

wurden, Berücksichtigung. Für diese gelten die von der Rspr. für vorab entstandene BA bzw. WK entwickelten Grundsätze entsprechend (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 4/02, BStBl. II 2004, 597). Vor dem Erwerb der Beteiligung verausgabte Aufwendungen sind als AK zu qualifizieren, wenn sie nach dem endgültigen Entschluss des Stpfl., die Beteiligung zu erwerben, entstanden sind. Hier gilt der allgemeine Grundsatz, dass strechtl. relevante Aufwendungen nur vorliegen, wenn die Beziehung zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart klar erkennbar ist (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339). Die Aufwendungen müssen auch aufgrund der zeitlichen Nähe in einem hinreichend konkreten Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung stehen (FG Münster v. 20.1.2010 – 7 K 5023/07, EFG 2010, 957). Das FG Düss. v. 5.7.2012 (FG Düss. v. 5.7.2012 – 11 K 4602/10 F, EFG 2012, 1839, rkr.) hat diese Nähe bei einem Darlehensengagement des Stpfl. über einen Zeitraum von einem Jahr vor dem Anteilserwerb unstrittig angenommen; uE muss dieser Zeitraum bei Vorliegen eines die Absicht des Erwerbs widerspiegelnden Vorvertrags auch mehrere Jahre umfassen können (und dann ggf. die Rechtsfolgen des Abs. 2 Satz 6 ausschließen, vgl. hierzu Anm. 246 f. zu Abs. 2 Satz 6).

Diese Wertungen sollen nicht auf Aufwendungen anwendbar sein, die dem Stpfl. im Zusammenhang mit einem geplanten, aber fehlgeschlagenen erstmaligen Erwerb einer qualifizierten Beteiligung entstanden sind (BFH v. 20.4.2004 – VIII R 4/02, BStBl. II 2004, 597; BFH v. 7.5.2009 – IX B 221/08, BFH/NV 2009, 1265). Aus denselben Urteilen ergibt sich aber, dass ein Verlust, der einem bereits wesentlich Beteiligten (hierzu sind gem. Abs. 1 auch Anwartschaften auf die Beteiligung zu berücksichtigen, vgl. Anm. 150 f.) durch den angebahnten und letztlich erfolglosen Erwerb weiterer Anteile entsteht, als nachträgliche AK bei den bereits gehaltenen Beteiligungen im Rahmen des § 17 Berücksichtigung finden soll. Systematisch müsste dies uE ebenso für kurzfristig erfolglos verausgabte AK gelten, sofern mittelfristig doch noch eine wesentliche Beteiligung an derselben Gesellschaft erworben wird.

Hat der Stpfl. nach vorangegangenen Investitionen in die Gesellschaft direkt einen wesentlichen Anteil erworben, ohne zu einem vorherigen Zeitpunkt nur unwesentlich beteiligter Anteilseigner gewesen zu sein, kommt eine Aufteilung (nachträglicher) AK auf Anteile iSd. Abs. 2 Satz 6 und auf andere Anteile nicht in Betracht (Achtung: anders bei vorangegangener unwesentlicher Beteiligung, s. Anm. 246 f. zu Abs. 2 Satz 6).

### c) Nachträgliche Anschaffungskosten

#### aa) Allgemeine Grundsätze zu Aufwendungen nach der Anschaffung

200

Eine eigene Kategorie von Aufwendungen stellen die nachträglichen AK dar. Sie stehen idR weder in zeitlichem noch in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem ursprünglichen Anteilserwerb des Veräußerers (GLANEGGER, FR 1997, 903 [904]). Charakteristisch für sie ist, dass sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind und den Wert der Anteile erhöht haben.

#### Nachträgliche Anschaffungskosten können zB im Einzelfall sein:

- ▶ *Nachschüsse* iSd. §§ 26, 28 GmbHG (weiterführend vgl. Anm. 207);
- ▶ *verdeckte Einlagen* der Gesellschafter (BFH v. 12.2.1980 – VIII R 114/77, BStBl. II 1980, 494; weiterführend vgl. Anm. 207);
- ▶ *Kosten für die Liquidation der Gesellschaft*. Das gilt auch für Aufwendungen nach Abschluss der Liquidation der Gesellschaft gem. Abs. 4 (BFH v. 8.12.1992 –

VIII R 99/90, BFH/NV 1993, 654; BFH v. 9.2.1998 – VIII B 2/97, BFH/NV 1998, 955 [956]; weiterführend vgl. Anm. 210);

► *Aufwendungen für Dritte* (vgl. Anm. 191);

► *eigenkapitalersetzende Darlehen bzw. Bürgschaften*. Nach der Rspr. des BFH werden sie hinsichtlich der AK den gesellschaftsrechtl. Einlagen gleichgestellt (BFH v. 9.8.1983 – VIII R 276/82, BStBl. II 1984, 29; BFH v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320; MEERMANN, StBp. 1988, 112, mit Beispielen; dazu UHLÄNDER, BB 2005, 70 [74 f.]; zu Einzelheiten vgl. Anm. 201 f.);

► *Forderungsverzicht und -abtretung* (vgl. Anm. 203);

► *Haftungsschuld eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers*: Nach Nds. FG (Nds. FG v. 8.8.2001 – 13 K 518/97, EFG 2003, 309, aufgeh. durch BFH v. 21.1.2004 – VIII R 8/02, HFR 2004, 863) stellen die von einem beherrschenden GesGf. im Wege der Haftungsinanspruchnahme (vgl. § 69 AO) gezahlten Steuern der Gesellschaft nachträgliche AK der GmbH-Beteiligung dar. Dies dürfte jedoch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. In der Regel beruht die Haftungsinanspruchnahme eindeutig auf der Geschäftsführertätigkeit (vgl. MÜLLER, EFG 2003, 311). Ähnlich ist auch die Haftungsinanspruchnahme für eine noch ausstehende Stammeinlage eines Mitgesellschafters nicht zu berücksichtigen, da sie grds. nicht geeignet ist, sich auf den Wert der Beteiligung auszuwirken (FG Thür. v. 27.2.2007 – I 983/01, EFG 2008, 536, rkr.).

**Nachträgliche Anschaffungskosten bei Beteiligungserwerb zu verschiedenen Zeitpunkten:** Jeder Anteil an einer KapGes. ist strechtl. selbständig (BFH v. 7.3.1995 – VIII R 29/93, BStBl. II 1995, 693). Daher sind die AK grds. den einzelnen Anteilen nach dem Verhältnis der Nominalbeträge zuzuordnen. Zur Bewertung von AK für Anteile, die nicht innerhalb der gesamten letzten fünf Jahre eine wesentliche Beteiligung in der Hand des Veräußerers gebildet haben und somit von Abs. 2 Satz 6 Buchst. b erfasst werden, vgl. Anm. 246. Wird nur ein Teil der wesentlichen Beteiligung veräußert, so sind nur dann ausnahmsweise durchschnittliche AK für die veräußerten Anteile anzusetzen, wenn deren Einzelkosten nicht identifizierbar sind (vgl. BFH v. 11.12.2013 – IX R 45/12, BStBl. II 2014, 578); der bloße Umstand einer Sammelverwahrung reicht hierfür nicht aus, wenn anhand einer Nummerierung dennoch festgestellt werden kann, welche Anteile veräußert wurden (BFH v. 11.12.2013 – IX R 45/12, BStBl. II 2014, 578).

## 201 bb) Darlehensverluste des Beteiligten

**Grundsatz: Darlehen führt nicht zu Anschaffungskosten:** Ein Darlehen des Beteiligten ist prinzipiell dem Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzuordnen; Auswirkungen auf die AK ergeben sich nicht. Die strechtl. Qualifikation folgt der Entscheidung des Gesellschafters, dass er der Gesellschaft nicht Eigenkapital, sondern – wie ein fremder Dritter – Fremdkapital zuführt (BFH v. 24.2.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342). Vor diesem Hintergrund ist der in Teilen der Literatur diskutierte Ansicht, der Ausfall von Gesellschafterdarlehen müsse immer zu nachträglichen AK führen, da diese im Falle der Insolvenz immer nachrangig zu bedienen und Rückzahlungen bis ein Jahr vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 135 InsO anfechtbar seien, nicht zu folgen. Die Anerkennung von nachträglichen AK in diesen Fällen würde einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und die Missachtung der ausgeübten Finanzierungsfreiheit darstellen, da der Stpfl. gerade wie ein fremder Dritter behandelt werden wollte (aA GRÖGLER/URBAN, Steuer-Consultant 2009, 27; HÖLZLE, DStR

2007, 1185; GROH, FR 2008, 264; NEUFANG/KÜBLER/SCHMID, StB 2009, 148). Auch ist ein Abziehen des Darlehens durch den Gesellschafter hinsichtlich der vom BGH entwickelten Treuepflichten gegenüber seiner Gesellschaft (zB Unterlassen gesellschaftsschädigender Handlungen, vgl. BGH v. 19.11.2013 – II ZR 150/12, DSr 2014, 860) seit MoMiG unbedenklich, da der Gesetzgeber extra zu diesem Zweck § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG angefügt hat, der explizit die Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen aus dem Anwendungsbereich der Kapitalerhaltungsvorschriften ausnimmt (vgl. BTDrucks. 16/6140, 42). Daher kann der Ablehnung von nachträglichen AK auch nicht entgegengebracht werden, dass ein Gesellschafterdarlehen aufgrund der besonderen gesellschaftsrechtl. Verflechtungen nicht abziehbar und im Fall des Verlusts per se mit dem Nennbetrag zu berücksichtigen sei.

**Ausnahme bei Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis (Eigenkapitalersatz):** Verliert der Gesellschafter das Darlehen endgültig ganz oder teilweise (zB in der Insolvenz der Gesellschaft oder ihrer Liquidation), ist es dann als nachträgliche AK der Beteiligung zu qualifizieren, wenn und soweit es aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses gewährt worden ist (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 90/89, BFH/NV 1993, 158; BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; EILERS/SIEGER/WIENANDS, Die Finanzierung der GmbH durch ihre Gesellschafter, 2. Aufl. 2001, Rn. 250 f.; ausführl. dazu auch UHLÄNDER, BB 2005, 70). Durch das Merkmal der gesellschaftlichen Veranlassung wird das „private Fremd-Darlehen“ umqualifiziert in ein „beteiligungsveranlassendes Darlehen“ (idS GSCHWENDTNER, DSr 1999, Beihefter 32, 3). Fehlt es daran, bleibt es bei der Zuordnung des Darlehens zum Bereich der Kapitaleinkünfte; ein Verlust wirkt sich dann wegen des Grundsatzes der Unbeachtlichkeit der Vermögensebene bei den Überschusseinkünften nicht einkunftsmindernd aus. Für die Qualifikation als nachträgliche AK reicht der völlige oder teilweise Verlust des Darlehens im Rahmen des Konkurses oder der Liquidation aus. Es ist nicht notwendig, dass der Gesellschafter den Wertverlust durch einen besonderen Akt (Abtretung, Verzicht; dazu Anm. 203) realisiert; es reicht das bloße Wertloswerden (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348; BFH v. 4.8.1999 – VIII B 68/99, BFH/NV 2000, 41 mwN; GOSCH in KIRCHHOF, 16. Aufl. 2017, § 17 Rn. 94). Weitergehend hierzu vgl. Anm. 201a zur Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis bei Eigenkapitalersatz.

**Mögliche Ausnahme durch Zuordnung zum § 20:** Solche Darlehen, die nicht dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegen bzw. funktionales Eigenkapital darstellen, können im Rahmen des § 17 keine Berücksichtigung finden, da sie gemäß dem Willen des Gesellschafters offenbar nicht zur Stärkung der Beteiligung, sondern als selbständiges Engagement zur Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen dienen. Diese Darlehen müssen uE aber im Falle des Verlustes, zumindest bei rechtsgeschäftlichem Verzicht, korrespondierend zur Regelung des § 20 Abs. 2 Nr. 7, die den Gewinn aus der Veräußerung solcher Darlehensforderungen abgreifen will, als WK Berücksichtigung finden können (ebenso: Bundessteuerberaterkammer im Schreiben an das Bundesministerium der Finanzen v. 25.6.2009, siehe [http://www.bstbk.de/export/sites/standard/de/ressourcen/Dokumente/04\\_presse/stellungnahmen/2009/20-Eing04\\_25.06.09.pdf](http://www.bstbk.de/export/sites/standard/de/ressourcen/Dokumente/04_presse/stellungnahmen/2009/20-Eing04_25.06.09.pdf) [Abruf vom 15.3.2017]). Nach der (zivilrechtl.) Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts durch MoMiG und der Entscheidung des Gesetzgebers, auch im PV realisierte Wertsteigerungen im Rahmen des § 20 abzugreifen, ist es steuersystematisch geboten, auch in diesem Rahmen entstehende Verluste zu berücksichtigen

– alles andere widerstreitet dem zur Verwirklichung von Art. 3 Abs. 1 GG gebotenen objektiven Nettoprinzip. Vor diesem Hintergrund dürfte die Revision des BFH (VIII R 13/15, noch anhängig; Ablehnung durch die Vorinstanz FG Düss. v. 11.3.2015 – 7 K 3661/14 E, BB 2015, 1639, nrkr.) Klarheit schaffen.

Eine solche Berücksichtigung entspräche im Übrigen auch den bisherigen Wertungen des BFH, der im Falle des Forderungsverzichts eine verdeckte Einlage zum Teilwert (idR 0 €) angenommen hat. Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 stellt die verdeckte Einlage in eine KapGes. eine Veräußerung iSd. § 20 Abs. 2 Satz 1 dar, so dass als Veräußerungspreis in diesen Fällen der geminderte Teilwert angesetzt und somit ein Verlust realisiert werden muss. Die Regeln zum begrenzten WKAbzug und dem Verlustverrechnungsverbot (§ 20 Abs. 6 und 9) finden gem. § 32d Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 keine Anwendung, sofern der Darlehensgeber gleichzeitig mindestens 10 % der Anteile hält (§ 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b). Diese Rechtsfolge müsste uE bereits auch für weniger beteiligte Gesellschafter eintreten, da § 32d Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a lediglich voraussetzt, dass Gläubiger und Schuldner einander nahestehende Personen sind und die den Kapitalerträgen des Gläubigers entsprechenden Aufwendungen beim Schuldner (idR dürfte dies für während der Laufzeit gezahlte Zinsen zutreffen) BA darstellen. Schließlich gibt der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren (vgl. BTDrucks. 16/4841, 61) selbst zu erkennen, dass er mit nahestehender Person meint, dass

„... die Person auf den Steuerpflichtigen einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder umgekehrt der Steuerpflichtige auf diese Person einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder eine dritte Person auf beide einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die Person oder der Steuerpflichtige imstande ist, bei der Vereinbarung der Bedingungen einer Geschäftsbeziehung auf den Steuerpflichtigen oder die nahestehende Person einen außerhalb dieser Geschäftsbeziehung begründeten Einfluss auszuüben oder wenn einer von ihnen ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erzielung der Einkünfte des anderen hat.“

Dies dürfte für den Gesellschafter einer Gesellschaft uE regelmäßig zutreffen.

#### 201a cc) Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis bei Eigenkapitalersatz

**Rechtswicklung:** Für die Rechtslage bis zum Inkrafttreten des MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBl. I 2008, 2026) stellte die stRspr. des BFH für die Frage der gesellschaftlichen Veranlassung ausschließlich darauf ab, ob das Darlehen nach zivilrechtl. Grundsätzen eigenkapitalersetzenden Charakter hat. Der nunmehr zuständige IX. Senat hat die Rspr. des VIII. Senats weitestgehend übernommen (BFH v. 2.10.1984 – VIII R 36/83, BStBl. II 1985, 320; BFH v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724; BFH v. 4.3.2008 – IX R 78/06, BStBl. II 2008, 575; GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 5 ff.; ebenfalls BMF v. 8.6.1999 – IV C 2 - S 2244 - 12/99, BStBl. I 1999, 545). Durch das MoMiG wurden die Eigenkapitalersatzregeln der §§ 32a, 32b GmbHG aufgehoben, wobei die zum Eigenkapitalersatzrecht von der Rspr. erarbeiteten Grundsätze weiterhin nahezu unverändert Anwendung finden (vgl. BFH v. 16.3.2012 – IX B 142/11 (NV), BFH/NV 2012, 1124; FG Brandenb. v. 28.5.2015 – 4 K 7114/12, EFG 2015, 1934, rkr.). Anstelle des Wortes „Eigenkapitalersatz“ wird allerdings nun von „funktionalem Eigenkapital“ gesprochen. Das Eigenkapitalersatzrecht behält aber seine Gültigkeit für Insolvenzverfahren, die vor dem 1.11.2008 eröffnet wurden (Art. 103d Satz 2 EGI nSO, s. BGH v. 26.1.2009 – II ZR 260/07, DStR 2009, 699; näher zur zeitlichen Anwendung HAAS, DStR 2009, 976). Eine gesellschaftliche Veranlassung liegt nur bei eigenkapital-

ersetzenden Finanzierungsmaßnahmen zugunsten einer Gesellschaft vor, an der der Gesellschafter unmittelbar beteiligt ist. Finanzierungsmaßnahmen einer mittelbaren Beteiligung führen nicht zu nachträglichen AK der unmittelbaren Beteiligung (BFH v. 4.3.2008 – IX R 78/06, BStBl. II 2008, 575; BFH v. 26.11.2008 – IX R 102/07, BFH/NV 2009, 737). Die veränderte Zuordnung aus dem reinen Privatbereich des § 20 hin zur Beteiligungssphäre des § 17 (und damit die Qualifikation als nachträgliche AK) rechtfertigt sich dadurch, dass aus dem eigenkapitalersetzenden Charakter das zivilrechtl. Haftungsrisiko folgt (BFH v. 12.12.2000 – VIII R 52/93, BStBl. II 2001, 286, unter IV.2). Diese Grundsätze gelten auch für Finanzierungsmaßnahmen eines Treugebers, dem die Gesellschafterstellung strechtl. zuzurechnen ist (BFH v. 9.10.2008 – IX R 60/05, BFH/NV 2009, 896, s. zur Treuhänderschaft Anm. 122).

**Anschaffungskosten dem Grunde nach:** Nur Kapital, das wie Eigenkapital gebunden ist, darf im Rahmen einer Veräußerung oder dieser gleichgestellten Tatbestände als nachträgliche AK Berücksichtigung finden können. Ob ein vom Gesellschafter gegebenes Darlehen, das bilanziell als Fremdkapital behandelt wird, einen Ersatz für Eigenkapital darstellt oder nicht hängt von zwei Faktoren ab: Es muss objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt sein, der Gesellschaft wie Eigenkapital zu dienen. Die subjektive Bestimmtheit der Handlung zieht die Annahme der Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis nach sich.

► *Objektive Geeignetheit:* Die objektive Komponente der Geeignetheit der zu Gunsten der Gesellschaft ausgeübten Finanzierungsform erschöpft sich uE in der Feststellung, ob das überlassene Kapital bei der Gesellschaft dieselben Funktionen wie Eigenkapital (Haftungs- und Finanzierungsfunktion) erfüllen kann und ob es vom Gesellschafter final verausgabt wurde. Lediglich (kurz- und mittel-)befristete Kapitalüberlassungen scheiden hier aus und stellen ein selbständiges Engagement zur Erzielung von Einkünften dar, es sei denn, dass dem Gesellschafter bereits im Moment der Hingabe klar sein muss, dass die Gesellschaft aller Wahrscheinlichkeit nach nicht in der Lage sein wird, das Darlehen zurückzuzahlen und er de facto eine Einlage tätigt. Eine Verzinslichkeit des Darlehens ist im Grunde unschädlich, da auch das Eigenkapital durch den Anspruch auf den Gewinn gewissermaßen verzinslich ist. Dogmatisch reiner wäre es uE sogar - da die Entstehung von Zinsansprüchen bei normalen Darlehen unabhängig vom Zustandekommen eines Gewinns in der Gesellschaft ist - nur partiarische Darlehen anzuerkennen.

► *Subjektive Bestimmtheit:* Die subjektive Bestimmtheit der Kapitalüberlassung lässt sich anhand der vom Gesellschafter bestimmten Modalitäten ableiten (vgl. BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333). Notwendige Voraussetzung der Annahme, die Überlassung solle einen Ersatz für Eigenkapital darstellen, ist der Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts (§ 490 BGB) der Finanzierungsmaßnahme (jüngst BFH v. 6.12.2016 – IX R 12/15, DStR 2017, 487-489). Zweite notwendige Voraussetzung ist die Vereinbarung einer Subordination (Rangrücktritt) dergestalt, dass in der Krise nur im Rang nach allen anderen Gläubigern und ranggleich mit einer Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter getilgt werden darf. Eine Besserungsabrede dergestalt, dass außerhalb der Krise aus Bilanzgewinnen und sonstigem freien Vermögen getilgt werden darf, ist uE unschädlich. Dem liegt die Parallelwertung zugrunde, dass ins Eigenkapital geleistete Zahlungen ebenfalls aus erwirtschafteten Gewinnen zurückgezahlt werden können (vgl. Verwendungsfiktion im § 27 Abs. 1 Satz 3

KStG). Von diesen Grundsätzen bildet die de-facto-Einlage die einzige Ausnahme.

► *Qualität der Subordination:* Zur Herstellung der zur Anerkennung von nachträglichen AK notwendigen Bestimmtheit der Kapitalüberlassung durch den wesentlich beteiligten Stpfl. mittels Subordination kann eine entsprechende Erklärung bereits im Gesellschaftsvertrag, einem Gesellschafterbeschluss oder einer schuldrechtl. Abrede abgegeben werden (GSCHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 13). Bezüglich schuldrechtl. Abreden sind uE ausschließlich sog. qualifizierte Rangrücktritte geeignet. Der einfache Rangrücktritt hat zur Folge, dass der zurückgetretene Gläubiger hinter alle anderen Fremdgäubiger zurücktritt (Tilgung in der Insolvenz als letzter Gläubiger). Erst ein qualifizierter Rangrücktritt, der eine Tilgung zugleich und nicht vor der Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter vereinbart, erreicht eine Gleichstellung mit dem Eigenkapital. Anderenfalls würde der Darlehensgeber im Falle der Insolvenz zwar erst als Letzter der Gläubiger, aber dennoch vor den übrigen Gesellschaftern und daher auch nicht nur anteilig, sondern, sofern die Mittel der Gesellschaft noch so weit reichen, bis zur vollen Höhe seines Darlehens befriedigt. Unter diesem Gesichtspunkt würde sein Darlehen nicht mehr die Funktion von Eigenkapital erfüllen, nachträgliche AK können daher nur im Fall des qualifizierten Rangrücktritts in Betracht kommen. Der Ansicht des FG Köln v. 18.3.2014 (FG Köln v. 18.3.2014 – 1 K 3127/11, BB 2014, 1136, rkr.), wonach bereits ein einfacher Rangrücktritt ausreichend sein soll, ist uE daher nicht zu folgen.

Hierzu beispielhaft ein Sachverhalt und die Auswirkungen auf die AK der Gesellschafter in Abhängigkeit von der Qualität des vereinbarten Rangrücktritts:

**Beispiel:** Das Insolvenzverfahren einer GmbH endet in der Liquidation. Alle Gläubiger sind befriedigt. Es verbleiben 5000 in der Masse, die noch zu verteilen sind. Übrig sind Gesellschafter A und B. Gesellschafter A hatte der Gesellschaft 10000 als Gesellschafterdarlehen und 12500 als gezeichnetes Kapital, der Gesellschafter B ebenfalls 12500 als gezeichnetes Kapital gewährt (die nachfolgenden Zahlenbeispiele vernachlässigen der Einfachheit halber die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens, da sich dies für beide Gesellschafter gleich auswirkt).

– Fall 1: Kein Rangrücktritt

Obwohl kein Rangrücktritt vereinbart wurde unterliegt das Darlehen des A dem gesetzlichen Nachrang nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Er ist daher nach allen anderen Gläubigern, aber noch vor den übrigen Gesellschaftern zu befriedigen. In diesem Fall würde er 5000 ausgezahlt bekommen und für die restlichen 5000 des Darlehens keine AK anerkannt bekommen, da sein Darlehen nicht mit einem Rangrücktritt versehen war. In Höhe von 12500 (Stammeinlage) bekommen beide Gesellschafter AK anerkannt.

Ergebnis:

	Gesellschafter A	Gesellschafter B
Rückzahlung	5000	0
AK	12500	12500
Zurechenbares Vermögen	17500	12500

– Fall 2: Einfacher Rangrücktritt

Bei genauer Betrachtung ergibt sich, dass der einfache Rangrücktritt lediglich in solchen Fällen Wirkung entfaltet, in denen der Gläubiger ansonsten unter das Kleinanlegerprivileg des § 39 Abs. 5 InsO gefallen wäre. Aufgrund der Regelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO steht das Gesellschafterdarlehen ansonsten nämlich ohnehin den Forderungen aller anderen Gläubiger nach. Folgt man der Auffassung des FG Köln (FG Köln v. 18.3.2014 – 1 K 3127/11, BB 2014, 1136, rkr.), so bekommt A jetzt nicht nur 5000 ausgezahlt, sondern auch die übrigen 5000 aus dem ausgefallenen Darlehen zusätzlich zu seinen 12500 als AK anerkannt. B bekommt 12500 als AK anerkannt.

Ergebnis:

	Gesellschafter A	Gesellschafter B
Rückzahlung	5 000	0
AK	17 500	12 500
Zurechenbares Vermögen	22 500	12 500

– Fall 3: Qualifizierter Rangrücktritt

Durch den qualifizierten Rangrücktritt wird A erst gleichzeitig und zu gleichen Teilen mit B bedient. Beide erhalten 2500 ausgezahlt und ihre AK iHv. 12 500 werden anerkannt.

Ergebnis:

	Gesellschafter A	Gesellschafter B
Rückzahlung	2 500	2 500
AK	20 000	10 000
Zurechenbares Vermögen	22 500	12 500

Für die Gesellschafter ändert sich an der Höhe des ihnen zurechenbaren Vermögens (als Summe von Barvermögen und stl. nutzbaren Kosten) unabhängig davon, ob nun ein einfacher oder ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart ist, nichts. Auf diese einseitige wirtschaftliche Betrachtungsweise abzustellen ist uE jedoch zu kurz gegriffen. Hinsichtlich des unmittelbar zugewandten Vermögens in Form einer Barrückzahlung ist Gesellschafter B im Fall 2 gegenüber Fall 3 im Vergleich zur Behandlung von Gesellschafter A nämlich benachteiligt. Soweit der BGH (BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, NJW 2015, 1672) festgestellt hat, das ein Rangrücktritt ein Vertrag zugunsten Dritter (nämlich der übrigen Fremd-Gläubiger) ist, so stellt der einfache Rangrücktritt im oben dargestellten Fall einen Vertrag zulasten Dritter (nämlich der übrigen Gesellschafter) dar. Ausgehend von dem Grundsatz, dass nur Eigenkapital als AK in Betracht kommt, ist nicht ersichtlich, warum Gesellschafter A aufgrund eines einfachen Rangrücktritts – also noch wie ein fremder Dritter – von einer Barvermögensrückzahlung profitiert und gleichzeitig – wie ein Gesellschafter, der Eigenkapital gegeben hat – für sein Darlehen stl. abzugsfähige AK anerkannt bekommt, während Gesellschafter B, der reines Eigenkapital gegeben hat (und somit auch zur Verbesserung der eine Kreditwürdigkeit mitbestimmenden Eigenkapitalquote beigetragen hat), in diesem Falle nur einen stl. Verlust erhält, der das Vorliegen weiterer Einkünfte voraussetzt, um sich für den Gesellschafter als Vorteil auszuwirken.

Bezüglich der gebotenen Vorsicht bei der Formulierung von Rangrückritten vgl. nachfolgende Anm. 201a „Auswirkungen auf Ebene der Gesellschaft“.

**Anschaffungskosten der Höhe nach:** Die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft im Zeitpunkt der Erfüllung der beiden vorgenannten Voraussetzungen (Geignetheit und Bestimmtheit) bestimmt die berücksichtigungsfähige Höhe der AK, da im Moment des Zustandekommens der Eigenkapitalqualität das Darlehen in sog. funktionales Eigenkapital (vgl. BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769) umgewandelt wird und somit eine fiktive Einlage stattfindet. Deren Wert bestimmt sich, wie eine verdeckte Einlage, nach § 6 Abs. 6 Satz 2 und ist somit mit dem Teilwert anzusetzen. Dies deshalb, da Wertverluste überhaupt erst ab dem Zeitpunkt, in dem das Darlehen funktionales Eigenkapital darstellt, aus dem Gesellschaftsverhältnis resultieren und damit nachträgliche AK bilden können (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339). Vorher entstandene Verluste betreffen ausschließlich den privaten Vermögensbereich, da bis zu diesem Zeitpunkt der Gesellschafter wie ein normaler Darle-

hensgeber auftritt und sich auch so behandeln lassen muss (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348). Maßgeblich für den anzusetzenden Wert ist die unterstellte Höhe des fiktiv eingelegten Rückforderungsanspruchs des Gesellschafters gegen seine Gesellschaft. Dieser ist abhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft, wobei der BFH hier aus Vereinfachungsgründen nur zwei Zustände kennt: die Gesellschaft befindet sich nicht in einer (wirtschaftlichen) Krise oder sie befindet sich in einer Krise (Näheres zur Krisenbestimmung im nachfolgenden Absatz). Findet die fiktive Einlage des Rückforderungsanspruchs nicht während einer Krise der Gesellschaft statt, so kommen im Falle des Totalverlustes die AK in voller Höhe zum Tragen. Findet die Einlage jedoch während einer Krise statt, wird diese lediglich mit dem Teilwert – aufgrund der regelmäßig eingetretenen Überschuldung – idR mit 0 € bewertet. Es kommt also darauf an, wann und ob im Verhältnis zur Krise der Gesellschaft der Gesellschafter eine Subordinationsvereinbarung getroffen hat.

► *Eine Krise* im o.g. Sinne liegt vor, wenn zwar noch keine Insolvenzzreife eingetreten ist, die Rückzahlung aber in einem solchen Maße gefährdet ist, dass ein ordentlicher Kaufmann das Risiko einer Kreditgewährung zu marktüblichen Konditionen zugunsten der Gesellschaft nicht mehr in Kauf genommen hätte (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339 mwN; krit. WOLFF-DIEPENBROCK, DStZ 1995, 652). Der BFH greift insoweit ausdrücklich auf die Maßstäbe der BGH-Rspr. zu kapitalersetzenden Gesellschafterleistungen zurück (vgl. zum Begriff der Krise zB BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339 [340] mwN; BFH v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724 mwN). Als Indizien für den Eintritt einer Krise sieht er hiernach (vgl. BFH v. 31.10.2000 – VIII R 47/98, BFH/NV 2001, 589 mwN)

- das Verhältnis zwischen Darlehensrückzahlungsanspruch und bilanziellem Eigenkapital (ggf. einschließlich stiller Reserven),
  - den Verlust von mehr als der Hälfte des Stammkapitals/Grundkapitals (zu diesem Gesichtspunkt auch BGH v. 4.12.1995 – II ZR 281/94, DStR 1996, 552 mit Anm. GOETTE),
  - die Erklärung eines Rangrücktritts vom darlehensgewährenden Gesellschafter (Indiz für „Krisenbestimmtheit“, vgl. dazu nachstehend Einzelfälle zu „Krisenbestimmtes Darlehen“),
  - die Möglichkeit des darlehensgewährenden Gesellschafters, die den Krisen Eintritt bestimmenden objektiven Umstände bei Wahrnehmung seiner Verantwortung für eine ordnungsgemäße Finanzierung zu erkennen (vgl. auch BGH v. 7.11.1994 – II ZR 270/93, GmbHR 1995, 38). Vom Vorliegen einer solchen Erkenntnismöglichkeit ist laut BFH regelmäßig und insbes. bei einem geschäftsführenden Allein- oder Mehrheitsgesellschafter auszugehen (Hinweis auf BGH v. 28.11.1994 – II ZR 77/93, GmbHR 1995, 35 mwN).
- *Die Insolvenzzreife* bestimmt sich ebenfalls nach den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen (vgl. zB K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 IV, 1151 ff.). Insolvenzzreife liegt demnach vor, wenn die Gesellschaft über das Stadium der Kreditunwürdigkeit hinaus insolvent ist, dh. bei Überschuldung, bestehender und drohender Zahlungsunfähigkeit (§§ 16–19 InsO).

**Grundtypen eigenkapitalersetzender Darlehen:** Der eigenkapitalersetzende Charakter von Darlehen (und damit nachträglichen AK auf die Beteiligung) ist in der stRspr. der Finanzgerichtsbarkeit auf die nachfolgenden Grundtypen re-

duziert worden (zusammenfassend BFH v. 13.7.1999 – VIII R 31/98, BStBl. II 1999, 724; Gschwendtner, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 11 ff.):

► *Darlehensgewährung in der Krise bzw. bei Insolvenzzreife*: Das Darlehen wurde ausbezahlt, als die Gesellschaft mindestens in der Krise bzw. schon insolvenzreif war. Die Zufuhr „frischen“ Kapitals in der Krise bedeutet immer eine Finanzierungsentscheidung für die Fortführung der Gesellschaft und gegen die an sich gebotene Liquidation (Gschwendtner, NJW 1999, 2165). Für die Höhe der AK ist dann der Nennwert des Darlehens maßgeblich (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339 [341] mwN; Hartmann, DStZ 1998, 270; Widmann, StbJb. 1993/94, 303 – weiterführende Überlegung zum Wertansatz einer Darlehensforderung). Der Gesellschafter hat hier eine de-facto-Einlage getätigt.

► *Stehenlassen in der Krise*: Das Darlehen wurde zwar vor der Krise ausbezahlt, der Gesellschafter hat es aber – nach einer Überdenkensfrist von zwei bis drei Wochen (BGH v. 2.12.1996 – II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501) – während der Krise in der Gesellschaft belassen, obwohl er die (sofortige) Rückzahlung durch die Gesellschaft hätte verlangen können und es angesichts der finanziellen Situation der Gesellschaft absehbar war, dass die Rückzahlung gefährdet sein würde (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; Watermeyer, BB 1993, 403; Bullinger, DStR 1993, 225). Hierdurch hat er, wie bei der Ausreichung in der Krise, eine de-facto-Einlage getätigt. Wie der Gesellschafter das Darlehen „stehen lässt“ – sei es durch eine Verlängerungs-, Stundungs- oder sonstige Vereinbarung (für die Besonderheiten bei einer Schuldumschaffung [Novation] vgl. Anm. 203 zum Forderungsverzicht) oder durch die bloße Nichtgeltendmachung der Forderung bzw. Unterlassen einer möglichen Kündigung – spielt für den eigenkapitalersetzenden Charakter der Handlung des Gesellschafters keine Rolle (Gschwendtner, NJW 1999, 2165). Im Fall eines stehen gelassenen Darlehens ist grds. der gemeine Wert in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem es der Gesellschafter mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis nicht abzieht. Stehen gelassene Zinsen aus einem Gesellschafterdarlehen führen nicht zu einem Auflösungsverlust nach Abs. 4, wenn die Krise der Gesellschaft durch die Verzinsung des Darlehens erst veranlasst wurde, denn der Wert der stehen gelassenen Zinsen beträgt in diesem Fall im Moment des Eintritts der Krise 0 €. Es handelt sich nicht um einen Fall der Hingabe eines Darlehens in der Krise (Nds. FG v. 25.1.2001 – 5 K 65/95, EFG 2001, 1042, rkr.; Vogt in Blümich, § 17 Rn. 669 [7/2016]).

► *Krisenbestimmtes Darlehen*: Es handelt sich um ein sog. krisenbestimmtes Darlehen, wenn das Darlehen seiner Zweckbestimmung nach schon von vornherein auch als Krisenfinanzierung angelegt ist (BFH v. 7.7.1992 – VIII R 24/90, BStBl. II 1993, 333; Gschwendtner, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 13). Auch der Verzicht auf die Kündigung im Krisenfall (so für den konkludenten Verzicht auf die Ausübung eines außerordentlichen Kündigungsrechts auch FG Köln v. 9.10.2003 – 10 K 2759/99, EFG 2004, 109, rkr.) kann ein Indikator sein. Fällt der Gesellschafter mit einem solchen krisenbestimmten Darlehen aus, führt dies zu nachträglichen AK auf die Beteiligung in Höhe des Darlehensnennwerts (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 16/94, BStBl. II 1999, 339; BFH v. 31.10.2000 – VIII R 47/98, BFH/NV 2001, 589 mwN). Für die Frage der Höhe der nachträglichen AK kommt es nicht auf die Frage an, wann eine Krise eintrat und welchen Wert das Darlehen zu diesem Zeitpunkt noch hatte, da beim krisenbestimmten Darlehen der Nennwert maßgebend ist.

► *Finanzplandarlehen*: Hierunter fallen Darlehen, die von Anfang an in die Finanzplanung der Gesellschaft mit einbezogen werden, um die zur Aufnahme

der Geschäfte erforderliche Kapitalausstattung der Gesellschaft durch eine Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung zu erreichen (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; BFH v. 31.5.1999 – VIII B 21/99, BFH/NV 1999, 1594). Liegt ein Finanzplandarlehen vor, ist es nach Auffassung des BFH von vornherein – mit seiner Hingabe – gesellschaftsrechtl. als Hafteinlage gebunden. Der BFH lehnt sich mit dieser Auffassung an die ursprüngliche Rspr. des BGH an (BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344). Auch für die estrechtl. Beurteilung geht der BFH davon aus, dass das Finanzplandarlehen mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wurde (ebenfalls BMF v. 8.6.1999 – IV C 2 - S 2244 - 12/99, BStBl. I 1999, 545). Dementsprechend erhöhen sich im Fall des Darlehensverlustes die AK des Beteiligten nicht nur um den Darlehenswert im Zeitpunkt des Kriseneintritts, sondern um den Nennwert.

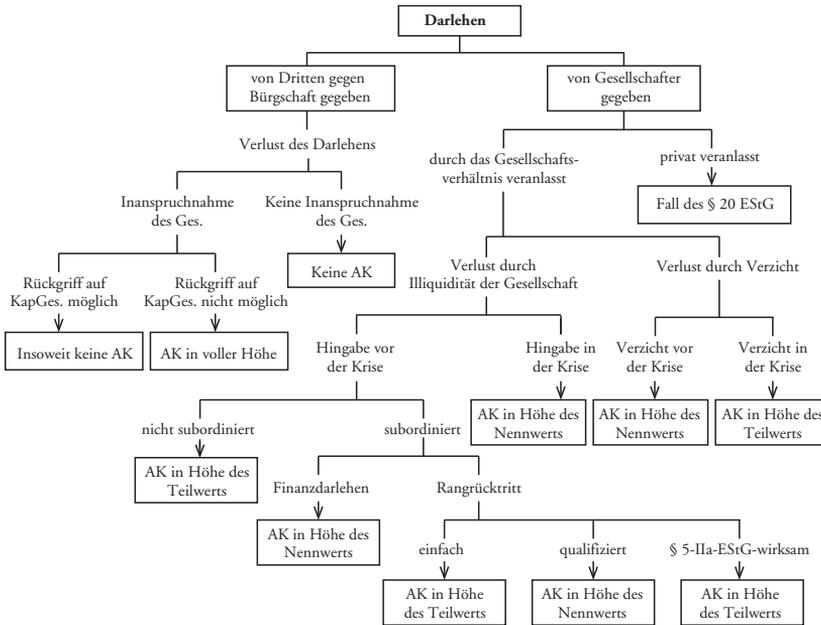
Ob ein Finanzplandarlehen vorliegt, ist nach den Gesamtumständen des Einzelfalls zu beurteilen. Indizien sind insofern: Unentbehrlichkeit des Darlehens für die Erreichung des Gesellschaftszwecks; zeitgleicher Abschluss von Gesellschafts- und Darlehensvertrag; fehlende Kreditwürdigkeit der finanzierten KapGes. für ein Darlehen in der gewährten Größenordnung; Darlehen auf Dauer oder jedenfalls langfristig angelegt; Außenstehender hätte ein entsprechendes Darlehen nicht gewährt; Bedingungen nicht marktüblich, sondern für die Gesellschaft besonders günstig; Fehlen einseitiger Kündigungsmöglichkeiten; frühzeitig erklärter Rangrücktritt (vgl. ausführl. OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161; FG Ba.-Württ. v. 13.11.2002 – 2 K 114/00, EFG 2003, 307, rkr.). Möglich sind derartige Darlehen nicht nur bei Gründung der Gesellschaft, sondern auch bei Erweiterungen des Geschäftsbetriebs oder langfristigen Investitionen (OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161; STRAHL in KORN, § 17 Rn. 90 [5/2002]). Ein Finanzplandarlehen liegt aber nicht schon dann vor, wenn es der Gesellschaft innerhalb von sechs Monaten nach der Gründung und beteiligungsproportional gewährt wurde, im Übrigen aber Anhaltspunkte dafür fehlen, dass die Gesellschafter mit den Mitteln dauerhaft zur Finanzierung des Gesellschaftszwecks beitragen oder sie wie unternehmerisches Risikokapital zur Verfügung stellen wollten (FG Rhld.-Pf. v. 24.11.2003 – 5 K 2547/00, nv., rkr.).

BGH v. 28.6.1999 – II ZR 272/98 (NJW 1999, 2809) sieht ein Finanzplandarlehen nicht mehr als eigenständige Kategorie an. Diese Fallgruppe sei „nur geeignet, Missverständnissen Vorschub zu leisten“, denn soweit der Kredit eingezahlt, dann aber in der Krise stehen gelassen worden sei, finde das Eigenkapitalersatzrecht ohnehin über das „Stehenlassen“ Anwendung. Für das Zivilrecht mit seinem Ziel des Gläubigerschutzes ist eine Abgrenzung gegenüber Darlehen, die in der Krise stehen gelassen werden, irrelevant; für das StRecht ist dies wegen der unterschiedlichen Höhe der nachträglichen AK (Nennwert oder nur gemeiner Wert bei Kriseneintritt) gerade nicht der Fall. Die Figur des Finanzplandarlehens findet dementsprechend in der Finanzrechtsprechung auch weiterhin Berücksichtigung (ausführlich zu den Anforderungen: FG Köln v. 19.12.2013 – 10 K 2113/10, EFG 2014, 633, rkr.). Auch die FinVerw. hält an einer eigenständigen Fallgruppe der Finanzplandarlehen fest (OFD Kiel v. 14.12.1999, FR 2000, 161, unter III.2). Praktisch spielt die Einordnung keine Rolle, wenn das Darlehen als krisenbestimmt zu qualifizieren ist, weil auch dann der Nennwert maßgebend ist. Weiterführend zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden von krisenbestimmten Darlehen und Finanzplandarlehen GSHWENDTNER, DStR 1999, Beihefter zu Heft 32, 14 ff.

**Auswirkungen auf Ebene der Gesellschaft:** Bei der Formulierung von Rangrücktritten ist besondere Vorsicht geboten, soweit es um die Formulierung von Tilgungsbestimmungen geht. Entgegen der früheren Rspr. und Verwaltungsansicht (vgl. BFH v. 30.3.1993 – IV R 57/91, BStBl. II 1993, 502; OFD Kiel v. 8.6.1993 – S 2175 A - St 113, juris) führt die Bestimmung, dass die Verbindlichkeit nur aus künftigen Gewinnen oder einem eventuellen Liquidationsüberschuss zu bedienen ist, nun nach Maßgabe des § 5 Abs. 2a zu einem Passivierungsverbot (vgl. BFH v. 30.11.2011 – I R 100/10, BStBl. II 2012, 332; BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769). In der Folge ist die Verbindlichkeit aufzulösen und der Auflösungsgewinn wird in die Kapitalrücklage eingestellt (vgl. SCHUBERT, Beck'scher Bilanzkommentar, 10. Aufl. 2016, § 247 HGB Rn. 232). Der so entstandene Ertrag ist um den werthaltigen Teil des fiktiv eingelegten Rückforderungsanspruchs als EK27-wirksame, verdeckte Einlage zu kürzen (vgl. BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307). Ist ein Rangrücktritt jedoch dergestalt vereinbart, dass das Darlehen erst im Zeitpunkt der Krise subordiniert sein sollte, so entsprechen die AK dem Wert der fiktiven Einlage in diesem Moment – aufgrund der idR bereits eingetretenen Überschuldung 0 €. Der hierdurch entstehende Buchgewinn wird entsprechend nicht gekürzt werden können – hier kommt es dann zu einem stpfl. Gewinn für die Gesellschaft. Im Ergebnis wird in diesem Fall genau das Gegenteil dessen erzielt, was gewollt war. Die Subordination muss daher in jedem Fall bereits vor dem sich Abzeichnen einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft wirksam werden, um AK zu generieren; einem Ausbuchen nach § 5 Abs. 2a kann mit der Tilgungsbestimmung auch aus sonstigem, die Verbindlichkeiten übersteigendem freien Vermögen vorgebeugt werden. Einige Verwirrung stiftet in diesem Zusammenhang die Bezeichnung des „qualifizierten“ Rangrücktritts, da das Prädikat „qualifiziert“ in der Literatur mal auf die Bestimmung des zur Tilgung heranzuziehenden Vermögens und mal auf die Bestimmung des Ranges des Rücktritts bezogen wird. Weitgehend unbemerkt hat der BFH (BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769) zur Umgehung dieser Begrifflichkeitsproblematik für einen in dem Sinne „qualifizierten“ Rangrücktritt, dass die Befriedigung der Forderung nur aus einem bestimmten Vermögen erfolgen dürfe, als spezifiziert bezeichnet. Eine begriffliche Unterscheidung ist uE zur rechtssicheren Beratung dringend geboten und das Urteil des BFH daher sehr begrüßenswert.

**Keine Korrespondenz mit Insolvenzrecht:** Auf die Qualifikation des Gesellschafterdarlehens in der insolvenzrechtl. Überschuldungsbilanz kommt es für stl. Bewertungszwecke nicht an, da Sinn und Zweck der beiden Rechtsgebiete verschieden sind. Insoweit ging auch die von der FinVerw. vertretene und durch die Rspr. (BFH v. 6.5.2014 – IX R 44/13, BStBl. II 2014, 781) mittlerweile widerlegte Auffassung, dass Darlehen, die dem Kleinanlegerprivileg iSd. § 39 Abs. 5 InsO unterliegen, nicht als AK im Rahmen des § 17 berücksichtigt werden könnten, völlig fehl. Gleiches muss für das sog. Sanierungsprivileg in § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO (kein gesetzlicher Nachrang bei Anteilserven zu Sanierungszwecken) unter Berücksichtigung des Abs. 2 Satz 6 Buchst. b gelten (vgl. Anm. 247).

Übersicht über die aktuelle Rechtslage



202 dd) Inanspruchnahme aus Bürgschaft oder sonstigen Sicherheitsleistungen

**Die Übernahme von Bürgschaften für Verbindlichkeiten der Gesellschaft** wird entsprechend den Grundsätzen eigenkapitalersetzender Darlehen beurteilt (grundlegend BFH v. 2.10.1984 – VIII R 20/84, BStBl. II 1985, 428; BFH v. 4.11.1997 – VIII R 18/94, BStBl. II 1999, 344; BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660; BFH v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817). Hiernach liegen nachträgliche AK vor, wenn der Gesellschafter aufgrund des Geschäftsverhältnisses eine Bürgschaft für Verbindlichkeiten der KapGes. übernimmt und aufgrund dieser Bürgschaft in Anspruch genommen wird, ohne eine gleichwertige Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft erwerben zu können (so auch OFD München v. 30.4.1996, FR 1996, 431; OFD Cottbus v. 26.3.1999, StEK EStG § 17 Nr. 44).

Wenn zB ein Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer wirtschaftlich gesunden KapGes. unentgeltlich, ohne Sicherheitsleistung und ohne gesicherte Rückgriffsmöglichkeit eine zeitlich unbeschränkte und (bezogen auf die der KapGes. von der Bank und/oder einem anderen Gläubiger eingeräumte Kreditlinie) unbegrenzte Bürgschaft übernimmt, so kann davon ausgegangen werden, dass eine solche Bürgschaftsübernahme von vornherein ihre Ursache ausschließlich im Geschäftsverhältnis hat. Ein außenstehender Dritter bzw. Nichtgesellschafter würde sich die Risikoübernahme auf jeden Fall vergüten lassen und darüber hinaus seine Rückgriffsforderung in irgendeiner Weise sichern. Die bloße Möglichkeit einer Kündigung der Bürgschaft steht dann der Berücksichtigung nach-

träglich AK nicht mehr entgegen (OFD München v. 30.4.1996, StEK EStG § 17 Nr. 30). Andere Umstände sind für die Qualifizierung unerheblich, so zB ob die Bürgschaftszahlungen zu einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen und zu einer Werterhöhung der Anteile geführt haben (BFH v. 10.11.1998 – VIII R 6/96, BStBl. II 1999, 348, unter II.3; BFH v. 13.4.2000 – VIII B 86/99, BFH/NV 2000, 1199 mwN).

**Die Übernahme einer Bürgschaft zugunsten eines Dritten** ist grds. nicht erfasst, da es sich nicht um eine Finanzierungshilfe zugunsten der Gesellschaft handelt. Zu nachträglichen AK führt die Inanspruchnahme des Gesellschafters aus der Bürgschaft zugunsten eines Dritten aber dann, wenn die Bürgschaft ursprünglich im alleinigen Interesse der GmbH übernommen wurde (beispielsweise um zu ermöglichen, dass der Dritte mit der GmbH ein für sie günstiges Geschäft abschließt – im Urteilsfall erwarb ein Dritter fremdfinanziert Grundstücke von der GmbH, für diese Darlehen verbürgte sich der Gesellschafter der GmbH) und der Gesellschafter nach Inanspruchnahme seinen Aufwendungsersatzanspruch gegen die GmbH nicht geltend macht (BFH v. 4.3.2008 – IX R 80/06, BStBl. II 2008, 577). Voraussetzung ist aber, dass der Gesellschafter der GmbH eine einem Darlehen ähnliche Kreditierung des Aufwendungsersatzanspruchs gewährt (zur Abgrenzung s. BFH v. 26.11.2008 – IX R 102/07, BFH/NV 2009, 737). Damit die Aufwendungen als nachträgliche AK zu qualifizieren sind, muss diese Kreditierung des Aufwendungsersatzanspruchs als uE entscheidender Punkt zudem in der Krise im o.g. Sinn gewährt werden.

**Zeitpunkt der Berücksichtigung:** Die bloße Übernahme einer Bürgschaft führt noch nicht zu nachträglichen AK der Beteiligung. Das Gleiche gilt für die Zahlung durch den Bürgen, denn dadurch erwirbt er idR eine Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft als Hauptschuldner (§ 774 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist vielmehr, dass der Gesellschafter-Bürge auf diese Rückgriffsforderung gegen die Gesellschaft verzichtet oder dass diese wertlos/wertgemindert ist/wird. Ist dies der Fall, so ist eine Berücksichtigung als nachträgliche AK bei der stichtagsbezogenen Ermittlung des Veräußerungsgewinns regelmäßig bereits möglich, wenn der Gesellschafter in Anspruch genommen wurde oder damit ernstlich zu rechnen ist; eine tatsächliche Zahlung ist dagegen nicht erforderlich (BFH v. 26.2.1993 – VIII B 87/92, BFH/NV 1993, 364; BFH v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559; BFH v. 4.7.2001 – VIII B 70/00, BFH/NV 2001, 1552 [1553]). Eine Berücksichtigung scheidet aber aus, wenn der Gesellschafter zahlungsunfähig ist (BFH v. 8.4.1998 – VIII R 21/94, BStBl. II 1998, 660; BFH v. 26.1.1999 – VIII R 50/98, BStBl. II 1999, 559, unter II.2.c). Zahlt er später doch, kommt eine Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO in Betracht. Dies gilt auch, wenn ein Gesellschafter im Zeitpunkt der Entstehung des Auflösungsgewinns oder -verlusts mit seiner Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft für die GmbH nicht oder jedenfalls nicht über einen bestimmten Betrag hinaus rechnen musste. Seine spätere Inanspruchnahme ist dann ein nachträgliches Ereignis, das auf den Zeitpunkt der Auflösung der GmbH zurückwirkt (BFH v. 1.7.2003 – VIII R 71/02, GmbHR 2003, 1378; FG Nürnberg. v. 23.1.2003 – VI 187/2000, DStRE 2003, 729, nrkr., NZB Az. BFH VIII B 48/03).

Wegen der Anknüpfung an das Eigenkapitalersatzrecht (s.u.) scheidet eine Berücksichtigung aber aus, wenn die Bürgschaft erstmalig nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft übernommen wurde; unschädlich ist dagegen die Verlängerung einer bereits vor dem Ausscheiden übernommenen, als eigenkapitalersetzend qualifizierten Bürgschaft (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817, unter II.3).

**Qualifizierung als Eigenkapitalersatz:** Die Bürgschaftsübernahme durch einen Gesellschafter ist nach der Rspr. des BFH nur dann „durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst“, wenn sie als eigenkapitalersetzende Finanzierungsmaßnahme zu qualifizieren ist. Für die Qualifikation als eigenkapitalersetzende Finanzierungsmaßnahme galten vor Inkrafttreten des MoMiG insoweit die gleichen Fallgruppen wie bei Gesellschafterdarlehen (s. dazu Anm. 201), nämlich Bürgschaften, die in der Krise übernommen werden, in der Krise stehen gelassen werden, von vornherein krisenbestimmt sind oder von vornherein im Rahmen eines erkennbaren Finanzplans übernommen wurden (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817, unter II.2.a mwN). Eine Krise liegt – bezogen auf die Bürgschaft – vor, wenn die Inanspruchnahme aus ihr und die Wertlosigkeit des Rückgriffsanspruchs so wahrscheinlich sind, dass ein Nichtgesellschafter zu diesem Zeitpunkt keine Bürgschaft mehr für die Gesellschaft übernommen hätte (zB BFH v. 16.4.1991 – VIII R 100/87, BStBl. II 1992, 234; BFH v. 29.6.1995 – VIII R 68/93, BStBl. II 1995, 722). Nicht entscheidend ist die bloße Unvereinbarkeit mit einem Fremdvergleich (BFH v. 22.4.2008 – IX R 75/06, BFH/NV 2008, 1994). An der Beurteilung von Finanzierungsmaßnahmen als eigenkapitalersetzend hat sich nach Inkrafttreten des MoMiG nichts geändert.

**Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten:** Auch für die Höhe der nachträglichen AK gelten die gleichen Grundsätze wie bei Gesellschafterdarlehen (s. dazu Anm. 201); statt der Darlehensforderung ist auf den Wert des Rückgriffsanspruchs des Bürgen nach § 774 BGB abzustellen (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817, unter II.2.c). Bei Bürgschaften, die in der Krise gewährt wurden oder krisenbestimmt sind oder in die Finanzplanung erkennbar einbezogen waren, ist der Nennwert des Rückgriffsanspruchs maßgebend. Bei Bürgschaften, die erst durch das Stehenlassen in der Krise eigenkapitalersetzend wurden, kommt es dagegen auf den gemeinen Wert zu diesem Zeitpunkt an (BFH v. 6.7.1999 – VIII R 9/98, BStBl. II 1999, 817). Ist der Bürge zahlungsunfähig oder ist aus anderen Gründen, zB einer bedingten Erlassvereinbarung, nicht mit seiner Inanspruchnahme über einen bestimmten Betrag hinaus zu rechnen, so ist die Bürgschaftsverpflichtung nur noch in Höhe dieses Restbetrags zu berücksichtigen. Seine volle Inanspruchnahme wäre in diesem Fall ein rückwirkendes Ereignis iSd. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO (FG Nürnberg v. 23.1.2003 – VI 187/2000, DStRE 2003, 729, nrkr., NZB Az. BFH VIII B 48/03). Bei Ratentilgung einer Bürgschaftsschuld durch den Gesellschafter einer GmbH sind die nachträglichen AK auf die Beteiligung durch Abzinsung der Bürgschaftsschuld zu ermitteln. Die in der Ratenzahlung enthaltenen Zinsanteile können nicht als WK bei den Einkünften des Gesellschafters aus Kapitalvermögen abgezogen werden (BFH v. 26.1.1999 – VIII R 32/96, DStR 1999, 427; OFD Cottbus v. 26.3.1999, StEK EStG § 17 Nr. 44). Entsprechendes gilt für Darlehenszinsen zur Refinanzierung der Bürgschaftszahlungen (BFH v. 5.10.2004 – VIII R 64/02, GmbHR 2004, 1545; aA die Vorinstanz FG Saar. v. 5.8.2002 – 1 K 331/02, EFG 2002, 1435, rkr.; zu Gestaltungsmöglichkeiten Hoffmann, EFG 2002, 1437).

**Sonstige gesellschaftsrechtlich bedingte Sicherheitsleistungen:** Die gleichen Grundsätze wie für die Bürgschaft gelten auch für andere gesellschaftsrechtlich bedingte Sicherheitsleistungen, so zB für Garantieverprechen und Rangrücktritt (BFH v. 27.10.1992 – VIII R 87/89, BStBl. II 1993, 340; BFH v. 4.11.1997 – VIII R 43/96, BFH/NV 1998, 1076 mwN), beim abstrakten Schuldversprechen (BFH v. 18.8.1992 – VIII R 13/90, BStBl. II 1993, 34). Eine Patronatserklärung reicht für sich alleine noch nicht aus, um nachträgliche AK aus-

## II. Ermittlung des Veräußerungsgewinns (Satz 1) Anm. 202–205 § 17

zulösen (FG Düss. v. 17.7.1996 – 14 K 2511/92 E, EFG 1996, 1035, rkr.; RAPP in LBP, § 17 Rn. 210 [11/2010]).

### ee) Forderungsverzicht und -abtretung

203

**Der Verzicht** eines Gesellschafters auf eine Forderung gegen die KapGes. führt zu nachträglichen AK iSd. Abs. 2 in Höhe des gemeinen Werts der Forderung im Zeitpunkt des Verzichts (verdeckte Einlage, BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 307 [4/2014]).

**Abtretung der Forderung:** Nachträgliche AK entstehen nach der Rspr. des BFH auch, wenn der Gesellschafter in der Abwicklungsphase zum Zweck der Beendigung seines Engagements Forderungen gegen die KapGes. an einen Mitgesellschafter (BFH v. 24.4.1997 – VIII R 23/93, BStBl. II 1999, 342) oder den Erwerber des KapGesAnteils (BFH v. 4.8.1999 – VIII B 68/99, BFH/NV 2000, 41; PUNG/WERNER in DPM, § 17 EStG Rn. 326 [4/2014]) abtritt.

**Verzicht auf funktionales Eigenkapital:** Verzichtet der Gesellschafter während einer Krise der Gesellschaft auf seine Forderung (zB um die Eigenkapitalquote zu verbessern), so führt dies bei ihm selbst dann nur zu nachträglichen AK in Höhe des Teilwerts der Forderung (idR dann 0 €), wenn das Darlehen bei der Gesellschaft bis zum Zeitpunkt des Verzichts einen Ersatz für Eigenkapital dargestellt hat (Anm. 201a zur Auswirkung bei der Gesellschaft gilt hier entsprechend). Die Vereinbarung eines Besserungsscheins, so dass das Darlehen im Falle der Überwindung der Krise der Gesellschaft wieder auflebe, ändert hieran nichts (stRspr., vgl. BFH v. 16.5.2001 – I B 143/00, BStBl. II 2002, 436; BFH v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015, 769). Die Rspr. sollte hier uE die eigenen Regelungszwecke des StRechts in den Vordergrund stellen und den bisher maßgebenden Gedanken der zivilrechtl. Novation (Erlöschen der alten Schuld und Begründung einer neuen Abrede, daher auch die Neubewertung im Zeitpunkt des Verzichts) nicht auf die Bewertung von Darlehensverzichten durchschlagen lassen, soweit das Darlehen vorher funktionales Eigenkapital dargestellt hat. Bei einer entsprechenden Anpassung der Rspr. müsste allerdings darauf geachtet werden, dass in diesen Fällen eine Art Veräußerungsverbot – zB in Form einer Behaltensfrist von fünf Jahren – für den Gesellschaftsanteil sowie den (im Besserungsfall wieder auflebenden) Darlehensanspruch verhängt wird, bis der Besserungsfall eintritt, um möglichen Gestaltungsmissbräuchen vorzubeugen. Eine solche Anpassung wäre aufgrund der bisher gängigen und Sanierungsbemühungen der Gesellschafter zunichtemachenden Rechtslage sehr begrüßenswert, kann doch die aus einem Verzicht in der Krise regelmäßig resultierende Steuerlast für die ohnehin bereits angeschlagene Gesellschaft das Aus bedeuten.

Einstweilen frei.

204

### d) Änderung der Anschaffungskosten

205

Für die Änderung der AK gelten Anm. 166 und 184. Änderungen können durch einen nachträglichen Erlass eines Teils der AK, durch Nachzahlung auf den Erwerbspreis, durch nachträgliche Zahlung einer Vermittlungsprovision für den damaligen Erwerb seitens des Veräußerers, durch Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft (SCHULZE ZUR WIESCHE, GmbHR 1984, 185) etc. eintreten. Wertveränderungen können auch aus einer geänderten Rechtslage und der daraus resultierenden abweichenden Bewertung zum Veräußerungs- im Vergleich zum Anschaffungszeitpunkt herrühren (vgl. Anm. 192).

**Bei einer Kapitalherabsetzung** liegt eine Minderung der AK in Höhe des herabgesetzten Betrags vor, wenn dieser Betrag an die Anteilseigner ausgezahlt und die Auszahlung nicht als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfasst wurde (vgl. § 20).

**Rückzahlung oder Ausschüttungen aus dem steuerlichen Einlagekonto** (§ 27 KStG) mindern die AK. Eine solche Minderung der AK ist jedoch nur bis auf null möglich, da es keine negativen AK gibt. Der BFH (v. 20.4.1999 – VIII R 44/96, BStBl. II 1999, 698, mit Schrifttumsnachweisen) ging für VZ bis 1996 demgegenüber von einer Minderung in den negativen Bereich aus (vgl. Anm. 270). Jedenfalls ab dem VZ 1997 hat sich dieser Streit erledigt, da die Ausschüttung von EK 04 bzw. von Beträgen aus dem stl. Einlagekonto iSd. § 27 KStG (ab VZ 2001/2002) durch Abs. 4 Satz 1 ausdrücklich als veräußerungs-gleicher Tatbestand behandelt wird (zu Einzelheiten vgl. Anm. 207, 325 f.).

206 Einstweilen frei.

#### 207 e) Wichtige Einzelfälle zu Bewertungsfragen bei den Anschaffungskosten

**Anteile, die durch Absenkung der Beteiligungsgrenzen steuerverstrickt wurden:** Bei Anteilen, die wegen der Beteiligungshöhe ursprünglich nicht nach § 17 steuerverstrickt waren und es erst durch die Absenkung der Beteiligungsquoten auf mindestens 10 % (ab 1.1.1999 durch StEntG 1999/2000/2002) bzw. mindestens 1 % (prinzipiell ab 1.1.2001 durch StSenkG) wurden, wären auf der Grundlage von BFH (BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312) bei der Gewinnermittlung nach § 17 die historischen AK anzusetzen. Nach der jüngsten Rspr. des BFH (BFH v. 1.3.2005 – VIII R 92/03, BStBl. II 2005, 398. hiergegen Verfassungsbeschwerden unter 2 BvR 753/05 und 2 BvR 748/05) sind als AK die historischen AK und nicht der gemeine Wert der Anteile anzusetzen. Diese Ansicht ist wegen der Rückwirkung verfassungsrechtl. fraglich. Weitere Einzelheiten und Kritik s. Anm. 9.

Im Fall der Veräußerung mit Verlust kann die Absenkung von 25 % auf 10 % bzw. von 10 % auf 1 % günstig sein. Sie kann dazu führen, dass die Verlustausgleichsbeschränkung des Abs. 2 Satz 6 nicht eingreift (s. Anm. 240 f.).

**Anteilsbewertung bei Eintritt der unbeschränkten Steuerpflicht:** Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an inländ. KapGes. unterliegen regelmäßig nicht der deutschen Besteuerung, wenn der Anteilseigner seinen Wohnsitz im Ausland hat. Zwar liegen inländ. Einkünfte vor (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e), das Besteuerungsrecht wird durch DBA aber idR allein dem Wohnsitzstaat zugewiesen. Wird der Anteilseigner unbeschränkt stpfl., wächst er mit seiner Beteiligung im Umfang der gesetzlichen Beteiligungsgrenze in die deutsche StPflcht hinein. Veräußert er die Beteiligung später, waren nach Ansicht des BFH (v. 30.3.1993 – VIII R 44/90, BFH/NV 1993, 597; BFH v. 19.3.1996 – VIII R 15/94, BStBl. II 1996, 312) bei der Gewinnermittlung nach § 17 die tatsächlichen historischen AK anzusetzen und nicht der gemeine Wert bei Zuzug (vgl. GROSSMANN/LÜCKHARDT, Inf. 1996, 737, mit Beispiel). Zum Zweck der zutreffenden Ermittlung solcher Gewinne wurden im Zuge des SEStEG v. 7.12.2006 die neuen Sätze 3 und 4 geschaffen, vgl. hierzu Anm. 232.

**Anteilsbewertung bei Entnahme aus einem Betriebsvermögen:** Bei der Entnahme von Anteilen aus dem BV eines Einzelunternehmens oder einer PersGes. – oder wenn Anteile im Zuge einer Betriebsaufgabe in das PV überführt werden – tritt bei einer späteren Veräußerung an die Stelle der historischen AK