

70 . Düsseldorfer Steuerfachtagung

25. Februar 2019

Forderungsverluste im Privatvermögen

Jürgen Sievert

1. Neuausrichtung der Rechtsprechung des BFH

1.1. Neuausrichtung des IX. Senats

Mit Grundsatzurteil vom 11.7.2017¹ hat der BFH erstmalig über einen nach Inkrafttreten des MoMiG von 2008 entstandenen Auflösungsverlust i.S. d. 17 EStG zu entscheiden. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, dass mit der Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG von 2008, die gesetzliche Grundlage für die bisherige Rechtsprechung für die Berücksichtigung von Aufwendungen des Gesellschafters aus eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen als nachträgliche Anschaffungskosten i.R.d. § 17 EStG entfallen ist. Aufwendungen aus Fremdkapitalhilfen, wie der Ausfall eines vormals krisenbedingten, krisenbestimmten oder in der Krise stehen gelassenen Darlehens oder der Ausfall einer Bürgschaftsregressforderung führen – mangels einer gesetzlichen Grundlage – grds. nicht mehr zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung. Etwas anderes könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn die vom Gesellschafter gewährte Fremdkapitalhilfe aufgrund der vertraglichen Abrede mit der Zuführung einer Einlage in das Gesellschaftsvermögen vergleichbar ist.

Allerdings hält der Senat es aus Gründen des Vertrauensschutzes für geboten, die neuen Grundsätze nur mit Wirkung für die Zukunft anzuwenden.

Soweit der Gesellschafter eine eigenkapitalersetzende Finanzierungshilfe bis zum 27.9.2017 (= Tag der Veröffentlichung des Urteils) geleistet hat oder eine Finanzierungshilfe des Gesellschafters bis zu diesem Tag eigenkapitalersetzend geworden ist, werden die bisherigen Grundsätze weiter angewandt. Maßgebend ist damit nach

¹ BFH, Urteil vom 11.7.2017 – IX R 36/15, BFH/NV 2017, 1501

Auffassung des IX. Senats der handelsrechtliche Begriff der Anschaffungskosten aus, die in einer förmlichen Nennkapitalerhöhung bestehen oder als offene oder verdeckte Einlage anzusehen sind.

Darunter fallen insbesondere (vom BFH ausdrücklich erwähnt):

- Nachschüsse i.S.d. §§ 26 ff GmbHG
- Sonstige Zahlungen nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB (Kapitalrücklage)
- Barzuschüsse
- Verzicht auf eine noch werthaltige Forderung
- Rangrücktritt i.S.v. § 5 Abs. 2a EStG

Der IX. Senat konkretisiert allerdings nicht den Begriff des Rangrücktritts i.S.v. § 5 Abs. 2a EStG. Möglicherweise wollte er nur die Konstellationen ansprechen, in der die Formulierung des Rangrücktritts zur Auflösung der Verbindlichkeiten führt. Man wird die weitere Präzisierung abwarten müssen.

In einem weiteren Urteil² hat der BFH Aufwendungen des Gesellschafters aus einer Einzahlung in die Kapitalrücklage zur Vermeidung einer Bürgschaftsinanspruchnahme als nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung anerkannt. Der steuerrechtlichen Anerkennung stand auch nicht entgegen, dass die der Kapitalrücklage zur Verfügung gestellten Mittel von der GmbH gerade dazu verwendet wurden, jene betrieblichen Verbindlichkeiten abzulösen, für die der Gesellschafter gegenüber der Gläubigerbank Sicherheiten gewährt hatte. Unerheblich war auch, mit welchem Wert ein Rückgriffsanspruch des Gesellschafters gegen die GmbH zu bewerten gewesen wäre oder er gar mit einem solchen Anspruch ausgefallen wäre. Es liege auch kein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts i.S.d. § 42 Abs. 1 S.1 AO, da die Ausstattung einer Gesellschaft mit Eigenkapital nicht den Wertungen des Gesellschaftsrechts widerspricht.

1.2. Neuausrichtung des VIII. Senats und Zusammenfassung

Mit Entscheidung vom 11.7.2017³ ergänzt nun der VIII. Senat die o.g. Rechtsprechung des IX. Senats, wonach durch die Änderungen des

² BFH, Urteil vom 20.7.2018 – IX R 5/15, BB 2018, 2928; gleichlautend IX R 6/15 und IX R 7/15

³ BFH, Urteil vom 24.10.2017 – VIII R 13/15, BFH/NV 2018,280

MoMiG sog. funktionales Eigenkapital nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung führt. Aufgrund der Einführung der Abgeltungssteuer und des umfassenden Besteuerungszugriff in § 20 Abs. 2 EStG ist jeder Grund dafür entfallen, von der Eigenständigkeit der Wirtschaftsgüter Darlehen und Beteiligung im Rahmen des § 17 EStG abzurücken.

Im Zuge der umfassenden steuerlichen Erfassung aller Wertzuwächse von Kapitalanlagen im Privatvermögen wurden in § 20 Abs. 2 EStG auch die Gewinne aus Veräußerungsvorgängen bezüglich Kapitalanlagen i.S.v. § 20 Abs. 1 EStG in die Besteuerung einbezogen und damit nach allgemeinen Grundsätzen auch etwaige Veräußerungsverluste. Dabei ist der Grundtatbestand der Besteuerung im Bereich der Einkunftsquelle gem. § 20 Abs. 2 EStG die Veräußerung. Allerdings erwachsen Verluste des Vermögensstammes vielfach nicht aus einer Veräußerung im klassischen Sinne. Schon seit längerem ist diskutiert worden, ob der Ausfall von Finanzierungshilfen als Fall des § 20 Abs. 2 S. 2 EStG eingeordnet werden könnte.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung⁴ stellt der Forderungsausfall ausdrücklich keine Veräußerung gem. § 20 Abs. 2 S. 2 EStG dar und verweist hierbei auf den Wortlaut der Vorschrift der Vorschrift, wonach unter einer Veräußerung, die entgeltliche Übertragung des zumindest wirtschaftlichen Eigentums auf einen Dritten verstanden wird.

Dies ist in Urteilen des FG Düsseldorf⁵ und des FG Köln⁶ genauso gesehen worden und eine erweiternde Auslegung des Begriffs Veräußerung i.S. eines Forderungsausfalls wurde mangels Vorliegen einer planwidrigen Lücke abgelehnt, da der Gesetzgeber in Kenntnis der Thematik des Forderungsausfalls mit der Vorschrift des § 20 Abs. 2 EStG nur eine vollständige Erfassung aller Wertzuwächse im Zusammenhang mit Kapitalanlagen erreichen wollte⁷.

⁴ BMF-Schreiben vom 18.1.2016 – IV C1- S 2252/08/1004:0017, BStBl. I 2016, 85 Rz. 60

⁵ FG Düsseldorf, Urteil vom 11.3.2015 - 7 K 3661/14 E, DStRE 2016, 523 (Rev. BFH: VIII R 13/15)

⁶ FG Köln, Urteil vom 18.1.2017 – 9 K 267/14 , EFG 2017, 988 (Rev. BFH: X R 9/17)

⁷ BT-Drucks. 16/4841, 56

Der BFH⁸ verwarf hingegen die Auffassung der Finanzverwaltung und des FG Düsseldorf und stellt darauf ab, dass mit der Einführung der Abgeltungsteuer eine vollständige steuerrechtliche Erfassung aller Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen erreicht werden sollte. Dieser Paradigmenwechsel führe dazu, dass der endgültige Ausfall einer Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu einem gem. § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7, S.2, Abs. 4 EStG steuerlich zu berücksichtigenden Verlust führt. Insoweit sei eine Rückzahlung der Kapitalforderung, die unter dem Nennwert des hingegebenen Darlehens bleibt, dem Verlust bei der Veräußerung gleichzustellen, wenn endgültig feststeht, dass keine weiteren Rückzahlungen (mehr) erfolgen werden.

Der BFH betont ausdrücklich, dass auch die Übertragung wertloser Wirtschaftsgüter ohne Gegenleistung zu einem Veräußerungsverlust führt, so dass auch insoweit eine Gleichstellung des Ausfalls einer Rückzahlung geboten ist. Wirtschaftlich betrachtet mache es keinen Unterschied, ob der Steuerpflichtige die Forderung noch kurz vor dem Ausfall zu Null veräußert, oder ob er sie – weil er keinen Käufer findet oder auf eine Quote hofft – behält.

Der BFH bestätigt hiermit auch ein in der Literatur diskutiertes Gestaltungsmodell⁹ und stellt unter dem Gesichtspunkt der Folgerichtigkeit darauf ab, dass der Steuerpflichtige in beiden Fällen eine Einbuße seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erleide, die die gleiche steuerliche Berücksichtigung finden müssen. Aufgrund der Regelung des § 20 Abs. 6 EStG (beschränkte Verrechenbarkeit von Verlusten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen) sieht er auch nicht die Gefahr einer ausufernden Verlustnutzung.

Mit diesem Urteil gibt der Senat die traditionelle Trennung von Vermögens- und Ertragsebene für Einkünfte aus Kapitalvermögen auf. Wie die Veräußerung ist nach dem Urteil des BFH auch die Rückzahlung ein Tatbestand der Endbesteuerung. Danach liegt ein steuerrelevanter Verlust aufgrund eines Forderungsausfalls auch erst dann vor, wenn endgültig feststeht, dass keine Rückzahlungen mehr erfolgen werden.

⁸ BFH, Urteil vom 24.10.2017 – VIII R 13/15, BFH/NV 2018, 280

⁹ Aigner, DStR 2016, 345; Jansen, DStR 2016, 2729; womit bei diesem Modell der Vorwurf eines Gestaltungsmissbrauchs entfallen sollte

Der BFH weist in seiner Pressemitteilung zur Entscheidung vom 24.10.2017 darauf hin, dass seine Grundsätze auch die Fragen der Behandlung eines Forderungsverzichtes oder die Auflösung einer Kapitalgesellschaft beeinflussen könnten. Mit diesem ausdrücklichen Hinweis, der sich in der Begründung der Entscheidung nicht findet (daher auch nicht als obiter dictum anzusehen ist) verdeutlicht der BFH die Tragweite seiner Entscheidung, die das Verhältnis von § 17 und § 20 EStG betrifft.

Die FG scheinen jedoch nicht gewillt der neuen Linie des VIII. Senats FG

Das Hessische FG¹⁰ folgt dem Paradigmenwechsel des BFH nicht und stellt hierbei auf den seiner Ansicht nach eindeutigen Wortlaut ab und sieht genau wie die FG Düsseldorf und Köln¹¹ keine planwidrige und auslegungsbedürftige Regelungslücke.

Hingegen hat das FG Münster¹² die Grundsätze des BFH übernommen.

Gegen das oben zitierte Urteil des FG Köln ist immer noch die Revision beim X. Senat anhängig.

Das Finanzgericht Berlin-Brandenburg¹³ hat sich nicht nur kritisch mit der Rechtsprechung des IX. Senats und seiner Übergangsregelung auseinandergesetzt, sondern ausdrücklich das Verhältnis der Rechtsprechung der beiden Senate als noch nicht abschließend geklärt bezeichnet.

Zudem ist noch die Revision gegen ein Urteil des FG Berlin-Brandenburg¹⁴ anhängig, in dem das FG eine Auslegung über den Wortlaut hinaus mangels einer planwidrigen und auslegungsbedürftigen Regelungslücke nicht vornehmen wollte. Das FG hatte hier auch auf den § 20 Abs. 4 S.1 2.Hs EStG hingewiesen, wonach Währungsschwankungen bei der Ermittlung des Gewinns zu

¹⁰ FG Hessen, Urteil vom 12.4.2018 – 9 K 1053/15 (Rev. BFH: IX R 17/18)

¹¹ a.a. O.

¹² FG Münster, Urteil vom 12.3.2018 – 2 K 3127//15 E, EFG 2018, 947 (Rev. BFH: IX R 9/18), (dazu mehr unter 2.7.)

¹³ FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.4.2018 – 3 K 3138/15, EFG 2018, 1366 (Rev. BFH: IX R 13/18)

¹⁴ FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.1.2016 – 14 K 14040/13, BB 2016, 2405 (Rev. BFH: VIII R 18/16)

berücksichtigen sind und daraus gefolgert, dass dem Gesetzgeber das Problem von Wertveränderungen des Kapitals bewusst war und damit eine verfassungskonforme Analogie ausscheidet.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass

- Der VIII. Senat Gelegenheit bekommen wird seine Rechtsprechung zu bestätigen bzw. zu überdenken
- Der IX. Senat auf das Verhältnis zu seiner neuen Linie und der des VIII. Senats eingehen kann
- Und der X. Senat sich unbelastet mit dem Themenkomplex auseinandersetzen kann.

Tatsächlich kann daher von einer gefestigten Rechtsprechung noch nicht die Rede sein.

1.3. Reaktion der Finanzverwaltung

In Bezug auf die Entscheidung des IX. Senats und der von ihm getroffenen Übergangsregelung gibt es eine Äußerung der Finanzverwaltung Niedersachsen¹⁵, wonach aufgrund dieser Rechtsprechungsänderung Abstimmungen auf Ebene der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder erforderlich sind, die derzeit noch andauern und deren Ergebnisse daher weiterhin abzuwarten sind. Bis auf weiteres sind daher Fälle, in denen nachträgliche Anschaffungskosten im Zusammenhang mit eigenkapitalersetzenden Finanzierungshilfen i.R.d.

Veräußerungsgewinnermittlung des § 17 Abs. 2 EStG geltend gemacht werden, nicht abschließend zu bearbeiten. Abschließend kann nur die Bearbeitung der Fälle erfolgen, in denen Finanzierungshilfen vor dem 27.9.2017 geleistet wurden¹⁶.

Offenbar sind die Abstimmungsprozesse auf Bund-Länder-Ebene zum Umgang mit der Entscheidung noch nicht abgeschlossen.

In Bezug auf die Entscheidung des VIII. Senats gibt es eine Äußerung der Finanzverwaltung dahingehend, dass diese

¹⁵ Vfg. LfSt. Niedersachsen S 2244 – 115 – St 244 v. 13.3.2018, IStR 2018,360

¹⁶ Vfg. LfSt. Niedersachsen S 2244 – 118 – St 244 v. 27.4.2018, juris

Grundsatzentscheidung Gegenstand einer Abstimmung der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder ist und deswegen gegenwärtig noch nicht angewendet wird¹⁷.

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

Nach der Rechtsprechungsänderung bleiben im Moment viele Fragen offen. Dies betrifft u.a.:¹⁸

- Endgültigkeit des Wertverlusts
- Widerlegung der Einkünfteerzielungsabsicht
- Gesellschafterdarlehen und ihre Behandlung
- Sperrwirkung des § 20 Abs. 8 EStG
- Forderungsverzicht des Gesellschaftern
- Auflösungsverluste aus einer unwesentlichen Beteiligung
- Nebeneinander von Alt- und Neuforderungen¹⁹
- Darlehensgewährung durch nahestehende Personen²⁰

2.1. Endgültigkeit des Wertverlusts: Insolvenzantrag

In dem Rechtsstreit, der dem Urteil des VIII. Senat zugrunde liegt, ist die Sache an das FG Düsseldorf zurückverwiesen worden. Nach Auffassung des BFH²¹ muss endgültig feststehen, dass (über bereits gezahlte Beträge hinaus) keine (weiteren) Rückzahlungen (mehr) erfolgen werden. Dabei will der BFH die Grundsätze angewandt wissen, die für die Berücksichtigung eines Auflösungsverlustes im Rahmen des § 17 EStG entscheidend sind. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners reiche hierfür in der Regel nicht aus. Etwas anderes gelte dann, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder aus anderen Gründen feststeht, dass keine Rückzahlung mehr zu erwarten ist. Diese Frage sei aus der Sicht ex ante zu beurteilen; nachträgliche Ereignisse wie der tatsächliche

¹⁷ Kurzinfor OFD NRW vom 23.1.2018, DB 2018, 415

¹⁸ Zum Gesamtkomplex sehr instruktiv: Jachmann-Michel/Brombach-Krüger/Sternert/Selle, UBG 2018, 172 ff; Förster, DB 2018, 336 ff; Schüppen u.a. , in Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2018/2019, S. 244 ff; Ott, StuB 2019, 35 ff

¹⁹ Ott, a.a.O.

²⁰ Ott, a.a.O.

²¹ BFH, Urteil vom 24.10.2017, a.a.O.

Ausgang eines Insolvenzverfahrens seien 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.

2.2. Endgültigkeit des Wertverlusts: Anzeige der Masseunzulänglichkeit

Das FG Düsseldorf²² hatte im 2. Rechtszug aufgrund der Zurückverweisung des VIII. Senats vom 24.10.2017 über die Frage der Endgültigkeit des Wertverlusts zu entscheiden.

Auch wenn der Senat Zweifel an der uneingeschränkten Anwendung der Grundsätze, wie sie für den Zeitpunkt der Berücksichtigung eines Auflösungsverlustes entwickelt worden sind, auf die Berücksichtigung von Verlusten privater Darlehensforderungen anmeldet, konnte er gleichwohl auf Basis dieser Grundsätze zu einem Urteil kommen.

Das FG sah im seinem Fall besondere Gründe im Sinne der Rechtsprechung des BFH gegeben an, die eine Berücksichtigung des Forderungsverlustes zu einem früheren Zeitpunkt rechtfertigen. Diese Gründe ergeben sich aus dem Umstand, dass der Insolvenzverwalter bereits im Streitjahr eine Masseunzulänglichkeit gem. § 208 Abs. 1 S. 1 InsO angezeigt hat. Nach dieser Vorschrift hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht anzuzeigen, wenn zwar die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt sind, jedoch die Insolvenzmasse nicht ausreicht, um die bereits fälligen Masseverbindlichkeiten zu erfüllen. Hieraus ergebe sich, dass nach der Einschätzung der Insolvenzverwalterin die Insolvenzgläubiger und damit auch der Kläger keine Rückzahlungen erhalten werden. Hinzu kam, dass der Insolvenzverwalter auf Nachfrage des Insolvenzgerichts erklärt hat, dass auf die Gläubiger keine Quote entfallen werde.

Zu diesem Zeitpunkt steht es für das FG Düsseldorf mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit fest, dass auf die Forderung des Klägers keine Zahlungen mehr erfolgen werden.

²² FG Düsseldorf, Urteil vom 18.7.2018 – 7 K 3302/17 E, ZIP 2018, 1897 (Rev. BFH: VIII R 28/18)

Das FG weist auch den Einwand der Finanzverwaltung zurück, dass es sich bei der Masseunzulänglichkeitsanzeige nach § 208 Abs. 1 S. 1 InsO um eine prognostische Entscheidung handele. Eine solche vorausschauende Wertung sei nur bei der Unzulänglichkeitsanzeige nach § 208 Abs. 1 S. 2 InsO im Hinblick auf zukünftig fällig werdende Masseverbindlichkeiten geboten.

2.3. Endgültigkeit des Wertverlusts: Ablehnung der Eröffnung mangels Masse

Aufgrund der Rechtsprechung des BFH steht nun aufgrund der Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse fest, dass keine Rückzahlung mehr zu erwarten ist.

Fraglich bleibt, wann aus anderen Gründen feststeht, dass keine Rückzahlung mehr zu erwarten ist.

In der Literatur²³ wird darauf hingewiesen, dass diese Feststellung objektiv nie zu treffen ist, da selbst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens oder nach Eintritt der Verjährung nicht ausgeschlossen ist, dass zu einem späteren Zeitpunkt weitere Zahlungen zu leisten sind oder tatsächlich geleistet werden. Da der Steuerpflichtige einen Realisationsvorgang durch rechtswirksame Übertragung auf einen Dritten aber jederzeit herbeiführen könne, solle nach dieser Ansicht auf einen Zeitpunkt abgestellt werden, von dem an (objektiv) nicht mehr mit künftigen Zahlungen des Schuldners zu rechnen ist. Daran anknüpfend wird der Vorschlag unterbreitet, an die für die Zwecke der Umsatzsteuerberichtigung gem. § 17 Abs. 1 und 2 Nr. 1 UStG von BFH und Finanzverwaltung entwickelten Kriterien anzuknüpfen, und damit einen geeigneteren Maßstab als den nach § 17 Abs. 4 EStG zu finden. Soweit, entgegen der vorgenannten Erwartung, zu einem späteren Zeitpunkt dennoch Zahlungen des Schuldners auf die ausgefallenen Kapitalforderungen tatsächlich vereinnahmt werden, können diese Zahlungen als rückwirkendes Ereignis oder nachträgliche Einnahmen aus Kapitalvermögen steuererhöhend Berücksichtigung finden.

2.4. Einkünfteerzielungsabsicht: Zinsloses Darlehen

²³ Hahne, BB 2018, 101

Das Vorliegen einer Einkünfteerzielungsabsicht ist auch bei Einkünften aus Kapitalvermögen i.S. § 20 EStG grds. zu prüfen und für jede einzelne Kapitalanlage getrennt zu beurteilen. Die durch das UntStRefG 2008 mit der Abgeltungsteuer als Schedule eingeführten Besonderheiten der Einkünfte aus Kapitalvermögen bedingen eine tatsächliche (widerlegbare) Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht²⁴.

Allerdings sind die Hürden für die Widerlegung der Einkünfteerzielungsabsicht sehr hoch und es bedarf konkreter Anhaltspunkte.

Steht allerdings aufgrund der vereinbarten Zinslosigkeit fest, dass kein Zinsertrag entstehen kann entfällt insoweit die Einkünfteerzielungsabsicht.

In Betracht kommt wie in der Variante eine Einkünfteerzielungsabsicht hinsichtlich von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, d.h. bezogen auf das Gesellschaftsverhältnis selbst²⁵.

2.5. Einkünfteerzielungsabsicht: kein Drittanbieter

Grundsätzlich gilt die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht. Gibt ein Dritter einer Gesellschaft ein Darlehen zu einem Zeitpunkt, an dem es sehr wahrscheinlich ist, dass die Gesellschaft es nicht zurückzahlen kann (negativer Drittvergleich: es findet sich kein anderer Kreditgeber), könnte die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG widerlegt sein.

Dagegen spricht aber nicht nur die hohe Hürde für die Widerlegung der Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht, sondern auch die Entstehungsgeschichte der Abgeltungsteuer.

Insbesondere die Vorschrift des § 32 d Abs. 2 Nr. 1 S. 1 EStG (= keine Verrechnungsbeschränkung nach § 20 Abs. 6 EStG bei Beteiligung von mindestens von 10 % an einer Kapitalgesellschaft) zeigt, dass die Einschränkungen der Abgeltungsteuer insbesondere auf Fälle

²⁴ Vgl. BMF, Schreiben vom 18.1.2016 – IV C1 – S 2252/08/10004,017 , 2015/0468306; BFH, Urteil vom 14.3.2017- VIII R 38/15, BStBl. II 2017, 1040

²⁵ So auch BFH, Urteil vom 24.10.2017, a.a.O.

beschränkt werden soll, bei denen die Gefahr der Verlagerung des Kapitals ins niedrig besteuerte Ausland besteht.²⁶ Da diese Gefahr bei Refinanzierung einer Kapitalgesellschaft nicht besteht, findet der allgemeine Steuertarif Anwendung.

Dies muss dann aber auch entsprechend auf die allgemeinen Grundsätze der Abgeltungsteuer Anwendung finden in dem Sinne, dass die Widerlegung der Einkünfteerzielungsabsicht konkret sein muss, es muss also objektiv von vornherein feststehen, dass die Zinserträge nicht entstehen werden. Hier wendet das Gesetz mithin eine andere Regelungstechnik an als im Bereich des § 8 b Abs. 3 S. 4ff KStG, wo der Gesellschafter und Darlehensgeber ausdrücklich den Drittvergleich führen muss.

2.6. Bei bestehender Beteiligung: Gesellschafterdarlehen

Der VIII. Senat hatte lediglich über den endgültigen Ausfall einer Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG in der privaten Vermögenssphäre zu entscheiden und es blieb offen, inwieweit die Grundsätze auf vergleichbare Konstellationen eines die sog. Quelle bzw. den Vermögensstamm betreffenden Verlusts übertragbar sind. Einer Berücksichtigung des Ausfalls eines Gesellschafterdarlehens könnte § 20 Abs. 8 EStG entgegenstehen, wonach Einkünfte der in § 20 Abs. 1, 2 und 3 EStG bezeichneten Art, die zu Einkünften aus einem Gewerbebetrieb gehören, auch dieser Einkunftsart zuzurechnen sind²⁷.

Jedoch betrifft § 17 EStG ausschließlich die Beteiligung i.S.d. Quelle bzw. des Vermögensstamm, also die Werthaltigkeit der Beteiligung selbst. Soweit aber mit der neuen Linie des IX. Senats zur Behandlung von Finanzierungshilfen als nachträgliche Anschaffungskosten keine Verbindung besteht zwischen der Steuerbarkeit von Veräußerung/Auflösung einer Kapitalgesellschaft einerseits und der von Vermögenseinbußen aus Vertragsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter andererseits, kann § 20 Abs. 8 EStG die Gleichbehandlung von wesentlich und unwesentlich Beteiligten in den hier vorliegenden Fällen nicht sperren. Aufgrund der Einführung der Abgeltungsteuer

²⁶ Förster, a.a.O., m.w.N.

²⁷ So Brombach-Krüger in Jachmann-Michel/Brombach-Krüger/Stenert/Selle, a.a.O.

und des umfassenden Besteuerungszugriff in § 20 Abs. 2 EStG ist jeder Grund dafür entfallen, von der Eigenständigkeit der Wirtschaftsgüter Darlehen und Beteiligung im Rahmen des § 17 EStG abzurücken.

Demnach wäre auch der Ausfall der Forderung eines Gesellschafters gegenüber seiner Gesellschaft nach § 20 Abs. 2, S. 1 Nr. 7, S.2 EStG als Rückzahlung i.H. v. 0 € zu berücksichtigen.

Bei einem Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich ein Bürge gegenüber einem Gläubiger, für die Erfüllung einer Verbindlichkeit eines Dritten (als Schuldner) einzustehen. Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers auf den Bürgen über. Der Bürge kann seinerseits versuchen, die Erfüllung der Regressforderung durch den Hauptschuldner zu erreichen.

Bei der Regressforderung des Bürgen handelt es sich i.d.R. um eine auf Geld gerichtete Forderung, die grds. in den Anwendungsbereich des § 20 Abs. 2 EStG fällt. Die Steuerbarkeit des Verlustes aus der Bürgschaft setzt aber voraus, dass die jeweilige Bürgschaft mit Einkünfteerzielungsabsicht gegeben wurde. Hier könnte zwar die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht bei unentgeltlicher Hingabe einer privaten Bürgschaft zu einem Zeitpunkt, in dem von der Inanspruchnahme des Bürgen auszugehen und ein Ersatz vom Schuldner nicht zu erwarten ist, widerlegt sein. Allerdings besteht bei einer Gesellschafterbürgschaft die Vermutung weiter, sofern der Gesellschafter mit der Hingabe der Bürgschaft die Gesellschaft stärken und so zwar unmittelbar keine Erträge aus der Bürgschaft, jedoch mittelbare Erträge aus künftigen Gewinnausschüttungen der Gesellschafter erzielen will²⁸

2.7. Bei bestehender Beteiligung: Forderungsverzicht

Im Urteil vom 24.10.2017 hat der VIII. Senat die Frage der Behandlung eines Forderungsverzichts ausdrücklich offen gelassen, da sie nicht entscheidungserheblich war.

Die Finanzverwaltung hat in ihrem Schreiben vom 18.1.2016²⁹ ausgeführt, die Irrelevanz von Forderungsausfällen gelte

²⁸ Jachmann-Michel, BB 2018, 2329 ff

²⁹ BMF-Schreiben vom 18.1.2016, a.a.O., mit Beispiel in Rz, 61

entsprechen auch für einen Forderungsverzicht, soweit keine verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft vorliegt. In der Literatur³⁰ wird auch die mangelnde Vergleichbarkeit mit dem Forderungsausfall angeführt. Im Gegensatz zum Forderungsausfall könne die steuerpflichtige Person beim Forderungsverzicht den Eintritt des Verlustes als auch den Zeitpunkt des Verlustes selbst bestimmen, so dass die Gefahr besteht, dass der Verlust aufgrund einer Gestaltung gezielt herbeigeführt wird. Dagegen lässt sich anführen, dass bei jeder Veräußerung i.S.d. 20 Abs. 2 S. 1 EStG mit Verlust der Steuerpflichtige ebenfalls den Eintritt des Verlustes als auch den Zeitpunkt des Verlustes selbst bestimmt, ohne dass dies zur Versagung der Verlustberücksichtigung führt³¹.

Das FG Münster³² stellt nun den Forderungsverzicht einer Veräußerung gleich. Nach den Vorschriften des § 20 Abs. 2 S.1 Nr. 7 und Abs. 4 EStG gehöre zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch der Gewinn aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen jeder Art i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Wie sich aus Abs. 2 S.2 der Vorschrift ergebe, gelte als Veräußerung auch die Einlösung, Rückzahlung, Abtretung oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft. Zwar läge im Streitfall keine Veräußerung einer Kapitalforderung im vorgenannten Sinne vor. Nach der Rechtsprechung des VIII. Senats führe aber auch der endgültige Ausfall einer Kapitalforderung i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG in der Vermögenssphäre des Gesellschafters zu einem Verlust i.S.d. § 20 Abs. 4 EStG. Zwar habe der BFH ausdrücklich offengelassen, ob auch ein Forderungsverzicht einer Veräußerung gleichzustellen sei. Nach Ansicht des FG Münster sei dies aber der Fall, da mit der Einführung der Abgeltungsteuer eine vollständige steuerrechtliche Erfassung aller Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen erreicht werden solle, daher müsse auch der durch einen zivilrechtlichen Verzicht ausgelöste Verlust einer Forderung steuerlich berücksichtigt werden. Auch der Forderungsverzicht führe zu einem endgültigen Ausfall der Kapitalforderung mit einer damit einhergehenden Einbuße der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des

³⁰ Brombach-Krüger, in a.a.O,

³¹ vgl. FG München, Urteil vom 17.7.017 – 7 K 1888/16 , EFG 2017, 1792 (Rev. BFH: VIII R 9/17)

³² FG Münster, Urteil vom 12.3.2018 – 2 K 3127/15 E, EFG 2018, 947 (Rev. BFH: IX R 9/18)

Steuerpflichtigen, so dass eine steuerrechtliche Berücksichtigung geboten sei.

2.8. Bei bestehender Beteiligung: Auflösungsverlust aus unwesentlicher Beteiligung

Die Liquidation einer Kapitalgesellschaft wird verwaltungsseitig nicht als Veräußerung der Anteile an dieser Kapitalgesellschaft verstanden, da der Tatbestand der Liquidation in § 20 Abs. 2 keine Erwähnung findet³³. Für eine Analogie fehle es an einer planwidrigen Lücke, da dem Gesetzgeber die Problematik durchaus bekannt war, was sich am Wortlaut des § 17 Abs. 4 EStG zeige, in dem die Auflösung als Veräußerung verstanden wird³⁴. Der Gesetzgeber habe bei der Regelung von § 20 Abs. 2 S. 2 EStG auch die Vorschrift des § 17 EStG vor Augen gehabt, hätte er die Berücksichtigung der Liquidation im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG gewollt, hätte er eine solche Regelung auch getroffen³⁵.

Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass das Gesetz Veräußerungsverluste berücksichtigt und kein vernünftiger Grund ersichtlich sei, Liquidationsverluste nicht anzuerkennen³⁶. Zudem ließe sich – wenn auch an der Grenze des Wortlauts- der Liquidationsverlust unter den Begriff Einlösung i.S.d. § 20 Abs. 2 S.2 EStG subsumieren.

Schließlich spricht auch die gesetzgeberische Intention, mit § 20 Abs. 2 S. 2 EStG eine vollständige steuerliche Erfassung aller Wertzuwächse in Zusammenhang mit Kapitalanlagen zu erreichen³⁷, dafür, dass Vermögenseinbußen umfassend berücksichtigt werden. Derjenige, der einen Totalausfall seiner steuerverstrickten Kapitalanlage in Gestalt eines Auflösungsverlustes endgültig erleidet, ist in seiner Leistungsfähigkeit genauso beeinträchtigt, wie derjenige, der für seine wertlose Kapitalanlage noch ein Entgelt von 1 € erlangt

³³ BMF – Schreiben vom 18.1.2016, a.a.O., Rz. 61 ff

³⁴ Brombach-Krüger, a.a.O.

³⁵ Brombach-Krüger, a.a.O.

³⁶ Jachmann-Michel, u.a., in UBG a.a.O.

³⁷ BT-Drucksache 16/4841, 56

hat, ein sachlicher Grund für eine Differenzierung ist nicht ersichtlich³⁸

³⁸ Jachmann-Michel, a.a.O.