



# Forderungsverluste im Privatvermögen

## Referenten:

Jürgen Sievert  
Rechtsanwalt  
Steuerberater

Stefan Lorenz  
MR  
FM NRW

—

Düsseldorf , 25.02.2019

# Agenda

1.

Neuausrichtung der Rechtsprechung des BFH

1.1

Neuausrichtung des IX. Senats

1.2

Neuausrichtung des VIII. Senats und Zusammenfassung

1.3

Reaktion der Finanzverwaltung

# Agenda

2

Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

2.1

Endgültigkeit des Wertverlusts: Insolvenzantrag

2.2

Endgültigkeit des Wertverlusts: Anzeige der Masseunzulänglichkeit

2.3.

Endgültigkeit des Wertverlusts: Ablehnung der Eröffnung mangels Masse

2.4.

Einkunftserzielungsabsicht: Zinsloses Darlehen

2.5

Einkunftserzielungsabsicht: kein Drittanbieter

2.6.

Bei bestehender Beteiligung: Gesellschafterdarlehen

2.7.

Bei bestehender Beteiligung: Forderungsverzicht

2.8

Bei bestehender Beteiligung: Auflösungsverlust aus unwesentlicher Beteiligung

# Neuausrichtung der Rechtsprechung (1.1)

- BFH, Urteil vom 11.07.2017 IX R 36/15
  - mit der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG von 2008 ist die gesetzliche Grundlage für die bisherige Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Aufwendungen des Gesellschafters aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen als nachträgliche Anschaffungskosten i.R.d. § 17 EStG entfallen
    - bisher: Beurteilung zum Zeitpunkt der Darlehenshingabe
- aber: Vertrauensschutz, wenn:
  - der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum **27.09.2017** (= Tag der Veröffentlichung des Urteils) geleistet hat oder
  - eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters **bis zu diesem Tag** eigenkapitalersetzend geworden ist
- in § 17 EStG wirken sich daher nur Kapitalmaßnahmen als (nachträgliche) Anschaffungskosten aus, die
  - in einer **förmlichen Nennkapitalerhöhung** bestehen, oder
  - als **offene** oder **verdeckte Einlage** anzusehen sind
  - darunter fallen insbesondere (vom BFH erwähnt):
    - **Nachschüsse i.S.d. §§ 26 ff GmbHG**
    - **sonstige Zahlungen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB (Kapitalrücklage)**
      - Auch anzuerkennen, wenn die Einzahlung kurz vor verlustrealisierender Anteilsveräußerung erfolgt, um Darlehen zurückzuzahlen, für die Gesellschafter Sicherheit geleistet haben (BFH, Urteil vom 20.07.2018, IX R 5/15)
    - **Barzuschüsse** (Sanierungszuschuss)
    - **Verzicht auf eine noch werthaltige Forderung**
    - **Rangrücktritt i.S. von § 5 Abs. 2a EStG** (keine Konkretisierung des Begriffs Rangrücktritt)

# Neuausrichtung der Rechtsprechung (1.2)

- BFH, Urteil vom 24.10.2017, VIII R 13/15
  - **Endgültige** Wertverluste führen zu negativen Einkünften aus Kapitalvermögen (im Urteilsfall lag **kein** Gesellschafterdarlehen vor)
  - Mit der Einführung der Abgeltungsteuer sollte eine vollständige steuerrechtliche Erfassung aller Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen erreicht werden
  - BFH weist in seiner Pressemitteilung darauf hin, dass seine Grundsätze auch die Fragen der Behandlung eines Forderungsverzichtes oder die Auflösung einer Kapitalgesellschaft beeinflussen können
- Neuausrichtung der Rechtsprechung:
  - Nach BFH vom 11.07.2017 führt das „funktionale Eigenkapital“ nach dem Inkrafttreten des MoMiG nicht mehr zu nachträglichen Anschaffungskosten
  - Nach dem BFH vom 24.10.2017 führen Wertverluste (Darlehen) zu negativen Einkünften aus Kapitalvermögen.
  - Systemkonform wird damit konsequent zwischen der Beteiligung und der Finanzierungshilfe unterschieden. Diese ist zivilrechtlich von der Beteiligung zu trennen, und die geänderte Rechtsprechung führt dazu, dass diese Differenzierung auch steuerlich erfolgt.
- ABER: a) keine Einheitlichkeit der Folgerechtsprechung; b) auch aus der Vorzeit noch ablehnende Urteile beim VIII. Senat anhängig; c) gegen ein die Rspr. des VIII. Senat inhaltlich ablehnendes Urteil (FG Köln vom 18.01.2017) ist immer noch die Revision beim X. Senat anhängig; d) ein ggü. der Rspr. des VIII. und des IX. Senat (FG Berlin-Brandenburg vom 18.04.2018) kritisch eingestelltes Urteil bezeichnet das Verhältnis der neuen Rspr. als noch nicht geklärt (Rev. beim IX. Senat)

# Neuausrichtung der Rechtsprechung (1.3)

- Reaktion der Finanzverwaltung:
  - Auf die Vertrauensschutz- Übergangsregelung gem. BFH vom 11.07.2017
    - Vfg. LfSt Niedersachsen vom 13.03.2018: Aufgrund dieser Rechtsprechungsänderung sind Abstimmungen auf Ebene der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder erforderlich, die derzeit noch andauern und deren Ergebnisse daher weiter abzuwarten sind.....
  - Auf BFH vom 24.10.2017 – Bejahung der Abzugsfähigkeit nach § 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG
    - Kurzinfo OFD NRW vom 23.01.2018: Grundsatzentscheidung ist Gegenstand einer Abstimmung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder und wird deswegen gegenwärtig nicht angewendet

## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.1. Endgültigkeit des Wertverlusts: Insolvenzantrag

#### Ausgangssachverhalt

- Der frühere Glücksspieler Karl Gernegroß hat nach einem erheblichen Lottogewinn beschlossen, in Zukunft nur noch als Business Angel tätig zu sein.
- Er hat diverse Darlehen an junge Start-up-Unternehmen vergeben. An einigen Unternehmen ist er zudem gesellschaftsrechtlich beteiligt. Gernegroß hat in 2018 erhebliche positive Einkünfte aus Kapitalvermögen.
- Beim Unternehmen A ( nur Darlehen) ist vom CFO der Insolvenzantrag Ende 2018 gestellt worden.
- Gernegroß möchte den möglichen Verlust des Darlehens bereits in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.

#### Lösung

- Nach Auffassung des BFH muss endgültig feststehen, dass keine weiteren Rückzahlungen mehr erfolgen werden.
- Der BFH knüpft damit an seine Rechtsprechung zum Zeitpunkt der Verlustentstehung bei § 17 Abs. 4 EStG an.
- Danach ist diese Voraussetzung regelmäßig bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Forderungsschuldners **noch nicht** gegeben.
- Damit scheidet im vorliegenden Fall eine Verlustberücksichtigung zu diesem Zeitpunkt aus.

## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.2. Endgültigkeit des Wertverlusts: Anzeige der Masseunzulänglichkeit

#### Abwandlung Ausgangssachverhalt

- Beim Unternehmen B ist vom CFO der Insolvenzantrag Mitte 2018 gestellt worden.
- Der Insolvenzverwalter hat im November 2018 eine Masseunzulänglichkeit gem. § 208 Abs. 1 S.1 InsO angezeigt, d.h. die Kosten des Insolvenzverfahrens sind zwar gedeckt, die Insolvenzmasse reicht jedoch nicht aus, um die bereits fälligen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen.
- Auf Gernegroß wird nach Auskunft des Insolvenzverwalters keine Quote entfallen.
- Gernegroß möchte den möglichen Verlust des Darlehens ( keine Beteiligung) bereits in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.

#### Lösung

- Nach der o.g. BFH-Rechtsprechung ist bei der Frage, ob keine weiteren Rückzahlungen mehr zu erwarten sind, die ex ante Sicht entscheidend.
- Danach sind nachträgliche Ereignisse wie der tatsächliche Ausgang eines Insolvenzverfahrens nicht zu berücksichtigen.
- Ausnahmsweise sei auf einen Zeitpunkt vor Abschluss des Insolvenzverfahrens abzustellen, wenn ohne weitere Ermittlungen und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass das Vermögen einer Gesellschaft zu Liquidationswerten die Schulden nicht mehr decken wird und ein Zwangsvergleich ausgeschlossen erscheint.
- Nach der Mitteilung des Insolvenzverwalters ist klar , dass nach seiner Einschätzung die Insolvenzgläubiger einschließlich Gernegroß keine Rückzahlungen erhalten werden. Zu diesem Zeitpunkt steht also fest, dass auf die Forderung von Gernegroß keine Zahlung entfallen wird.
- Die Entscheidung nach § 208 Abs. 1 S.1 InsO ist auch keine prognostische Entscheidung (im Gegensatz zu der Frage nach § 208 Abs. 1 S.2 InsO zukünftig fällig werdender Masseverbindlichkeiten)
- **Hinweis:** nach Entscheidung des FG Düsseldorf vom 18.07.2018 (2. Rechtszug nach Zurückverweisung durch BFH vom 24.10.2017) wieder Rev. BFH VIII R 28/18



## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.3. Endgültigkeit des Wertverlusts: Ablehnung der Eröffnung mangels Masse

#### Abwandlung Ausgangssachverhalt

- Beim Unternehmen C ist vom CFO der Insolvenzantrag Anfang 2018 gestellt worden.
- Die Einleitung des Insolvenzverfahrens ist im Dezember 2018 mangels Masse abgelehnt worden.
- Gernegroß möchte den möglichen Verlust des Darlehens( keine Beteiligung) bereits in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.

#### Lösung

- Der BFH hat in seiner ständigen Rechtsprechung entschieden, dass eine frühere Berücksichtigung des Auflösungsverlustes insbesondere in dem Fall stattfindet, in dem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wird.
- Gegen eine Anwendung dieses Grundsatzes bei der Beurteilung der Endgültigkeit des Ausfalls einer privaten Darlehensforderung bestehen keine grundlegenden Bedenken.
- Mithin kann Gernegroß den Wertverlust bereits in 2018 geltend machen.
- **Hinweis/Vorschlag:** Die Feststellung, dass keine weiteren Zahlungen mehr erfolgen, lässt sich strenggenommen niemals leisten, da selbst nach Abschluss eines Insolvenzverfahrens nicht ausgeschlossen ist, dass später noch Zahlungen geleistet werden.  
Eine Alternative zur Ermittlung des objektiven Zeitpunkts, an dem künftig nicht mehr mit Zahlungen zu rechnen ist, könnte sein, auf die Kriterien, die für die Zwecke der Umsatzsteuerberichtigung nach § 17 Abs. 1 und 2 Nr. 1 UStG entwickelt worden sind, abzustellen.  
Ein späterer Zahlungseingang könnte als rückwirkendes Ereignis oder nachträgliche Einnahme aus Kapitalvermögen steuererhöhend Berücksichtigung finden.

## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.4. Einkunftserzielungsabsicht: Zinsloses Darlehen

#### Abwandlung Ausgangssachverhalt

- Das Unternehmen D ist Anfang 2018 in eine erhebliche wirtschaftliche Schräglage durch Produktprobleme geraten und sieht sich enormen Schadenersatzforderungen ausgesetzt.
- Es steht fest, dass keine Rückzahlung des durch Gernegroß gewährten Darlehens zu erwarten ist.
- Da die Probleme zum Zeitpunkt der Darlehenshingabe bereits erkennbar waren, hatte Gernegroß ein zinsloses Darlehen ( keine Beteiligung) gewährt und hier auf eine positive Resonanz in der Öffentlichkeit gesetzt.
- Gernegroß möchte den möglichen Verlust des Darlehens bereits in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.
- **Variante:** Gernegroß ist zudem an D mit weniger als 1 % beteiligt

#### Lösung

- Der BFH verlangt, dass die Einkünfteerzielungsabsicht auch bei den Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 EStG für jede einzelne Kapitalanlage einzeln zu prüfen ist.
- Allerdings besteht unter dem Geltungsbereich der Abgeltungssteuer die tatsächliche Vermutung, dass diese gegeben ist.
- Diese Vermutung kann jedoch im Einzelfall widerlegt werden.
- Bei der Hingabe eines zinslosen Darlehen, welches von vornherein zinslos gewährt wird, dürfte die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht widerlegt sein.
- Mithin kann Gernegroß den Vermögensverlust mangels bestehender Einkünfteerzielungsabsicht bei dem Darlehen nicht geltend machen.
- **Variante:** es besteht zwar kein wirtschaftlicher Zusammenhang mit Kapitalerträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, aber mit potenziellen Beteiligungserträgen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (so BFH vom 24.10.2017, VIII R 19/16).

## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.5. Einkunftserzielungsabsicht: kein Drittanbieter

#### Abwandlung Ausgangssachverhalt

- Das Unternehmen E ist Anfang 2018 in eine erhebliche wirtschaftliche Schräglage durch Produktprobleme geraten und unternimmt momentan große Anstrengungen, um wieder in die Erfolgsspur zu kommen.
- Es steht zu erwarten, dass keine Rückzahlung des durch Gernegroß gewährten Darlehens erfolgen wird.
- Da die Probleme zum Zeitpunkt der Darlehenshingabe bereits erkennbar waren, war niemand mehr zu einer Darlehensgewährung bereit. Gernegroß hatte hingegen ein hoch verzinsliches Darlehen gewährt, um sich in der Szene als Krisenheld zu gerieren (keine Beteiligung).
- Gernegroß möchte den möglichen Verlust des Darlehens bereits in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.

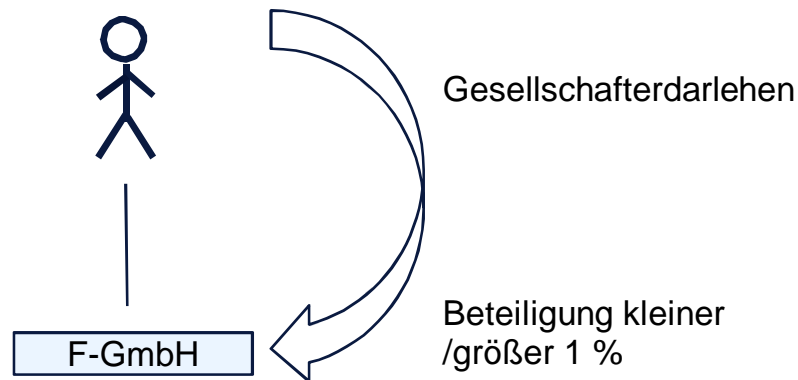
#### Lösung

- Die Steuerbarkeit im Rahmen von § 20 EStG setzt Einkunftserzielungsabsicht voraus.
- Gibt ein Dritter einer Gesellschaft ein Darlehen zu einem Zeitpunkt, an dem feststeht, dass die Gesellschaft es nicht zurückzahlen kann, könnte die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG widerlegt sein.
- Allerdings ist die Hürde der Widerlegung sehr hoch. In Betracht käme ggf. eine Einkunftserzielungsabsicht hinsichtlich gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, d.h. bezogen auf das Gesellschaftsverhältnis selbst.
- Da Gernegroß allerdings nicht Gesellschafter ist, würde auch dieser Gesichtspunkt nicht eingreifen und die Vermutung der Einkunftserzielungsabsicht könnte in diesem Fall ausnahmsweise widerlegt sein.
- Dagegen spricht aber zum einen die Sicht des BFH, wonach das Fehlen konkreter Kapitalerträge nicht die erforderliche Einkunftserzielungsabsicht infrage stellt. Zum anderen der Zweck der Einführung der Abgeltungsteuer, der Gefahr der Verlagerung von Kapitaleinkünften ins niedrig besteuerte Ausland zu begegnen.

## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.6. Bei bestehender Beteiligung: Gesellschafterdarlehen

#### Abwandlung Ausgangssachverhalt:



- Aufgrund erheblicher Schwierigkeiten der F-GmbH ist eine Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens objektiv nicht mehr zu erwarten.
- Gernegroß möchte den möglichen Verlust des Gesellschafterdarlehens bereits in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.
- **Variante:** Gernegroß ist eine Bürgschaft eingegangen und wurde in Anspruch genommen. Die Regressforderung erweist sich objektiv als uneinbringlich.

#### Lösung

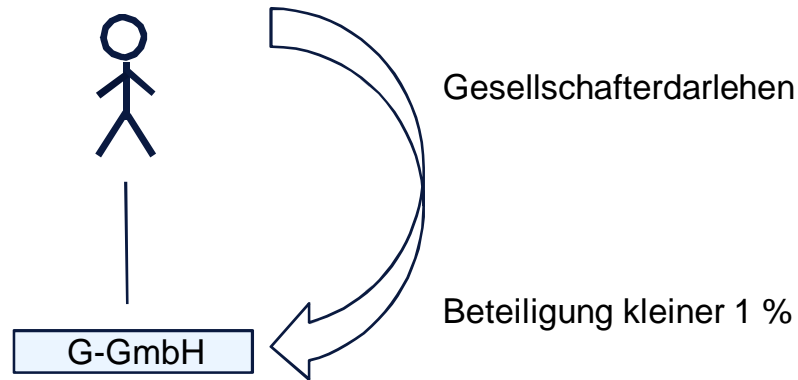
- Grundsätzlich könnte hier der Tatbestand des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 i.V.m. S. 2 EStG erfüllt sein, soweit die hingegebene Darlehensvaluta endgültig nicht zurückgezahlt wird
- Für die Erfüllung des Tatbestands ist dabei unerheblich, dass der Gläubiger, an der Gesellschaft, an welche er das Darlehen ausreicht, selbst (mehr oder weniger als 1 %) beteiligt ist. Es könnte zwar an § 20 Abs. 8 EStG zu denken sein, wonach die Zuordnung von Einkünften zu gewerblichen Einkünften – also auch § 17 EStG – vorrangig ist. Jedoch betrifft § 17 EStG ausschließlich die Beteiligung i.S.d. Quelle bzw. des Vermögensstamm, also die Werthaltigkeit der Beteiligung selbst
- Gem. der Linie des IX. Senats besteht keine Verbindung mehr zwischen der Steuerbarkeit von Veräußerung/Auflösung einer Kapitalgesellschaft einerseits und der von Vermögenseinbußen aus Vertragsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter andererseits.
- Gernegroß kann also den Darlehensverlust steuerlich geltend machen. Dies gilt ebenso für die **Variante**, den möglichen Verlust der Bürgschaftsregressforderung.
- **Kritik:** klarer und eindeutiger Wortlaut des § 20 Abs. 8 EStG (Vorrang der gewerblichen Einkünfte) steht einer solchen Lesart im Wege.

## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.7. Bei bestehender Beteiligung: Forderungsverzicht

#### Lösung

#### Abwandlung Ausgangssachverhalt



- Aufgrund erheblicher Schwierigkeiten der G-GmbH wird von einer Unternehmensberatung ein Schuldenschnitt angeregt.
- Im Rahmen des sog. Haircut im Jahr 2018 verzichtet Gernegroß auf 50 % seiner – wertlosen – Forderung (Abwandlung: gegen Besserungsschein).
- Gernegroß möchte den anteiligen Verzicht auf das Gesellschafterdarlehen in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.

- Das FG Münster hat mit Urteil vom 12.03.2018 – unter Bezug auf das Urteil des VIII. Senats – entschieden, dass der endgültige Ausfall einer Darlehensforderung eines GmbH-Geschafters an die GmbH durch einen Forderungsverzicht auf der Vermögensebene zu einem steuerlich relevanten Verlust führt.
- Nach Ansicht des FG ist der Forderungsverzicht einer Veräußerung gleichzustellen, da er zu einem endgültigen Ausfall der Kapitalforderung mit einer damit einhergehenden Einbuße der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt. Die steuerliche Berücksichtigung ist unter dem Gebot der Folgerichtigkeit geboten.
- Diese Grundsätze sollten auch bei einem Forderungsverzicht unter Besserungsschein gelten. Die in dem Besserungsschein liegende aufschiebende Bedingung des Verlusts des Eintritts der Erlasswirkung steht der Annahme eines wirtschaftlich endgültigen Ausfalls nicht entgegen (Arg. auch aus BFH vom 24.10.2017 zu den Wirkungen des Bedingungseintritts(nicht rückwirkend), s. Folie 9)

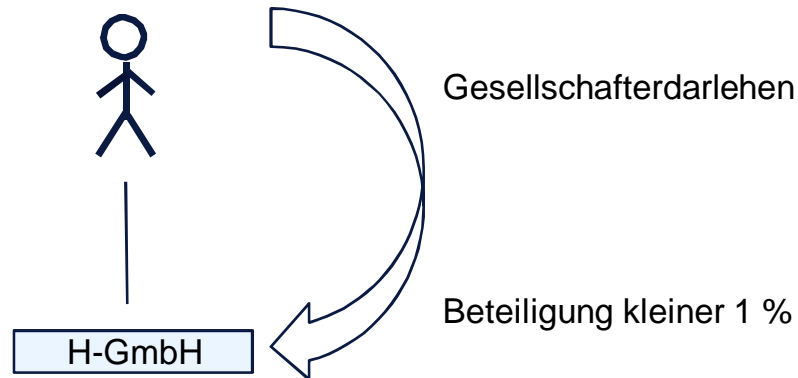
**Kritik:** Der Forderungsausfall ist mit der Situation eines Forderungsverzichts nicht vergleichbar. Im Gegensatz zum Forderungsausfall kann der Steuerpflichtige beim Forderungsverzicht sowohl Eintritt als auch Zeitpunkt des Verlustes selbst bestimmen: Missbrauchsgefahr.

Allein die Möglichkeit eines realisierenden Verkaufs rechtfertigt keine Gleichstellung des Forderungsverzichts in der steuerlichen<sub>12</sub> Behandlung.

## 2. Ausgewählte offene Fälle nach der Rechtsprechung des VIII. Senats

### 2.8. Bei bestehender Beteiligung: Auflösungsverlust aus unwesentlicher Beteiligung

#### Abwandlung Ausgangssachverhalt



- Aufgrund erheblicher Schwierigkeiten der H-GmbH ist die Gesellschaft in 2018 liquidiert worden und Gernegroß ist mit seinem Darlehen voll ausgefallen.
- Gernegroß möchte den Verlust des Gesellschafterdarlehens und der Beteiligung in seiner Steuererklärung 2018 geltend machen.

#### Lösung

- Sachverhalt lässt sich unter § 20 Abs. 2 S. 2 EStG (Einlösung) einordnen, d.h. Abzugsfähigkeit beider Verluste, wobei man sich im Grenzbereich des Gesetzeswortlauts befindet.
- Die gesetzgeberische Intention, mit § 20 Abs. 2 S. 2 EStG eine vollständige Erfassung aller Wertzuwächse in Zusammenhang mit Kapitalanlagen zu erreichen, spricht dafür, dass Vermögenseinbußen umfassend berücksichtigt werden.
- Derjenige, der einen Totalausfall seiner Kapitalanlage in Gestalt eines Auflösungsverlusts endgültig erleidet, ist in seiner Leistungsfähigkeit genauso beeinträchtigt, wie derjenige, der für seine wertlose Kapitalanlage noch eine Entgelt von 1 € erlangt hat; ein sachlicher Grund für eine Differenzierung ist nicht zu finden.
- **Kritik:** Der Wortlaut der Vorschrift lässt dieses Ergebnis nicht zu; für eine Analogie fehlt es an einer planwidrigen Gesetzeslücke, der Gesetzgeber hat in § 17 Abs. 4 EStG eine eigene Regelung für diesen Fall getroffen und die Regeln des § 17 EStG waren Blaupause für die Regeln in § 20 Abs. 2 EStG, hätte der Gesetzgeber die Berücksichtigung in diesem Rahmen gewollt, hätte er eine solche Regelung getroffen.



**Jürgen Sievert**

Partner, Tax

T +49 221 2073-1936

jsievert@kpmg.com

KPMG AG

Wirtschaftsprüfungsgesellschaft

Barbarossaplatz 1a

50674 Köln



[www.kpmg.de/socialmedia](http://www.kpmg.de/socialmedia)

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation. Unsere Leistungen erbringen wir vorbehaltlich der berufsrechtlichen Prüfung der Zulässigkeit in jedem Einzelfall.

© 2019 KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, ein Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International Cooperative („KPMG International“), einer juristischen Person schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. Der Name KPMG und das Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

[www.kpmg.de](http://www.kpmg.de)