

I. Uneinbringliche Gesellschafterdarlehen ab 2009

Fallgruppen nachträglicher Anschaffungskosten i.S. des § 17 EStG

Fallgruppen (BMF-Schreiben v. 21.10.2010, BStBl I 2010, S. 832)	Höhe der Anschaffungskosten	Neue Rechtslage (ab 27.9.2017)
(1) Stehengelassene Darlehen	gemeiner Wert bei Beginn der Krise: häufig 0 €	keine Berücksichtigung als nachträgliche Anschaffungskosten (BFH, Urt. v. 11.7..2017, IX R 36/15, DStR 2017, S. 2098)
(2) Hingabe des Darlehens in der Krise	Nennwert	
(3) Vertraglich krisenbestimmte Darlehen (Gesellschafter erklärt bereits vor Eintritt der Krise verbindlich, dass er das Darlehen auch in einer Krise stehen lassen wird)	Nennwert	
(4) Finanzplandarlehen (krisenunabhängig gesellschaftsrechtlich den Einlagen gleichgestellte Darlehen)	Nennwert	Die Bindungen für sog. Finanzplandarlehen ergeben sich nicht aus dem Eigenkapitalersatzrecht, sondern aus den vertraglichen Vereinbarungen und Bindungen der Gesellschafter. (BMF-Schreiben v. 21.10.2010, BStBl I 2010, S. 832, Tz. 3. c)) → wohl weiterhin als nachträgliche Anschaffungskosten berücksichtigungsfähig

Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung

BFH, Urt. v. 11.7.2017, IX R 36/15, DStR 2017, S. 2098

1. Mit der **Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG ist 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**.
2. Aufwendungen des Gesellschafters aus seiner Inanspruchnahme als **Bürge** für Verbindlichkeiten der Gesellschaft führen **nicht mehr zu nachträglichen Anschaffungskosten** auf seine Beteiligung.
3. Die **bisherigen Grundsätze** zur Berücksichtigung von nachträglichen Anschaffungskosten aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen sind **weiter anzuwenden**, wenn der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe **bis zum Tag der Veröffentlichung dieses Urteils geleistet** hat oder wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters **bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden** ist. “

Vertrauensschutz

Die bisherigen Grundsätze zur Berücksichtigung von nachträglichen Anschaffungskosten sind weiter anzuwenden

- in Fällen, in denen der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe **bis zum 27.9.17** (Tag der Veröffentlichung des Urteils) **geleistet** hat **oder** wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters **bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden** ist (Rz. 40 ff.) und
- **soweit dies für den Steuerpflichtigen günstig ist.**

Berücksichtigung der Darlehensverluste bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 2 EStG)?

- Teile der Literatur haben sich schon bisher für eine grundsätzliche **Berücksichtigung** von Forderungsausfällen im Privatvermögen im Rahmen des **§ 20 Abs. 2 EStG** ausgesprochen und zwar **unabhängig von der Beteiligungshöhe** (Niemeyer/Stock, DStR 2011, S. 445 (446); Aigner, DStR 2016, S. 345 (349); Weber-Grellet, in: Schmidt, § 20 EStG, Rz. 126; Bayer, DStR 2009, 2397 (2402))
- Nach bisheriger Auffassung der FinVerw sollte ein Abzug nach § 20 Abs. 2 EStG wegen des Vorrangs des § 17 EStG nicht möglich sein (OFD Frankfurt, Verf. v. 11.9.2013, DStR 2013, S. 2221)

OFD Frankfurt a.M., Verf. v. 11.9.2013, DStR 2013, S. 2221

„Entgegen der in der Literatur vertretenen Auffassung fällt der Darlehensausfall eines Zwerganteilsgesellschafters infolge der Insolvenz der Gesellschaft nicht unter § 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG, da § 17 EStG wegen § 20 Abs. 8 EStG vorrangig Anwendung findet.“
--

- Diese Konkurrenz besteht jetzt nicht mehr, so dass die FinVerw ihren Erlass ändern muss.
- Der BFH weist zwar darauf hin, dass nach Teilen des Schrifttums Forderungsausfälle nur noch bei den Einkünften aus Kapitalvermögen (§ 20 II EStG) zu erfassen sei, geht darauf jedoch nicht näher ein.

- Verlustberücksichtigung im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG nur bei **Realisation durch Verkauf**
- Der bloße Forderungsausfall ist nach Auffassung der FinVerw **kein Realisierungstatbestand iSd § 20 Abs. 2 EStG** (BMF-Schr. v. 18.1.2016, BStBl. I 2016, S. 85, Rz. 60; ebenso: Ratschow, in: Blümich, § 20 EStG, Rz. 353a)
- **Selbst bei Totalausfall** aufgrund von Insolvenz des Schuldners keine Berücksichtigung ohne Realisation möglich (FG Düsseldorf v. 11.3.2015, 7 K 3661/14, DStRE 2016, S. 523, Rev. BFH VIII R 13/15)
- Einkünfte aus ungesicherten Bürgschaftsgewährungen von Gesellschafter-Geschäftsführern fallen unter § 22 Nr. 3 EStG (nicht § 20 Abs. 2 EStG und nicht unter § 15 EStG (BFH-Beschl. v. 26.7.2006, X B 58/06, BFH/NV 2006, S. 1837; BFH-Urt. v. 11.1.1966, I 53/63, BStBl. III 1966, S. 218)

Rechtsfolgen bei Berücksichtigung des Verlustes im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG

a) Höhe des berücksichtigungsfähigen Verlustes

bisher: 60 % (TEV), sofern nachträgliche Anschaffungskosten anerkannt wurden

ab 2009: 100 % im Rahmen § 20 Abs. 2 EStG

b) Verrechenbarkeit mit anderen Einkünfte

Darlehen bei Beteiligung < 10 % (Abgeltungsteuer)

- Wertverluste aus Darlehen sind nur verrechenbar mit Kapitalerträgen, die der Abgeltungsteuer gem. § 32d Abs. 1 EStG unterliegen.
- Verluste aus Kapitalvermögen dürfen **nicht mit Einkünften anderer Einkunftsarten** ausgeglichen werden (§ 20 Abs. 6 EStG)
- Verluste aus Kapitaleinkünften, die der Abgeltungsteuer unterliegen, dürfen nicht mit positiven Erträgen aus Kapitaleinkünften, die der tariflichen Steuer nach § 32 d Abs. 2 EStG unterliegen, verrechnet werden (vgl. BMF-Schr. v. 18.1.16, BStBl. I 2016, S. 85; Rz. 119a; FG Rheinland-Pfalz v. 22.1.14, 2 K 1485/12, EFG 2014, S. 1195 (rkr.))

Darlehen bei Beteiligung > 10 % (tarifliche Einkommensteuer)

- Wertsteigerungen aus Darlehen unterliegen gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Bst. b) EStG nicht der Abgeltungsteuer, sondern dem tariflichen Einkommensteuersatz. Kein TEV, sondern vollumfängliche Berücksichtigung des Verlustes.
- Die Verluste können **mit allen positiven Einkünften** ausgeglichen werden. § 20 Abs. 6 EStG findet keine Anwendung (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 S. 2 EStG).

Darlehen bei mittelbarer Beteiligung

- **Bei Beherrschung (> 50 %)**

Darlehensgewährungen an eine Tochtergesellschaft unterliegen nur dann nicht der Abgeltungsteuer, wenn der Gesellschafter die Obergesellschaft beherrscht (BFH-Urt. v. 20.10.2016, VIII R 27/15, BStBl. II 2017, S. 441)

- **Ohne Beherrschung**

Darlehenszinsen und Gewinne iSd § 20 Abs. 2 EStG unterliegen der Abgeltungsteuer

Darlehensverluste sind daher nicht mit tariflichen Einkünften verrechenbar

**Besserstellung von Darlehensverlusten nach neuer Rechtslage
(Darlehensgewährung ab 1.1.2009)**

Beteiligungshöhe	Bisher		§ 20 Abs. 2 EStG
kleiner 10 %	Keine nachträglichen Anschaffungskosten <small>(BMF-Schr. v. 21.10.2010, BStBl I 2010, S. 832, Tz. 5)</small>		Nennwert Darlehen 100 % verrechenbar Abgeltungsteuer
größer 10 %	stehengelassen	Teilwert bei Krisenbeginn (= 0)	100 % verrechenbar alle tariflichen Einkünfte
	krisenbestimmt	60 % des Nennwerts des Darlehens (TEV)	

→ **Vertrauensschutz nicht notwendig**

Alt-Darlehensfälle

- Auf Darlehen, die vor dem 1.1.2009 gewährt wurden, ist § 20 Abs. 2 EStG 2009 nicht anwendbar (§ 52 Abs. 28 Satz 16 EStG).
Währungsgewinne sind nicht steuerbar, Verluste wegen Uneinbringlichkeit nicht absetzbar.
- Um die Abzugsfähigkeit von Darlehensverlusten sicherzustellen, müssen Altdarlehen getilgt und neue Darlehen ausgereicht werden.

Vertrauensschutz-Entscheidung des BFH verhindert rückwirkende Anwendung der neuen Grundsätze nicht

In einigen Urteilsanmerkungen wird der Vertrauensschutz so verstanden, als wäre die neue Rechtslage vor dem 27.9.17 generell nicht anwendbar. Das trifft nicht zu:

Pressemitteilung* des BFH Nr. 60/17 v. 27.9.17:

„[...] Der BFH gewährt jedoch Vertrauensschutz in die bisherige Rechtsprechung für alle Fälle, in denen der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung des Urteils am 27. September 2017 geleistet hat oder wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist. Diese Fälle sind daher, **wenn es für die Steuerpflichtigen günstiger ist**, weiterhin nach den bisher geltenden Grundsätzen zu beurteilen. So lag es im Streitfall. Die Bürgschaften des Klägers waren bereits im Zeitpunkt ihrer Hingabe eigenkapitalersetzend. [...]“

Ratschow, E., BFH/PR 2017, S. 187:

„Altfälle [...] werden nach den bisherigen Regeln behandelt, **sofern dies im Einzelfall günstiger ist.**“

Schießl, H., StuB 2017, S. 765:

„Die bisherigen Grundsätze zur Berücksichtigung von nachträglichen Anschaffungskosten aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen sind weiter anzuwenden, wenn der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum Tag der Veröffentlichung dieses Urteils (27.9.2017) geleistet hat oder wenn eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist. Solche Fälle werden daher, **wenn es für Stpfl. günstiger ist**, nach den bisher geltenden Grundsätzen beurteilt. [...]“

* <https://www.bundesfinanzhof.de/pressemitteilungen>

Bürgschaftsfälle

Bisher

Analoge Anwendung der Darlehensgrundsätze, d.h.

- keine nachträglichen Anschaffungskosten bei
 - Beteiligungen < 10 % und
 - stehengelassenen Bürgschaften
- nachträgliche Anschaffungskosten nur bei krisenbestimmten Darlehen und Beteiligungen > 10 % mit 60 %-iger Abzugsfähigkeit

Neue Rechtslage

- Bürgschaftseinkünfte fallen unter § 22 Nr. 3 EStG; Verluste sind daher als private Vermögensverluste nicht absetzbar
- Daher bleibt alte Rechtslage aus Vertrauensschutzgründen anwendbar

1. BFH v. 11.7.2017, IX R 36/15, DStR 2017, S. 2098

Der Vater des Klägers war bis 2010 alleiniger Gesellschafter der A-GmbH. Zur Umgestaltung von Geschäftsräumen gewährte die Bank der GmbH 2006 ein Darlehen i.H.v. 170.600 € unter der Bedingung. Aufgrund des Alters des Vaters, bestand die Bank darauf, dass dessen Sohn (der Kläger) eine **selbtschuldnerische Bürgschaft** bis zum Höchstbetrag von 170.000 € übernahm. Der Vater übertrug die Anteile 2010 seinem Sohn

Gesellschafter		Gewinn / Verlust	EK	
	2003 – 2004	- 2.026	k. A.	
Vater 100 %	2005	+ 14.668	37.093	
	2006	2.619	39.711	Bürgschaft Sohn
	2007	- 117.653	- 77.941	
Sohn 100 %	2010			

Der Sohn beantragte im Februar **2011** die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens**, welches im Mai 2011 **mangels Masse abgelehnt** wurde.

Finanzamt: Stehengelassene Bürgschaft → nachträgliche Anschaffungskosten = 0 €

Das FA lehnte die Berücksichtigung der Bürgschaft als nachträglich Anschaffungskosten ab, da sich die GmbH im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme (2006) **nicht in einer Krise befunden** habe, da die GmbH in 2006 einen Jahresüberschuss iHv 2.619 € erzielt habe und der Gewinnvortrag 39.711 € betragen habe.

Krisenbestimmte Bürgschaft

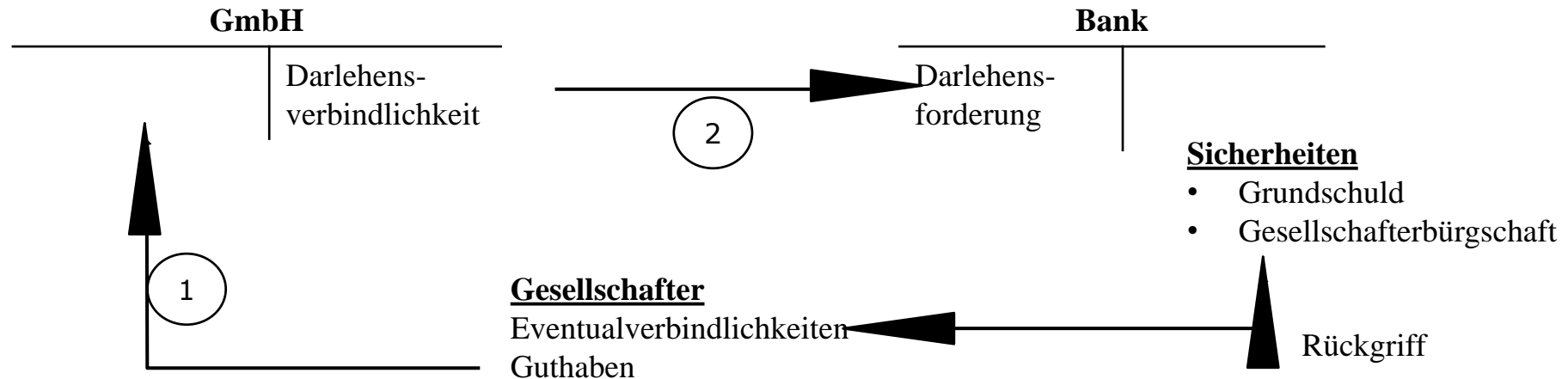
BFH, Urt. v. 24.1.2012, IX R 34/10, DStR 2012, 854

1. Maßgebend für den eigenkapitalersetzenden Charakter von Finanzierungshilfen eines nach § 17 EStG beteiligten Gesellschafters ist, ob er der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), stattdessen ein Darlehen gewährt oder eine dem Darlehen wirtschaftlich entsprechende andere Rechtshandlung ausführt.
2. Die die Krise verursachende Kreditwürdigkeit der Gesellschaft kann sich darin erweisen, dass sich die **Gesellschaft aus eigener Kraft die für ihre gesellschaftsintern geplante und abgestimmte Geschäftsführung erforderlichen Mittel nicht verschaffen** konnte.

BFH: Diese Voraussetzungen lagen auch im Urteil IX R 36/15 vor → nachträgliche Anschaffungskosten 170.000 € zu 60 % steuermindernd

- Es sei unerheblich, dass der Kläger bei Übernahme der Bürgschaften noch nicht Gesellschafter war, da die Übertragung der Geschäftsanteile bereits beschlossene Sache war (Rz. 46).
- Nach den Feststellungen des FG hätte die GmbH das **Darlehen** von der Bank **ohne die Bürgschaft des Sohnes nicht erhalten** weil der Vater zu alt und die GmbH allein daher **kreditunwürdig** war.

2. Sind Gesellschaftereinlagen zur Kredittilgung „in letzter Minute“ missbräuchlich?



1 Bareinlage

2 Tilgung → Freigabe Sicherheiten

Risiko: Im Insolvenzfall könnte eine Gläubigerbenachteiligung diesen Weg verhindern

1999 **Übernahme Bürgschaft** für Verbindlichkeiten gegenüber der Bank. Zusätzlich Absicherung der Kredite durch **Grundschild** auf einem der Mutter des Klägers gehörenden Grundstück

2009 Die GmbH stellt ihren Geschäftsbetrieb ein und veräußert ihr gesamtes AV

Juni bis November 2010 Kläger und die restlichen Gesellschafter leisten **Zuführungen in die Kapitalrücklage**, die zur Tilgung der Bankschulden verwendet werden

Dezember 2010 Die Gesellschafter **veräußern ihre Anteile** zu einem Kaufpreis von 0 €, um § 17-Verlust zu realisieren

Beitrittsaufforderung an das BMF

BFH-Beschl. v. 11.10.2017, IX R 5/15, DStR 2017, S. 2478

„Das BMF wird aufgefordert, dem Verfahren beizutreten, um zu der Frage Stellung zu nehmen, ob **Zuzahlungen**, die der Gesellschafter in das Eigenkapital leistet und die bei der Kapitalgesellschaft als **Kapitalrücklage** auszuweisen sind (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB), bei diesem **in jedem Fall und zu jedem denkbaren Zeitpunkt zu – nachträglichen – Anschaffungskosten** iSd § 255 Abs. 1 S. 1 und 2 HGB **führen** und mithin im Rahmen der Gewinnermittlung nach § 17 Abs. 2 S. 1 EStG zu berücksichtigen sind und ob solche Zuzahlungen einen **Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten** des Rechts (§ 42 AO) darstellen könnten.“

Das **Finanzgericht** wertete die Einzahlungen in die Kapitalrücklage wirtschaftlich als **Ablösung der Grundschuld und der Bürgschaft**:

Nach Sinn und Zweck des steuerrechtlichen Begriffs von Anschaffungskosten sei auf den mit ihnen bewirkten wirtschaftlichen Sachverhalt abzustellen. Als Begründung verweist das FG auf Urteile des BFH zur **Gesamtplanrechtsprechung**.

Soweit die Zahlung an die Bank zur Ablösung der Bürgschaft erfolgt sei, handelt es sich um eine **„stehengelassene“ Bürgschaft**, die nach den Grundsätzen des Eigenkapitalrechts mit ihrem gemeinen Wert im Zeitpunkt des Kriseneintritts anzusetzen ist.

Kein Missbrauch bei Personengesellschaften?

Die Inanspruchnahme des Gesellschafters als Bürge für ein Bankdarlehen wird bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften und Mitunternehmerschaften stets als Einlage angesehen.

FG Baden-Württemberg, Urt. v. 14.11.2014, 13 K 3713/12, EFG 2015, 901, Rz. 23

„Die (steuerrechtliche) Qualifizierung der Zahlung der Klägerin [= Kommanditistin der Schuldnerin] an die U-GmbH [= Gläubigerin] als Kapitaleinlage [in die VuV-KG] – und nicht als Sonderwerbungskosten – stimmt überein mit der Rechtsprechung des BFH zur Behandlung von Fällen, in denen sich ein Kommanditist im Hinblick auf die Zugehörigkeit zur Gesellschaft **für Schulden der Gesellschaft verbürgt** hat und aus der Bürgschaft in Anspruch genommen wird (s. BFH-Urteile vom 4. Juli 1974 IV R 166/70, BStBl II 1974, 677, und vom 19. Januar 1993 VIII R 128/84, BStBl II 1993, 594, unter III.1) sowie von Fällen, in denen ein Gesellschafter **betriebliche Schulden der Personengesellschaft mit privaten Mitteln erfüllt** (s. BFH-Urteil vom 30. November 1977 I R 27/75, BStBl II 1978, 149; s. hierzu Tiede in H/H/R, EStG/KStG, § 15 EStG Anm. 545). Der BFH hat dazu entschieden, dass die Ersatzansprüche, die aufgrund der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft bzw. der Erfüllung betrieblicher Schulden entstehen, zu Eigenkapital werden und ggf. erst bei Beendigung der Gesellschaft im Rahmen der Auseinandersetzung berücksichtigt werden können.“

- Das FG Baden-Württemberg erkennt sogar Direktzahlungen des Gesellschafter-Bürgen an die Bank als Einlagen an, die in Verkürzung des Zahlungsweges zur Kredittilgung geleistet werden.
- Einer echten Einlage die Anerkennung wegen § 42 AO zu versagen, erscheint daher **abwegig**.

Schon nach bisheriger Auffassung von Anfang an als Eigenkapital anzusehende „Darlehen“:

1. **Finanzplandarlehen** (BMF-Schr. v. 21.10.2010, BStBl. I 2010, S. 832, Tz. 3. c)
2. **Haftungslose Darlehen** iSd § 5 Abs. 2a EStG

In diesen Fällen ist die Kapitalüberlassung trotz der Bezeichnung als Darlehen **mit einer Einlage wirtschaftlich vergleichbar** und von Anfang an bzw. bei späterer Vereinbarung als (nachträgliche) Anschaffungskosten der Beteiligung zu behandeln.

Im Falle von Gesellschafterdarlehen, dessen Rückzahlung auf der Grundlage der von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen im Wesentlichen denselben Voraussetzungen unterliegt wie die Rückzahlung von Eigenkapital, können weiterhin (nachträgliche) Anschaffungskosten vorliegen (BFH-Urt. v. 11.7.17, IX R 36/15, DStR 2017, S. 2098, Rz. 38; vgl. Werth, DB 2017, S. 2383)