechender Verluste als erledigt erachtet. Diese sei eine Reaktion auf die (zivilrechtlichen) Rechtsfolgen des Kapitalersatzrechts gewesen, welches nun aufgehoben sei; damit sei die rechtliche Grundlage für eine Durchbrechung des Trennungsprinzips zwischen privater Vermögens- und Erwerbssphäre entfallen.⁵⁹ Der Gedanke des Eigenkapitalersatzes sei wie der der Krisenfinanzierung und der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters aufgegeben worden.⁶⁰ Die betreffenden Hilfen stellten nicht mehr Quasi-Eigenkapital dar, sondern Fremdkapital mit erhöhtem Insolvenzrisiko.⁶¹ Aus übergeordneten rechtlichen Gründen (gemeint ist insbesondere das Nettoprinzip) bestehe keine Veranlassung für eine Fortgeltung der bisherigen Grundsätze, welche eindeutig über den Wortlaut des § 17 Abs. 2, Abs. 4 EStG hinausgingen; auch die Rechtssicherheit spreche für eine Aufgabe dieser Grundsätze.⁶² Finanzierungshilfen mit Einlagecharakter⁶³ seien weiterhin als nachträgliche Anschaffungskosten

⁵⁷ Vgl. BFH vom 24.04.1997 – VIII R 23/93, BFHE 183, 397, BStBl. II 1999, 342, II. 1.; vom 2.4.2008 – IX R 76/06, BFHE 221, 7, BStBl. II 2008, 706, II. 2. b); FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 86.

⁵⁸ S. M. Gehrlein, BB 2008, 846 (848 f.).

⁵⁹ BFH vom 11.07.2017 – IX R 36/15, BB 2017, 2478 mAnm. M. Seppelt, II. 3.; s. I. Oellerich, in: Bordewin/Brandt, EStG, 399. Aktualisierung September 2017, § 17 Rn. 312.

⁶⁰ L. Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, Anh. § 30 Rn. 6; arg. C. Graw a.a.O. (253); ähnl. B. Heuermann, NZG 2009, 841 (845).

⁶¹ K. Schmidt, GmbHR 2009, 1009 (1010); I. Oellerich, in: Bordewin/Brandt, EStG, 399. Aktualisierung September 2017, § 17 Rn. 312.

⁶² Zust. A. Grüne, in: Forum Steuerrecht 2012, 65 (86).

⁶³ Zu § 5 Abs. 2a s. G. Förster/T. v. Cölln, DB 2017, 2886 (2887 f.).

berücksichtigungsfähig, „eigenkapitalersetzende“ aber nicht mehr. Dem hat sich das BMF angeschlossen.⁶⁴

Weshalb das Nettoprinzip keine Berücksichtigung mehr gebieten sollte, hat der IX. Senat jedoch nicht weiter ausgeführt; daran, dass den durch die Beteiligung verursachten Erträgen die durch sie veranlassten Aufwendungen gegenübergestellt werden müssen,⁶⁵ hat sich dabei auch mit Abschaffung des Kapitalersatzrechts nichts geändert.

(bb) Beibehaltung der Anknüpfung an den Eigenkapitalersatzcharakter

Fraglich ist, ob die Anknüpfung an den Eigenkapitalersatzcharakter und die vier Fallgruppen⁶⁶ fortzusetzen sind, etwa weil weiterhin auf die gesellschaftliche Veranlassung abzustellen ist („Verhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers“)⁶⁷. Ein stehen gelassenes Darlehen könnte nur noch vorliegen, wenn die Krise vor Beginn des Anfechtungszeitraums (§§ 135 Abs. 1 InsO, 6 AnfG) eingetreten ist, weil es sonst nicht stehen gelassen,⁶⁸ sondern die Auszahlung anfechtbar sei. Es handelte sich dann um ein gesetzlich krisenbestimmtes Darlehen.⁶⁹

Hierfür wird vorgetragen, zur Beurteilung der gesellschaftlichen Veranlassung („als Grundvoraussetzung nachträglicher Anschaffungskosten“)⁷⁰ gebe es eine gefestigte Rechtsprechung, die Rechtssicherheit liefere;⁷¹ diese sollte⁷² und dürfe⁷³ nicht ohne Not aufgegeben werden.

⁶⁴ BMF vom 5.4.2019, veröffentlicht in DStR 2019, 796.

⁶⁵ So BVerfG vom 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, DStR 2008, 2460, NJW 2009, 48.

⁶⁶ S.o. II.1.b.aa.(2).(a) a.E.

⁶⁷ BMF vom 21.10.2010, BStBl. I 2010, 832, 3.

⁶⁸ BMF vom 21.10.2010, BStBl. I 2010, 832, 3. b).

⁶⁹ BMF vom 21.10.2010, BStBl. I 2010, 832, 3. d) bb).

⁷⁰ C. Graw, Ubg 2014, 251 (255).

⁷¹ S. nur C. Graw a.a.O. (256).

⁷² FG Köln vom 20.03.2014 – 3 K 2518/11, EFG 2014, 2136, II. 3. d); zust. FG Berl.-Brbrg. vom 28.05.2015 – 4 K 7114/12, EFG 2015, 1934 (1936).

⁷³ C. Graw a.a.O. (255).

Die Angleichung an das Zivilrecht sei nicht als dynamische Verweisung zu verstehen.⁷⁴ Es handele sich um eine besondere Ausprägung des Fremdvergleichsgrundsatzes⁷⁵ zur Abgrenzung einer schuldrechtlichen von einer gesellschaftlichen Veranlassung. Allein der Gesellschaftsbezug der Finanzierungshilfe reiche nicht aus, um funktionelles Eigenkapital bejahen zu können.⁷⁶ Die Annahme funktionellen Eigenkapitals setze vielmehr voraus, dass auch wirtschaftlich betrachtet Eigenkapital zugeführt und nicht nur zur (vorübergehenden) Nutzung überlassen werde.⁷⁷ Hiervon könne nicht bei jedem zu verneinenden Fremdvergleich (etwa wegen fehlender Sicherheiten) ausgegangen werden.⁷⁸ Der Beweis dafür, dass sich die gesellschaftliche Veranlassung anhand von Kriterien jenseits des Eigenkapitalersatzrechts genauer konkretisieren lasse, stehe noch aus; hätte auch ein Dritter unter vergleichbaren Umständen ein Darlehen gewährt, bestehe keine Rechtfertigung, es steuerlich wie Eigenkapital zu behandeln.⁷⁹

Nun könne auch die vielfach kritisierte „dogmatische Fehlanknüpfung“ aufgelöst werden.⁸⁰ Der BFH habe sich die Dogmatik eines Rechtsinstituts des Zivilrechts zu eigen gemacht, um ein steuerrechtliches Tatbestandsmerkmal (die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis) näher zu bestimmen.⁸¹ Damit seien die Grundsätze des Eigenkapitalersatzes als Rechtsinstitut in das Steuerrecht übernommen worden.⁸² Diese Dogmatik verliere ihre Gültigkeit nicht durch ihre Aufgabe im Zivilrecht.⁸³ Vielmehr bleibe es dem BFH unbenommen, diese außersteuerrechtlichen Grundsätze für steuerrechtliche Zwecke zu verselbständigen, weiterhin anzuwen-

⁷⁴ FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 99.

⁷⁵ Der als solcher zur Bejahung der gesellschaftlichen Veranlassung noch nicht ausreicht, BFH vom 9.6.2010 – IX R 52/09, BFHE 230, 326 Rz. 23. m.w.N.; arg. C. Graw, Ubg 2014, 251 (257); B. Heuermann, DB 2009, 2173; ders., NZG 2009, 841 (842).

⁷⁶ B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2094); ders., DB 2011, 551 (557).

⁷⁷ B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2094); ders., DB 2009, 2173 (2174).

⁷⁸ C. Graw a.a.O. (255).

⁷⁹ C. Graw a.a.O. (256).

⁸⁰ C. Graw a.a.O.

⁸¹ FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 100; ähnl. B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2094).

⁸² Vgl. C. Graw, Ubg 2014, 251 (255).

⁸³ FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 100; C. Graw a.a.O. (255).

den und gegebenenfalls unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Dogmatik und Teleologie weiterzuentwickeln.⁸⁴ Der BFH habe schon früher eigenständige Kriterien entwickelt⁸⁵ und die primär am Gläubigerschutz orientierten Kapitalersatzregeln nicht als allein ausschlaggebend angesehen, wie zum Beispiel in Fällen des Sanierungs-⁸⁶ sowie des Kleinanlegerprivilegs,⁸⁷ in denen zivilrechtlich gerade keine Verstrickung stattfand. Umgekehrt sei die steuerliche Abziehbarkeit verneint worden in Fällen, die im zivilrechtlichen Sinne als Eigenkapital behandelt wurden.⁸⁸ Finanzplandarlehen seien schon nach altem Recht keine kapitalersetzenden Darlehen im engeren Sinne gewesen, sondern seien nur vertraglich als materielles Eigenkapital gewährt worden, weshalb sie im Rahmen von § 17 EStG Berücksichtigung fanden.⁸⁹ Der BFH habe auch in anderen Fragen an eine überholte Zivilrechtslage angeknüpft.⁹⁰

Hierfür spreche auch der dogmatische Rückgriff auf § 255 Abs. 1 HGB. Anschaffungskosten sind Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben; diesen finalen Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung weise nur der Ausfall solcher Darlehen auf, denen eine dem Eigenkapital wirtschaftlich entsprechende Funktion zukomme.⁹¹ Der Ausfall „einfacher“ Gesellschafterdarlehen sei nicht mit der Stammeinlage oder dem Kaufpreis vergleichbar.⁹²

⁸⁴ FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 100.

⁸⁵ C. Graw a.a.O. (256); A. Pung/T. Werner, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, EStG, 91. Erg.-Lfg. November 2017, § 17 Tz. 332; FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 101 ff.; BFH vom 20.08.2013 – IX R 1/13, BFH/NV 2014, 310, Rz. 19.

⁸⁶ § 32 a Abs. 3 S. 3 GmbHG a.F., vgl. BFH vom 19.08.2008 – IX R 63/05, BFHE 222, 474, BStBl. II 2009, 5, II. 1. b); arg. FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 102, 104.

⁸⁷ § 32 a Abs. 3 S. 2 GmbHG a.F., vgl. BGH vom 11.07.2005 – II ZR 285/03, DB 2005, 2071 = WM 2005, 1751, II i. Abgr. zu BFH vom 6.5.2014 – IX R 44/13, BFHE 245, 511, BStBl. II 2014, 781, Rz. 17; anders BFH vom 20.08.2013 – IX R 43/12, BFH/NV 2013, 1783, 3. m.w.N.; arg. FG Köln vom 30.09.2015 – 3 K 706/12, EFG 2016, 193, Rz. 103 f.

⁸⁸ BFH vom 4.3.2008 – IX R 78/06, BFHE 220, 446, BStBl. II 2008, 575; B. Heuermann, DB 2009, 2173 (2174); ders., NZG 2009, 841 (843); arg. C. Graw a.a.O. (256).

⁸⁹ C. Graw a.a.O. (256); D. Gosch, in: Kirchhof, EStG, 2017, § 17 Rn. 97a.

⁹⁰ C. Graw a.a.O. (257) m. Hinw. auf BFH vom 23.07.2003 – I R 80/02, BFHE 203, 114, BStBl. II 2003, 926, II. 2. e) bb); vom 3.3.2010 – I R 68/09, BFH/NV 2010, 1132 iVm. BGH vom 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324.

⁹¹ C. Graw a.a.O. (256).

⁹² C. Graw a.a.O. (257).

Im Ergebnis hätten sich nur der rechtliche Kontext und die gedankliche Grundlage für die Sonderbehandlung der Gesellschafterfinanzierungshilfen geändert,⁹³ nicht aber die Tatsache, dass sie den letzten Rang einnehmen und deshalb regelmäßig ausfallen.⁹⁴ Ob § 32a GmbHG daher aufgehoben wurde oder nicht, könne keinen Unterschied machen, wenn es um die Ermittlung der gesellschaftlichen Veranlassung gehe.⁹⁵ Das MoMiG betreffe das Zivilrecht und solle wie das Kapitalersatzrecht Gläubiger schützen; es verfolge einen völlig anderen Zweck und sollte deshalb die Frage der steuerlichen Berücksichtigung nicht berühren.⁹⁶ Jedenfalls basiere das neue zivilrechtliche Regelungskonzept ebenso wie das alte auf der Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters, weshalb entsprechende Vorgänge steuerlich nach wie vor als im Kern gesellschaftlich veranlasst anzusehen und entsprechende Zuwendungen wie Eigenkapital zu behandeln seien.⁹⁷

Auch die Verstrickung von Veräußerungsgewinnen nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG erzwingen keinen Paradigmenwechsel, da § 17 gemäß § 20 Abs. 8 vorrangig sei (s. auch § 44a Abs. 5 S. 1 EStG);⁹⁸ zudem unterfalle ein Gesellschafter nur mit solchen Darlehen dem Anwendungsbereich des § 20, die auch ein fremder Dritter gewährt hätte.⁹⁹ § 20 Abs. 2 komme dann in Betracht, wenn ein Darlehen nicht als Gesellschafter, sondern als „Dritter Anteilseigner“ gewährt wurde, also dann, wenn eine gesellschaftliche Veranlassung abzulehnen sei.¹⁰⁰

(cc) Eigenständige steuerrechtliche Beurteilung

Möglich ist auch eine völlig eigenständige steuerrechtliche Beurteilung. Anschaffungskosten setzen Eigenkapital voraus, und mit Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts ist diese Voraussetzung nicht mehr erfüllt.¹⁰¹ Durch

⁹³ L. Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, Anh. § 30, Rn. 2; arg. C. Graw a.a.O. (253); ähnl. B. Heuermann, DStR 2008, 2089 (2094).

⁹⁴ C. Graw a.a.O. (253).

⁹⁵ FG Köln vom 20.03.2014 – 3 K 2518/11, EFG 2014, 2136, II. 3. d); zust. FG Berlin-Brandenburg vom 28.05.2015 – 4 K 7114/12, EFG 2015, 1934 (1936).

⁹⁶ FG Köln vom 20.03.2014 – 3 K 2518/11, EFG 2014, 2136, II. 3. d).

⁹⁷ D. Gosch, in: Kirchhof, EStG, 2018, § 17 Rn. 95.

⁹⁸ D. Gosch, in: Kirchhof, EStG, 2018, § 17 Rn. 95; C. Bode, DStR 2009, 1781 (1783); zust. C. Graw a.a.O. (257).

⁹⁹ C. Graw a.a.O. (257) m. Hinw. auf BFH vom 10.11.1998 – VIII R 6/96, BFHE 187, 480, BStBl. II 1999, 348.

¹⁰⁰ E. Dötsch, in: Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2009/2010, 260 (271 f.).

¹⁰¹ B. Heuermann, NZG 2009, 841 (845).

die Streichung der Bestimmungen über das Eigenkapitalersatzrecht ist der bisherige Anknüpfungspunkt für die gesellschaftliche Veranlassung weggefallen.¹⁰² Nach § 103d S. 1 EGIInsO sind Finanzierungshilfen nach Maßgabe des MoMiG und damit nach neuer Rechtslage zu behandeln, wenn das Insolvenzverfahren nach dem 31.10.2008 eröffnet worden ist; das Recht über die Anfechtung von Rechtshandlungen (§§ 135 Abs. 1, Abs. 2 InsO, 6 Abs. 1 AnfG n.F.) ist nach § 103d S. 2 EGIInsO anzuwenden auf Rechtshandlungen, die nach dem 31.10.2008 vorgenommen wurden.¹⁰³ Aus dem Umkehrschluss ergibt sich, dass das alte Recht auf danach eröffnete Insolvenzverfahren und vorgenommene Rechtshandlungen keine Anwendung finden soll. Die Aufgabe der komplexen und streitanfälligen Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts könnte nach Vertretern dieser Auffassung deregulierend wirken.¹⁰⁴ Die Gleichstellung mit Mitunternehmern gehe ohnehin zu weit, wenn nach § 17 Abs. 1 S. 1 EStG bloß eine Beteiligung von 1% erfordert werde, bei welcher Mitunternehmerrisiko und -initiative nicht mehr infrage kämen.¹⁰⁵

Die Hilfen gewähre der Gesellschafter nicht aus Liebhaberei (auch im weitesten Sinne), sie dienten vielmehr der Erwerbung, Sicherung oder Erhaltung von Einkünften. Unabhängig davon, ob mit den Beteiligungen Dividenden, Zinserträge oder Veräußerungsgewinne erzielt werden sollen, müssten sie steuerlich erfasst werden, ob nach § 20 Abs. 1, Abs. 2 oder § 17 EStG. Welcher Einkunftsart die Aufwendungen zuzuordnen seien sei danach zu bestimmen, zu welcher sie nach Art und Weise die engste Beziehung haben. Hier könne das Eigenkapitalersatzrecht noch Geltung erlangen, weil die Hilfen grundsätzlich durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst seien, wenn sie nach altem Recht Eigenkapitalersatzcharakter haben; der Umkehrschluss könne allerdings nicht greifen.¹⁰⁶ Als Indizien für eine gesellschaftliche Veranlassung könnten nach allgemeinen Kriterien des

¹⁰² J. Moritz, DStR 2014, 1636 (1640, 1644); H. Weber-Grellet, in: Schmidt, EStG, 2017, § 17 Rz. 174.

¹⁰³ FG Düsseldorf vom 10.03.2015 – 9 K 962/14 E, EFG 2015, 1271, 2. a); C. Graw a.a.O. (253).

¹⁰⁴ C. Graw a.a.O. (256).

¹⁰⁵ FG Köln vom 25.06.2009 – 10 K 266/06, EFG 2009, 1740 (1741) in Bezug auf StSenkG, BGBl. I 2001, 3858.

¹⁰⁶ S. Schneider, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 259. Erg.-Lfg. Juni 2015, § 17 Rn. C 308.

Fremdvergleichs die fehlende oder fremdunübliche Verzinsung, die Nichtdurchführung vertraglicher Abreden, die fehlende Besicherung des Gesellschafterdarlehens und der Zeitpunkt, zu dem Dritte zur Finanzierung nicht mehr bereit wären, dienen.¹⁰⁷

Nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Finanzierungshilfen wären nicht nach § 17 EStG, sondern nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 2 EStG zu erfassen.¹⁰⁸

(dd) Beurteilung nach den Rechtsfolgen des Insolvenzrechts

Durch die Verschiebung des Eigenkapitalersatzrechts in die InsO kann die Frage nach nachträglichen Anschaffungskosten auch an die Rechtsfolgen der InsO gekoppelt werden. Erst wenn diese nämlich greifen, steht eine Finanzierungshilfe der eines beliebigen Dritten nicht mehr gleich. Für die insolvenzrechtliche Verstrickung liegt durch das Erfordernis der Gesellschafterstellung beim Gläubiger (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) eine gesellschaftliche Veranlassung vor; eine Finanzierungshilfe wäre also gesellschaftlich veranlasst, wenn sie in der Insolvenz dem Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegt. Die Schlechterstellung von Gesellschaftern rechtfertigt dies. Der Zeitpunkt des Eintritts der gesellschaftlichen Veranlassung werde vom Zeitpunkt der Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters auf den der Insolvenz verschoben; für die Anwendung des Nettoprinzips sei er aber irrelevant.¹⁰⁹ Dies läuft darauf hinaus, das Eigenkapitalersatzrecht unter Berücksichtigung dessen fortzuführen, dass es in das Insolvenzrecht verschoben wurde.

bb. Geringfügige Beteiligung (§ 20 Abs. 2 EStG)

Auch ein Kleinanleger kann seiner Gesellschaft Darlehen gewähren, deren Rückgewähranspruch in einer Krise an Wert verliert. Allerdings widerspricht es dem Nettoprinzip nach Auffassung des BFH nur, wenn ein wesentlich beteiligter Gesellschafter (§ 17 Abs. 1 S. 1 EStG) den Verlust eines

¹⁰⁷ I. Oellerich, in: Bordewin/Brandt, EStG, 399. Aktualisierung September 2017, § 17 Rn. 269.

¹⁰⁸ S. Schneider, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, 259. Erg.-Lfg. Juni 2015, § 17 Rn. C 307; A. Pung/T. Werner, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, EStG, 91. Erg.-Lfg. November 2017, § 17 Tz. 332 f.

¹⁰⁹ Vgl. C. Graw, Ubg 2014, 251 (253) m.w.N.

eigenkapitalersetzenden Darlehens nicht geltend machen kann;¹¹⁰ der „normspezifische Anschaffungskostenbegriff“ sei auf § 17 EStG beschränkt. Das entspricht der Ausnahme des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG a.F. mit der Ratio, dass ein nicht unternehmerisch, d.h. „typischerweise erst ab einer Beteiligung am Stammkapital von mehr als 10%“ beteiligter Gesellschafter keine Finanzierungsverantwortung tragen soll.¹¹¹ Seine Finanzierungshilfen erfahren auch keine Verstrickung. Da die Hürde des § 17 Abs. 1 S. 1 EStG (1%) niedriger ist als die des Kleinanlegerprivilegs (nach § 39 Abs. 5 InsO 10%), besteht insoweit keine Benachteiligungsgefahr.

cc. „Rückzahlungsverlust“ nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 i.V.m. S. 2 EStG

Mit dem UntStRefG 2008 ist der Vermögensstamm bei den Einkünften aus Kapitalvermögen durch § 20 Abs. 2, Abs. 4 EStG in die Besteuerung einbezogen worden. Ausgefallene Forderungen könnten nunmehr bei der Besteuerung von Einkünften aus § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 2 EStG zu berücksichtigen sein.¹¹² Die „Nichtrückzahlung“ muss dafür eine Rückzahlung in Höhe von 0,- € als Ersatztatbestand im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 2 EStG darstellen.¹¹³

Dagegen spricht vor allem der Wortlaut, der Forderungsausfall oder -verzicht nicht ausdrücklich nennt.¹¹⁴ Dafür spricht, dass § 20 Abs. 2 EStG auf die „vollständige steuerliche Erfassung aller Wertzuwächse im Zusammenhang mit Kapitalanlagen“¹¹⁵ abzielt. Davon müssten ungeachtet des Wortlauts der Entwurfsbegründung auch Wertminderungen erfasst sein, da insofern wohl kaum eine Abweichung etwa von § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG

¹¹⁰ S. BFH vom 16.05.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436, DStR 2001, 1431, II. 3. b); beachte aber BGH vom 11.07.2005 – II ZR 285/03, DB 2005, 2071 = WM 2005, 1751, II in Abgrenzung zu BFH vom 6.5.2014 – IX R 44/13, BFHE 245, 511, BStBl. II 2014, 781, Rz. 17.

¹¹¹ KapAEG-E, BT-Drs. 13/7141, 11 f.; MoMiG-E, BT-Drs. 16/6140, 57.

¹¹² Zul. BFH vom 24.10.2017 – VIII R 13/15, BB 2018, 99 m.w.N.

¹¹³ BFH vom 24.10.2017 – VIII R 13/15, BB 2018, 99; ebenso *M. Graf*, in: *Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2009/2010*, 260 (266).

¹¹⁴ FG Hessen vom 12.04.2018 – 9 K 1053/15, EFG 2018, 1642, Rn. 41, Rev. Anhängig unter Az. IX R 17/18; BMF vom 22.12.2009, BStBl. I 2010, 94 Rz. 60 f.; *C. Bode*, DStR 2009, 1781 (1783).

¹¹⁵ Wörtlich UntStRefG-E, BT-Drs. 16/4841, 56; arg. *J. Moritz*, DStR 2014, 1636 (1639); *M. Graf*, in: *Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2009/2010*, 260 (267).

erwünscht ist, wo ebenfalls Verluste erfasst sind.¹¹⁶ Der Forderungsausfall ist zumindest veräußerungsähnlich.¹¹⁷ Es wäre insbesondere aus Gründen der Leistungsfähigkeit und Folgerichtigkeit nicht zu begründen, weshalb ein schlichter Ausfall anders zu behandeln sein sollte als die Realisierungstatbestände des § 20 Abs. 2 S. 2 EStG,¹¹⁸ die im Übrigen nicht abschließend seien.¹¹⁹ Auf Gesellschaftsebene liegt ein steuerpflichtiger Ertrag vor, da der Passivposten zum Nennwert gelöscht und gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 EStG in der steuerlichen Ergänzungsbilanz nur ein Aktivposten zum gemeinen Wert angesetzt werden muss. Dann wäre es steuersystematisch widersprüchlich, den Vorgang auf Gesellschafterebene steuerneutral zu behandeln.¹²⁰ Der dahingehenden Entscheidung des BFH vom 24.10.2017 (VIII R 13/15) haben sich die Finanzgerichte teilweise angeschlossen.¹²¹

2. Stellungnahme

a. Eigenkapitalersatzrecht

aa. Nettoprinzip

Die Beibehaltung der bisherigen Grundsätze zur steuerlichen Berücksichtigung eigenkapitalersetzender Finanzierungshilfen setzt voraus, dass sich am Gebot steuerlicher Berücksichtigung nach dem Nettoprinzip mit der Umstrukturierung durch das MoMiG nichts Grundsätzliches geändert hat.¹²²

¹¹⁶ M. Graf a.a.O. (267); A. Grüne, in: Forum Steuerrecht 2012, 65 (73); A. Jansen, DStR 2016, 2729 (2732); vgl. UntStRefG-E BT-Drs. 16/4841, 57.

¹¹⁷ S BFH vom 19.12.2007 – IX R 11/06, BStBl. II 2008, 519; M. Graf a.a.O. (266).

¹¹⁸ P. Aigner, DStR 2016, 345 (347).

¹¹⁹ M. Niemeyer/C. Stock, DStR 2011, 445 (446).

¹²⁰ S. BFH vom 19.04.2005 – VIII R 27/03, BFH/NV 2005, 1807, II. 2. b); BFH vom 19.07.1994 – VIII R 58/92, BFHE 176, 317, II. 1. b); A. Grüne a.a.O. (78); „materielle Bindungswirkung“.

¹²¹ FG Münster vom 20.12.2018 – 5 K 2661/16 E, rkr., Rn. 31; FG Münster vom 12.03.2018 – 2 K 3127/15 E, Rev. anhängig unter Az. IX R 9/18; FG Düsseldorf vom 18.07.2018 – 7 K 3302/17 E, EFG 2018, 1645, Rev. anhängig unter Az. VIII R 28/18; FG Rheinland-Pfalz vom 19.11.2018 – 3 K 1846/15, EFG 2019, 610; anders dagegen FG Hessen vom 12.04.2018 – 9 K 1053/15, EFG 2018, 1642, Rev. anhängig unter Az. IX R 17/18.

¹²² Vgl. C. Bode, DStR 2009, 1781 (1782 f.); zust. C. Graw a.a.O. (253).

Die Frage der Anwendung des Nettoprinzips bei Veräußerungsverlusten stellt sich unter einem neuen Aspekt.¹²³ Es wurde auf das Eigenkapitalersatzrecht abgestellt, weil das Zivilrecht eine Gleichsetzung vornahm, die steuerlich berücksichtigt werden musste. Das Eigenkapitalersatzrecht war nie eine reine Abgrenzungsregel, es handelt sich nicht bloß um einen präziseren Fremdvergleich.¹²⁴ Der Begriff der nachträglichen Anschaffungskosten wurde in diesem Kontext ausgelegt, bevor die steuerliche Berücksichtigung nach § 20 Abs. 2 EStG möglich wurde.¹²⁵ Verluste bei Kapitalforderungen werden nun aber mit § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 unabhängig von Beteiligung und Veranlassung erfasst.¹²⁶ Der Begriff der nachträglichen Anschaffungskosten könnte daher aufgegeben werden; dem Nettoprinzip würde mit § 20 Abs. 2 EStG anderweitig Rechnung getragen.¹²⁷

bb. Gesellschaftliche Veranlassung

Die bisherige Handhabung beruht darauf, dass das Nettoprinzip gebietet, Verluste, die durch die Beteiligung entstehen, zu berücksichtigen.¹²⁸ Die gesellschaftliche Veranlassung war Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung eigenkapitalersetzender Finanzierungshilfen als nachträgliche Anschaffungskosten, weil sie ansonsten nicht durch die Beteiligung entstanden, sondern der privaten Vermögensverwaltung zuzuordnen sind.

Gesellschaftliche Veranlassung liegt nicht nur dann vor, wenn hingeegebenes Kapital gebunden wird; eine Hilfe kann z.B. auch dann gesellschaftlich veranlasst sein, wenn sie außerhalb einer Krise gewährt wird.¹²⁹ Das Abstellen auf den objektiv ordentlichen und gewissenhaften Kaufmann indiziert die gesellschaftliche Veranlassung, aber ein Gesellschafter kann auch subjektiv ein Darlehen allein aus gesellschaftlicher Veranlassung gewährt

¹²³ K. Wagner, Anm. zu FG Köln vom 25.06.2009 – 10 K 456/06, EFG 2009, 1744 (1746, 1747).

¹²⁴ Vgl. I. Oellerich, in: Bordewin/Brandt, EStG, 399. Aktualisierung September 2017, § 17 Rn. 269 m.w.N.; so aber C. Graw a.a.O. (256).

¹²⁵ Vgl. M. Graf a.a.O. (269); J. Moritz a.a.O. (1644).

¹²⁶ Ähnl. G. Wiese/C. Möller, GmbHR 2010, 462 (464).

¹²⁷ Vgl. M. Fischer, Ubg 2008, 684 (690); H. Ott, DStZ 2010, 623 (634).

¹²⁸ S.o. II.1.b.aa.(2).(c).

¹²⁹ Vgl. D. Gosch, in: Kirchhof, EStG, 2018, § 17 Rn. 94 m.w.N.

haben, z.B. weil er so etwas sonst grundsätzlich nicht tut.¹³⁰ Die oben genannten Ausnahmen von der Anknüpfung an das Eigenkapitalersatzrecht¹³¹ sind Fälle, in denen derartige Abweichungen sichtbar wurden. Selbst wenn es noch um die Abgrenzung zwischen schuldrechtlicher und gesellschaftlicher Veranlassung ginge, wäre das Eigenkapitalersatzrecht, das selbst erst Rechtsfolge eines Fremdvergleichs, aber mit Ausrichtung auf den Gläubigerschutz ist, spätestens jetzt der falsche Ansatz. Es gibt eine Schnittmenge zwischen vom Kapitalersatzrecht erfassten und gesellschaftlich veranlassten Finanzierungshilfen; ein blinder Verweis führt jedoch zu zufälligen Ergebnissen. Eine fortgesetzte Anknüpfung an das Eigenkapitalersatzrecht wäre nicht nur nicht zweckmäßig;¹³² das Nettoprinzip gebietet etwas anderes.

Die Frage nach gesellschaftlicher Veranlassung ist jedoch kein Selbstzweck. Ihr Zweck ist mit der Einführung des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG weggefallen. Dass das MoMiG und das Kapitalersatzrecht Gläubigerschutz verfolgen, die gesellschaftliche Veranlassung aber nicht berühren, weshalb Änderungen die steuerrechtliche Beurteilung nicht ändern sollten,¹³³ geht mit Blick auf das Nettoprinzip völlig fehl: das Steuerrecht folgt gerade dem wirtschaftlichen Ansatz.¹³⁴ Eine Berücksichtigung fand dort statt, wo sie wegen wirtschaftlicher Betrachtung geboten war; wenn die Kapitalbindung wegfällt, ist es widersprüchlich, die Eigenständigkeit des Steuerrechts hochzuhalten.

Dass durch eine Anknüpfung ans Insolvenzrecht¹³⁵ nicht mehr nach dem Veranlassungszusammenhang gefragt würde, der für die Abgrenzung zwischen § 17 und § 20 EStG entscheidend sei,¹³⁶ und die bloße insolvenzrechtliche Verstrickung keine gesellschaftliche Veranlassung auslösen könne,¹³⁷ vermag nicht zu überzeugen, da der Gesetzgeber mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Abs. 5 InsO eine Typisierung vornimmt, die hinzunehmen ist. Die Frage nach gesellschaftlicher Veranlassung stellt sich mit §§ 39 Abs. 1 Nr. 5,

¹³⁰ Vgl. G. Hölzle, DStR 2007, 1185 (1190); insofern zu kurz gegriffen C. Bode, DStR 2009, 1781 (1783).

¹³¹ S.o. II.1.b.aa.(2).(b).(bb).

¹³² S. B. Heuermann, NZG 2009, 841 (845).

¹³³ FG Köln vom 20.03.2014 – 3 K 2518/11, EFG 2014, 2136, II. 3. d).

¹³⁴ Ähnl. T. Maciejewski, GmbHHR 2012, 1335 (1346).

¹³⁵ S.o. II.1.b.aa.(2).(b).(dd).

¹³⁶ I. Oellerich, in: Bordewin/Brandt, EStG, 399. Aktualisierung September 2017, § 17 Rn. 316.

¹³⁷ J. Moritz, DStR 2014, 1636 (1641); A. Grüne a.a.O. (84).

Abs. 5 InsO, § 20 Abs. 2 EStG überhaupt nicht mehr.¹³⁸ Sämtliche ausgefallenen Gesellschafterforderungen zu berücksichtigen würde auch nicht über das durch das objektive Nettoprinzip Gebotene hinausgehen;¹³⁹ jeder Gesellschafter erleidet Verluste *gerade weil* er Gesellschafter ist.¹⁴⁰ § 35 Abs. 1 Nr. 5 InsO schreibt einen Rangrücktritt vor, wie er nach früherer Rechtslage krisenbestimmten Darlehen gleichgestellt wurde.¹⁴¹ Der BFH möchte die Entscheidung zur Fremdfinanzierung zwar respektieren;¹⁴² auch die Gesellschafter-Fremdfinanzierung ist aber nun von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO erfasst. Insofern wäre der Einordnung des Gesetzgebers Folge zu leisten und dem Nettoprinzip gerecht zu werden.

b. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S. 2 EStG

§ 20 Abs. 2 S. 2 EStG setzt anders als § 17 Abs. 4 S. 1 EStG die Auflösung nicht der Veräußerung gleich.¹⁴³ In § 20 Abs. 2 S. 2 EStG ist aber die Rückzahlung auf Kapitalforderungen erfasst. Gewinn ist nach § 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 1 EStG der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Rückzahlung und den Anschaffungskosten der Darlehensforderung.

Eine Rückzahlung in Höhe des gemeinen Werts einer Darlehensforderung (der gerade von der zu erwartenden Rückzahlung abhängt) könnte den Wertverlust genauso realisieren wie ihre Veräußerung. Der Höhe der Rückzahlung müssten ihre Anschaffungskosten gegenübergestellt werden (§ 20 Abs. 4 S. 1 EStG), um einen Verlust zu erfassen.

aa. Verdrängung nach § 20 VIII EStG, Konkurrenzen

Die Annahme nachträglicher Anschaffungskosten war subsidiär, weil es sich im Grunde um richterliche Rechtsfortbildung handelte.¹⁴⁴ Hieran ist zu erinnern, sofern vorgetragen wird, § 17 EStG sei bei gesellschaftlicher

¹³⁸ Ähnl. *M. Groh*, FR 2008, 264 (267); *H. Ott*, DStZ 2010, 623 (633).

¹³⁹ So aber *C. Graw* a.a.O. (255).

¹⁴⁰ Ähnl. *G. Hölzle*, DStR 2007, 1185 (1190 f.).

¹⁴¹ Vgl. BFH vom 24.04.1997 – VIII R 16/94, BFHE 183, 402, BStBl. II 1999, 399, II. 3. c); offengelassen in BFH vom 16.04.1991 – VIII R 100/87, BFHE 165, 31, BStBl. II 1992, 234, I. c).

¹⁴² BFH vom 24.04.1997 – VIII R 23/93, BFHE 183, 397, BStBl. II 1999, 342 u.a.

¹⁴³ *F. Kleinmanns*, DStR 2009, 2359 (2360).

¹⁴⁴ Vgl. *M. Graf* a.a.O. (268); so wohl *J. Moritz*, DStR 2014, 1636 (1645); folgerichtig *M. Desens*, DStR 2019, 1072; s. auch o. a. aa.

Veranlassung nach § 20 Abs. 8 EStG vorrangig.¹⁴⁵ § 17 EStG umschreibt keine „Einkünfte aus der Gesellschaft“, denen Verluste zuzurechnen wären. Vor allem aber ist der Rahmen der Forderungsveräußerung (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG) ein anderer als der der Beteiligungsveräußerung (§ 17 EStG). Der Wertverlust einer Forderung besitzt eine andere Qualität.¹⁴⁶ Der Sache nach gleiche Aufwendungen können nicht hier als nachträgliche Anschaffungskosten der Beteiligung und dort als Anschaffungskosten der Forderung behandelt werden. Eine Konkurrenz tritt nicht ein; § 20 Abs. 8 S. 1 EStG ist nicht einschlägig.

Dem Argument, dass durch die Zuordnung zu § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG auch die Abzugsbeschränkungen der § 20 Abs. 6 S. 1, Abs. 9 1 Halbs. 2 EStG greifen würden, was eine ungerechtfertigte Schlechterstellung gegenüber der auch einschlägigen Zuordnung zu den Einkünften aus § 17 EStG darstellen würde,¹⁴⁷ ist neben dem davon völlig unabhängigen Wegfall der Einschlägigkeit von § 17 EStG zu entgegnen, dass dem Nettoprinzip umgekehrt durch die Ausnahme des § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG viel eher Rechnung getragen wird, da mit dieser Norm der Zurechnungsgedanke¹⁴⁸ mit der Beteiligungsgrenze von 10% durch den Gesetzgeber typisiert wird.

bb. Veräußerung und verfassungskonforme Auslegung

(1) *Geltende Rechtslage*

Eine Veräußerung wäre nicht deshalb abzulehnen, weil mit 0,- € keine Gegenleistung vorliegt;¹⁴⁹ eine Forderung, die 0,- € zählt, kann zu 0,- € „veräußert“ werden.¹⁵⁰ Es ist mit Blick auf das Nettoprinzip nicht einzusehen, weshalb derjenige, der einen Totalausfall erleidet, auch noch steuerlich (so

¹⁴⁵ So A. Grüne (78, 88); A. Pung/T. Werner, in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, EStG, 2014, § 17 Tz. 307 und 91. Erg.-Lfg. November 2017, § 17 Tz. 332; E. Dötsch, W. Schön, D. Gosch, in: Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2009/2010, 260 (271 ff.); J. Moritz a.a.O. (1642); C. Bode, DStR 2009, 1781 (1783); I. Oellerich, in: Bordewin/Brandt, EStG, 399. Aktualisierung September 2017, § 17 Rn. 317 m.w.N.

¹⁴⁶ Vgl. C. Bode, DStR 2009, 1781 (1783).

¹⁴⁷ J. Moritz, DStR 2014, 1636 (1642).

¹⁴⁸ S. B. Heuermann, DStZ 1994, 229 (230).

¹⁴⁹ So aber BMF vom 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85, Rz. 60.

¹⁵⁰ BFH vom 12.06.2018 – VIII R 32/16, BStBl. II 2019, 221; vom 5.3.1991 – VIII R 163/86, DStR 1991, 840, BStBl. II 1991, 630; J. Moritz, DStR 2014, 1636 (1643 f.); ders./J. Strohm, DB 2018, 86 (90); G. Förster/T. v. Cölln, DB 2017, 2886 (2889).

viel) schlechter stehen soll als der, der eine Rückzahlung in Höhe von 1,- € erlangen kann,¹⁵¹ der mit der höheren Leistungsfähigkeit könnte weit mehr Verluste geltend machen als umgekehrt: 1,- € wären eine verlustreiche weil unvollständige Rückzahlung, 0,- € wäre nicht einmal eine Rückzahlung, weshalb keine steuerliche Erfassung erfolgt.

Durch die Einbeziehung der Vermögenssphäre in die Besteuerung wird eine steuerliche Gleichbehandlung der Kapitaleinkünfte mit Gewinneinkünften erreicht,¹⁵² welche nach Art. 3 Abs. 1 GG nicht ausschließlich bei der Berücksichtigung von Verlusten durchbrochen werden darf.¹⁵³ Es verstieße gegen das Gebot der Folgerichtigkeit, wenn Gewinne durch Rückzahlung, aber nicht Verluste durch Nicht-Rückzahlung berücksichtigt würden.¹⁵⁴ Eine verfassungskonforme Auslegung erscheint demgegenüber geboten und sachdienlich.¹⁵⁵

(2) Ausblick

Dies kann auch für die Beurteilung aktueller Gesetzgebungsvorhaben fruchtbar gemacht werden. Der Vorschlag des BMF im Referentenentwurf zum JStG 2019, die Uneinbringlichkeit einer Forderung, die Übertragung wertloser Wirtschaftsgüter und vergleichbare Ausfälle von der Veräußerung nach § 20 Abs. 2 S. 2 EStG ausdrücklich auszuschließen (§ 20 Abs. 2 S. 3 EStG-RefE),¹⁵⁶ wurde im Regierungsentwurf übernommen.¹⁵⁷ Dieser sieht allerdings zusätzlich eine Kodifizierung der früheren Rechtsprechung

¹⁵¹ C. Bode, DStR 2009, 1781 (1783); H.-J. von Beckerath, in: Kirchhof, EStG, 2018, § 20 Rn. 144.

¹⁵² Ähnl. P. Aigner, DStR 2016, 345 (347).

¹⁵³ F. Schmitt-Homann, BB 2010, 351 (353 f.).

¹⁵⁴ Ausdrücklich BFH vom 24.10.2017 – VIII R 13/15, BB 2018, 99, II. 1. b) cc); eindeutig auch BVerfG vom 9.12.2008 – 2 BvL 1/07, DStR 2008, 2460, NJW 2009, 48, Tz. 62; arg. F. Schmitt-Homann, BB 2010, 351 (353); ähnl. A. Jansen, DStR 2016, 2729 (2731 f.); J. Moritz/J. Strohm, DB 2018, 86 (89 f. m.w.N.).

¹⁵⁵ A.A. FG Hessen vom 12.04.2018 – 9 K 1053/15, EFG 2018, 1642, Rn. 42 f., Rev. anhängig unter Az. IX R 17/18; M. Jachmann-Michel/D. Lindenberg, in: Lademann, EStG, 227. Nachtrag April 2017, § 20 Anm. 708; ähnl. P. Aigner, DStR 2016, 345, 347 f.; G. Förster/T. v. Cölln, DB 2017, 2886 (2889).

¹⁵⁶ Art. 2 Nr. 10 b) RefE für ein Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften („JStG 2019“).

¹⁵⁷ Art. 2 Nr. 11 b) RegE für ein Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung der Elektromobilität und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften („JStG 2019“).

des BFH¹⁵⁸ in § 17 Abs. 2a EStG-RegE vor.¹⁵⁹ Es soll damit eine Rechtsprechung festgehalten werden, die darauf beruhte, dass es § 20 Abs. 2 EStG nicht gab.¹⁶⁰ Dass dies nicht ohne logische Reibungen gelingen kann, liegt auf der Hand und soll im Folgenden erörtert werden.

(a) Dogmatischer Ansatz: Quellenzuordnung

Mit § 17 Abs. 2a EStG-RegE werden die Verluste aus Finanzierungshilfen der Beteiligung zugerechnet, während § 20 Abs. 2 S. 3 EStG-RegE sie ausdrücklich von der Erfassung als Veräußerung einer Forderung ausschließt. Die historische Zuordnung von Verlusten zur Quelle „Beteiligung“ und die damit verbundene Erfassung als nachträgliche Anschaffungskosten beruhte darauf, dass die Gewährung von Finanzierungshilfen diese zivilrechtlich ins Eigenkapitalersatzrecht führte und entsprechende Verluste der Beteiligung deshalb zuzuordnen waren, weil der Gesellschafter die Finanzierungshilfe *als Gesellschafter* gewährt hatte. Darlehen als solche waren im Privatvermögen nicht als Quelle erfasst, weshalb das Kriterium der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung sicherstellen sollte, dass ein hinreichender (Veranlassungs-) Zusammenhang mit der Beteiligung bestand.¹⁶¹ Mit dem UntStRefG 2008 wurde die steuerliche Erfassung von Forderungen als Quelle eingeführt. Davon sind grundsätzlich auch Forderungen eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft erfasst, unabhängig davon, aus welchen Gründen sie gewährt wurden (§ 20 Abs. 2 S 1 Nr. 7, § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG). Mit § 17 Abs. 2a EStG-RegE soll nun eine unterschiedliche Erfassung von Forderungen eingeführt werden: gesellschaftsrechtlich veranlasste, und nicht gesellschaftsrechtlich veranlasste.

Erstere sollen – im Falle ihres Verlusts und bei einer Beteiligung ab 1% – der Quelle „Beteiligung“ zugeordnet werden (wie es der BFH selbst in ständiger Rechtsprechung getan hat). § 20 Abs. 2 EStG würde nach § 20 Abs. 8 EStG gegenüber § 17 Abs. 2a EStG-RegE wohl zurücktreten, da die gleiche Forderung steuerlich nicht doppelt erfasst sein kann.¹⁶²

¹⁵⁸ S.o. II.1.b.aa.(2).(a).

¹⁵⁹ Art. 2 Nr. 10 JStG 2019-RegE.

¹⁶⁰ Ähnl. N. Trossen, GmbH-StB 2019, 307 (310).

¹⁶¹ S.o. II.2.a.bb.

¹⁶² S. auch oben II.1.a.

Zweitens dagegen bleiben im allgemeinen „Pool“ des § 20 Abs. 2 EStG – mit allen daraus entstehenden Nachteilen, darunter § 20 Abs. 6 EStG, insbesondere aber § 20 Abs. 2 S. 3 EStG-RegE. Sie sind weiterhin als eigenständige Quelle „Forderung“ verstrickt. Diese Quelle war allerdings steuerlich noch irrelevant, als der BFH seine Rechtsprechung entwickelte.

Die Differenzierung zwischen „der Beteiligung zuzurechnenden Forderungen“ (§ 17 Abs. 2a EStG-RegE) und „Forderungen als Quelle für sich“ (§ 20 Abs. 2 EStG) erscheint an sich vertretbar, wenn sie konsequent vollzogen wird. Wenn Verluste aus gesellschaftsrechtlich veranlassten Finanzierungshilfen der Quelle „Beteiligung“ zugeordnet werden, müssten entsprechende Gewinne konsequenterweise – man möchte sagen: folgerichtig – die Anschaffungskosten nachträglich mindern.

Geht man davon aus, dass das Positive wie das Negative zu behandeln ist – d.h. Gewinne wie Verluste –, müssten durch Gewinne aus der Veräußerung (oder veräußerungsgleichen Tatbeständen nach § 17 Abs. 4 S. 1 EStG) einer solchen Rückzahlungsforderung die Anschaffungskosten der Beteiligung (nachträglich) gemindert werden; insbesondere dürfte dieser „Gewinn“ dann erst bei der Veräußerung besteuert werden (§ 17 Abs. 1 EStG).

Demgegenüber werden aber Gewinne aus der Veräußerung etwa einer Forderung aus einem aus gesellschaftsrechtlicher Veranlassung gewährten Gesellschafterdarlehen weiterhin von § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG erfasst. Während also die Gewinne unbedingt – ob 1% Beteiligung oder nicht, ob gesellschaftsrechtlich veranlasst oder nicht – dem Regime des § 20 Abs. 2 EStG unterfallen (der Quelle „Forderung“ zugeordnet werden), sollen Verluste grundsätzlich nach § 20 Abs. 2 S. 3 EStG-RegE vom Abzug ausgeschlossen und (nur) unter bestimmten Umständen von § 17 Abs. 2a EStG-RegE erfasst werden und dem Teileinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40, § 3c Abs. 2 EStG) unterfallen (Zuordnung zur Quelle „Beteiligung“). Nur Verluste aus dem Untergang von Forderungen aus Finanzierungshilfen werden bei wesentlicher Beteiligung und gesellschaftsrechtlicher Veranlassung aus dem eigentlichen steuerlichen Kontext der Forderung (§ 20 Abs. 2 EStG) herausgerissen und einem anderen Regime unterworfen.

Sofern die Differenzierungsmerkmale diese Differenzierung nachvollziehbar machen, könnte sie zulässig sein. Dass aber zugleich Gewinne undifferenziert § 20 Abs. 2 EStG zugeordnet und besteuert werden (ohne Rück-

sicht auf Beteiligungshöhe oder Grund der Gewährung der Finanzierungshilfe), führt zu einer schwer zu rechtfertigenden Unterscheidung zwischen Gewinnen und Verlusten.¹⁶³

Der Regierungsentwurf begründet § 20 Abs. 2 S. 3 EStG-RegE damit, dass nach § 20 Abs. 2 EStG nur der entgeltliche Rechtsträgerwechsel der Besteuerung unterworfen werden sollte.¹⁶⁴ Dies wird aber nicht weiter ausgeführt. Richtig ist, dass durch einen Rechtsträgerwechsel (positive wie negative) stille Reserven realisiert werden; er löst also die Besteuerung aus. Richtig ist auch, dass (im Sinne des o.g. „actus contrarius“-Gedanken) auch Wert erhöhungen nicht vor Eintritt eines Realisationsmoments – § 20 Abs. 2 EStG – besteuert werden. Insofern ist der schlichte Ausfall einer Forderung problematisch.

Dem hat der BFH allerdings abgeholfen, indem er darauf abstellt, dass endgültig feststehen muss, dass keine Rückzahlungen (mehr) erfolgen.¹⁶⁵ Inwiefern in der Rückzahlung als veräußerungsgleichem Tatbestand (§ 20 Abs. 2 S. 2 EStG) ein Rechtsträgerwechsel liegt (wovon der Regierungsentwurf offenbar ausgeht), wird auch nicht ausgeführt. § 362 BGB kann hierfür kaum ausreichen: danach erlischt die Forderung.

(b) Gesellschaftsrechtliche Veranlassung

Ein Abstellen auf gesellschaftsrechtliche Veranlassung erscheint vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung eigentlich nicht weiter problematisch. Auf das Kriterium der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung hat der BFH aber abgestellt, bevor mit der Abgeltungsteuer Wertveränderungen auf Ebene der Quelle im Privatvermögen (§ 20 Abs. 2 EStG) überhaupt steuerlich erfasst wurden.

Auch ein Gesellschafter, der zu weniger als 1% beteiligt ist, kann theoretisch eine Finanzierungshilfe aus reiner gesellschaftsrechtlicher Veranlassung gewähren.¹⁶⁶ Die Nichtberücksichtigung dieser Möglichkeit könnte aber noch im Bereich zulässiger Typisierung liegen. Auch die Schwelle des § 35 Abs. 5 InsO ist noch lange nicht erreicht.

¹⁶³ Ebenso BR-Drs. 356/19, S. 30 ff.; M. Eichholz, GmbH-StB 2019, 271 (278 ff.); s. außerdem o. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden..

¹⁶⁴ JStG 2019-RegE, S. 127.

¹⁶⁵ BFH vom 24.10.2017 – VIII R 13/15, BB 2018, 99, II. 1. c).

¹⁶⁶ S.o. II.2.a.bb.

Die Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung einer Forderung oder aus der Rückzahlung eines Darlehens nach § 20 Abs. 2 EStG hängt aber nicht davon ab, ob ein Gesellschafter das Darlehen oder die Forderung mit gesellschaftsrechtlicher Veranlassung gewährt bzw. begründet hat. Dass dies unter Folgerichtigkeitsgesichtspunkten problematisch ist, wurde bereits dargelegt.

Erfasst sind Finanzierungshilfen von Gesellschaftern mit einer Beteiligung von mindestens 1% (§ 17 Abs. 1 S. 1 EStG). Gesellschafter mit einer Beteiligung unter 1% können den Ausfall dagegen steuerlich überhaupt nicht geltend machen, gesellschaftsrechtliche Veranlassung hin oder her (§ 20 Abs. 2 S. 3 EStG-RegE).¹⁶⁷

Dass die steuerliche Berücksichtigung von Gewinnen, nicht aber von (Total-) Verlusten nach § 20 Abs. 2 EStG (beachte § 20 Abs. 2 S. 3 EStG-RegE) gegen das Folgerichtigkeitsgebot verstößt, bedarf keiner vertieften Analyse.¹⁶⁸ Die „Abhilfe“ nach § 17 Abs. 2a EStG-RegE ist auf u.a. nach der Beteiligungshöhe zu bestimmende „Gesellschafter-Quellen“ beschränkt. Wenn dies für die Gewinne auch gälte (!) – wie es zu Zeiten der Entwicklung der Rechtsprechung des BFH der Fall war: damals wurden auch die Gewinne durch Wertzuwachs von Forderungen im Privatvermögen gar nicht erfasst – oder für andere „Gesellschafter-Quellen“ (Forderungen aus Finanzierungshilfen von geringfügig beteiligten Gesellschaftern oder Dritten) eine eigene steuerliche Erfassung (gerade auch von Verlusten!) vorgesehen wäre, wäre daran nichts auszusetzen; das ist aber gerade nicht vorgesehen.

Wie die nunmehr geplante Differenzierung zwischen wesentlich (1%) und nicht wesentlich beteiligten Gesellschaftern verfassungsrechtlich rechtfertigt sein soll, wenn der Vermögensstamm, in Gestalt des Wertzuwachses einer Kapitalertragsquelle (Beteiligung oder Forderung), im Positiven (bei Zugewinn) unabhängig von der Beteiligungshöhe immer verstrickt ist (anders noch vor UntStRefG 2008), ist nicht ersichtlich. Den Gewinn aus der Veräußerung einer Forderung – ob gegen die eigene Gesellschaft oder gegen einen Dritten – muss auch ein unter 1% beteiligter Gesellschafter nach § 20 Abs. 2 S. 2 EStG versteuern. Dass der Ausfall einer solchen Forderung

¹⁶⁷ Zur Möglichkeit ihres Vorliegens auch bei geringfügiger Beteiligung s. o. a. bb.

¹⁶⁸ Im Rückschluss BFH vom 24.10.2017 – VIII R 13/15, BB 2018, 99, II. 1. b) cc); im Ergebnis ebenso *K. Hahne/T. Michaelis*, RdF 2019, 196 (197); ähnl. *J. Dahm/D. Hoffmann*, DStR 2019, 1239 (1246).

nur unter bestimmten Umständen berücksichtigt werden soll, dann aber auch umqualifiziert und einem anderen Regime unterworfen wird, ist unter Folgerichtigkeitsgesichtspunkten hochproblematisch.

Im Ergebnis kann es aus der Perspektive der gesellschaftlichen Veranlassung heraus noch als zulässige Typisierung angesehen werden, nur zu mindestens 1% beteiligte Gesellschafter im Rahmen des § 17 EStG zu erfassen. Bezogen auf die Erfassung von Verlusten (aus) einer Einkunftsquelle *überhaupt* ist es aber nicht zu rechtfertigen, dass nur der Ausfall ganz bestimmter Quellen ganz bestimmter Veranlassung bei ganz bestimmten Gläubigern steuerlich berücksichtigt werden soll, während Gewinne ohne Rücksicht auf Veranlassung oder Beteiligungshöhe unterschiedslos besteuert werden.

Aus dem Voranstehenden folgt, dass der Regierungsentwurf in der Fassung vom 31.07.2019 voraussichtlich als verfassungsrechtlich hochproblematisch betrachtet werden kann. Was sich zudem aus seiner Rückwirkung (§ 52 Abs. 1 EStG)¹⁶⁹ für die Beurteilung von Fällen in aktuellen Veranlagungszeiträumen ergeben wird, soll dahinstehen.

Der Bundesrat ist der Empfehlung des Finanz- und des Wirtschaftsausschusses¹⁷⁰ gefolgt und hat sich aufgrund ebensolcher Bedenken in seiner Stellungnahme vom 20.09.2019¹⁷¹ für eine ersatzlose Streichung von Art. 2 Nr. 11 des Regierungsentwurfs ausgesprochen. Die Rückwirkungsregelung hat er ebenfalls als problematisch eingestuft.¹⁷² Die Gegenäußerung der Bundesregierung verspricht die „Prüfung“ dieses Vorschlags.

III. Fazit

Auch nach dem MoMiG und dem UntStRefG 2008 bleibt die Berücksichtigung von Verlusten durch das Nettoprinzip dort geboten, wo Gewinne besteuert werden. Mit Einbeziehung des Vermögensstamms nach § 20 Abs. 2 EStG werden Verluste dogmatisch sauber und speziell erfasst. Durch das MoMiG hat sich im Grunde nur die Art der Verstrickung geändert;¹⁷³

¹⁶⁹ JStG 2019-RegE, S. 128.

¹⁷⁰ BR-Drs. 356/1/19, Ziffer 29 b).

¹⁷¹ BR-Drs. 356/19.

¹⁷² BR-Drs. 356/19, S. 30 ff.

¹⁷³ Vgl. K. Schmidt, GmbHHR 2009, 1009 (1010); M. Groh, FR 2008, 264 (267).

die steuerliche Erfassung wird vor allem durch das UntStRefG 2008 berührt. Der Rückgriff auf „nachträgliche Anschaffungskosten“, die weder die Beteiligung erhöhen noch irgendwie zur Anschaffung von irgendetwas dienen, der aber vom Nettoprinzip geboten war, ist nunmehr überflüssig. Systematisch ist mit der vorgeschlagenen Lösung (§ 20 Abs. 2 S. 2 EStG) eine saubere Trennung möglich: § 17 EStG ist für die Veräußerung der Beteiligung selbst ab einer Beteiligung von 1%, § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG bei niedrigerer Beteiligung einschlägig, und § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 i.V.m. S. 2 EStG erfasst (Wert-) Verluste von Forderungen,¹⁷⁴ sofern bei Begründung der Forderung Einkünfteerzielungsabsicht vorlag.¹⁷⁵

Mögliche Änderungen der Rechtslage durch ein JStG 2019 sind bereits jetzt bei der Wahl der Finanzierungsmittel zu beachten, aber noch kaum endgültig vorhersehbar. Noch nicht absehbare Änderungen im Gesetzgebungsverfahren sowie Rückwirkungs- und verfassungsrechtliche Fragestellungen machen die materielle Rechtslage komplexer, als im Rahmen dieses Beitrags abschließend erörtert werden könnte.

¹⁷⁴ IE. zust. M. Schüppen, in: Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2009/2010, 260 (277).

¹⁷⁵ Vgl. P. Aigner, DStR 2016, 345 (349); G. Kahlert, DStR 2018, 229 (231).