

**Darlehensverluste eines  
Gesellschafters im aktuellen  
Konkurrenzgefüge der §§ 17 und  
20 EStG bei insolvenzbedingter  
Auflösung einer GmbH**

# **Darlehensverluste eines Gesellschafters im aktuellen Konkurrenzgefüge der §§ 17 und 20 EStG bei insolvenzbedingter Auflösung einer GmbH**

Dr. Florian Auer

Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über [www.dnb.de](http://www.dnb.de) abrufbar.

ISBN 978-3-415-07593-1

© 2024 Richard Boorberg Verlag

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Olaf Mangold Text&Typo, 70374 Stuttgart | Druck und Bindung:  
Esser printSolutions GmbH, Westliche Gewerbestraße 6, 75015 Bretten

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart  
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden  
[www.boorberg.de](http://www.boorberg.de)

## **B. Gesellschaftsrechtliche Veranlassung**

### **i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG**

Zentrale Voraussetzung der Berücksichtigungsfähigkeit von Darlehensverlusten als nachträgliche Anschaffungskosten ist die gesellschaftsrechtliche Veranlassung des Darlehens. Fraglich ist, ob sich die gesellschaftsrechtliche Veranlassung eines Darlehens derivativ nach ehemaligen Rechtsprechungsgrundsätzen oder originär nach neu zu bildenden Maßstäben bestimmt (I.). Während im ersten Fall weitestgehend auf obige<sup>184</sup> Ausführungen verwiesen werden könnte, würden sich im zweiten Fall Fragen nach der verbliebenen Bedeutung der „Krise“ in § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 EStG (II.) sowie der Vornahme des Fremdvergleichs in § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG (III.) stellen.

## **I. Originäre versus derivative Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung**

Hinsichtlich der Frage, ob die gesellschaftsrechtliche Veranlassung eines Darlehens i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG originär oder derivativ anhand ehemaliger Rechtsprechungsgrundsätze zu bestimmen ist, gilt es unter Zugrundelegung gängiger Auslegungsmethoden zunächst zu konstatieren, dass das Auslegungsziel einer Gesetzesinterpretation in der Umsetzung des Willens des Gesetzgebers einerseits und der normativen Vorgaben andererseits besteht.<sup>185</sup> Legt man alleine den Willen des Gesetzgebers zugrunde, erscheint eine derivative Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung anhand ehemaliger Rechtsprechungsgrundsätze naheliegend. Denn ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>186</sup> besteht das Regelungsanliegen des § 17 Abs. 2a EStG darin, Darlehensverluste „abweichend von den BFH-Urteilen vom 11. Juli 2017 (IX R 36/15, BStBl 2019 II S. 208) und vom 20. Juli 2018 (IX R 5/15, BStBl 2019 II S. 194)“ gewinnmindernd zu berücksichtigen. Genannte Entscheidungen statuierten gerade die Aufgabe der Eigenkapitalersatzrechtsprechung des BFH, welcher der Gesetzgeber ausdrücklich entgegentreten wollte und – so lässt sich schlussfolgern<sup>187</sup> – rückgängig

---

<sup>184</sup> Kapitel A.I.1.

<sup>185</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 316 ff.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 137 ff.; jeweils m. w. N.

<sup>186</sup> BT-Drs. 19/13436, 111.

<sup>187</sup> Kapitel A.II.4.

zu machen versuchte. Zudem enthält der Wortlaut des § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 EStG, insbesondere mit der Wiedereinführung des Krisenmerkmals, einen konkreten Anhaltspunkt zur bezweckten Wiederherstellung des Status quo ante.

In ein Gesetz, als auf die Schaffung einer rechtlichen Regelung gerichteten Willens seines Schöpfers, fließen jedoch, neben subjektiven Vorstellungen und Regelungszielen, auch objektiv-rechtliche Zwecke und Zwänge ein, derer sich der Gesetzgeber selbst nicht in vollem Umfang bewusst gewesen zu sein braucht.<sup>188</sup> Bei damit angesprochener normativer Auslegung des § 17 Abs. 2a EStG gilt es folgende Umstände zu berücksichtigen:

### 1. Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts

Der Wortlaut des § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 EStG mit seiner Unterscheidung zwischen Gewährung und Stehenlassen des Darlehens sowie dem Merkmal der Krise mag begrifflich an alte Rechtsgrundsätze erinnern, hat aber im Übrigen mit diesen nichts zu tun. Dies folgt zum einen daraus, dass der Gesetzgeber des MoMiG das Eigenkapitalersatzrecht (§§ 32a f. GmbHG a. F.) abgeschafft und das insolvenzbedingte Schicksal einer Finanzierungshilfe des Gesellschafters insolvenz- und anfechtungsrechtlich neu verortet hat (§§ 39, 135 InsO, 6 AnFG). Auf das Merkmal der Krise, welches praktisch schwer feststellbar und daher streitanfällig war<sup>189</sup>, wurde aus Gründen der Rechtssicherheit verzichtet.<sup>190</sup> Zentrale Voraussetzung der insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) und maßgeblich für die Anfechtungsfrist (§§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AnFG) ist nunmehr der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>191</sup> Die auf § 30 GmbHG a. F. basierenden Rechtsprechungsregeln wurden ausdrücklich aufgegeben (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG), sodass es nicht mehr zu einer gesellschaftsrechtlichen Verstrickung des Darlehens kommt.<sup>192</sup> Zum anderen hat die Rechtsprechung – nach Wegfall der Rechtsgrundlage in der Sache stringent – seine bisherige Eigenkapitalersatzrechtsprechung aufgegeben.<sup>193</sup> Damit existieren weder gesetzliche noch rechtsprechende Anknüpfungspunkte (mehr), die eine derivative Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung i. S. d. § 17 Abs. 2a

---

188 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 318.; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 139.

189 Ausführlich hierzu Gschwendtner, Beihefter zu DStR 32 (1999), 1, 9 f. m. w. N.

190 BT-Drs. 16/6140, 42.

191 Hirte, in: Uhlenbruck, InsO, § 135 Rz. 11.

192 Oppenhoff, BB 2008, 1630, 1632.

193 Kapitel A.I.1.

Satz 4 EStG rechtfertigen würden.<sup>194</sup> Hätte der Gesetzgeber die Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung nach zivilrechtlichen Maßstäben beibehalten wollen, wäre – wie nach Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts auch z. T. vertreten wurde<sup>195</sup> – die Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung anhand der insolvenzrechtlichen Verstrickung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) des Darlehens eine Option gewesen.<sup>196</sup> Diesen Weg ist der Gesetzgeber allerdings nicht gegangen. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch ausdrückliche Nichtanwendung des Kleinanlegerprivilegs<sup>197</sup>, das gemäß § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. einer gesellschaftsrechtlichen Veranlassung eines Darlehens bisher grundsätzlich entgegenstand und im Insolvenzrecht mit § 39 Abs. 5 InsO übernommen wurde, zu verstehen gegeben, dass er die gesellschaftsrechtliche Veranlassung eines Darlehens nicht (mehr) unter Bezugnahme auf zivilrechtliche Wertungen bestimmen möchte.<sup>198</sup>

## 2. Systematischer Vergleich zwischen Fremdvergleich und Krise

Zudem verlangt § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG nicht, dass ein Darlehen „eigenkapitalersetzend“ gewährt oder stehengelassen werden muss, sondern dass „ein fremder Dritter das Darlehen [...] bei sonst gleichen Umständen zurückgefordert oder nicht gewährt hätte“. Maßgeblich für die gesellschaftsrechtliche Veranlassung ist also nicht der eigenkapitalersetzende Charakter eines Darlehens, sondern dessen fremdunübliche (Weiter-)Gewährung (Fremdvergleich).<sup>199</sup> Nach der Gesetzesbegründung zu § 17 Abs. 2a EStG ist im Rahmen des Fremdvergleichs des Abs. 2a Satz 4 dabei zu prüfen, „ob die Gesellschaft unter den bestehenden Verhältnissen von einem Dritten (insbesondere einem Kreditinstitut) noch ein Darlehen zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte“ oder „das Darlehen stehen lässt, obwohl er es hätte abziehen können und es angesichts der veränderten finanziellen Situation der Gesellschaft absehbar war, dass die Rückzahlung gefährdet sein wird“. Da diese „Definition“<sup>200</sup> des Fremdvergleichs inhaltlich der ehema-

---

194 Jachmann-Michel, BB 2020, 727, 733; Werth, FR 2020, 530, 537.

195 Z. B. Bode, DStR 2009, 1781, 1783 f.; Groh, FR 2008, 264, 266 f.; Hölzle, DStR 2007, 1185, 1191.

196 Den Auswirkungen der insolvenzrechtlichen Verstrickung eines Darlehens auf dessen gesellschaftsrechtliche Veranlassung wird in Kapitel B.III.3.c. nachgegangen.

197 BT-Drs. 19/13436, 111.

198 Ratschow, GmbHR 2020, 569, 572.

199 BT-Drs. 19/13436, 111.

200 Ratschow (GmbHR 2020, 569, 572) etwa weist darauf hin, dass die Formulierung in der Gesetzesbegründung weniger einer Definition des Fremdvergleichs, als vielmehr einem Regelbeispiel entspricht.

ligen Rechtsprechung zur Bestimmung des Krisenmerkmals entspricht, geht – so scheint es – der Gesetzgeber von der Vergleichbarkeit von Eigenkapitalersatzrechtsprechung und Fremdvergleich aus.<sup>201</sup> Ginge diese Annahme fehl, würde das einer derivativen Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung anhand ehemaliger Grundsätze systematisch widersprechen. Ob dem so ist, bedarf der genaueren Untersuchung beider Methoden der Veranlassungsbestimmung.

### a) Fremdvergleich

Der Fremdvergleich ist ein steuerliches Regelungskonzept, das als Referenzkriterium u.a. zur Bestimmung der Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis dient.<sup>202</sup> Mit Blick auf z.B. § 8 Abs.3 Satz 2 KStG (verdeckte Gewinnausschüttung), § 3c Abs.2 Satz 3 EStG (Escape-Klausel des Teilabzugsverbots bei betrieblichen Finanzierungshilfen), § 1 Abs.1 AStG (Hinzurechnungsbesteuerung bei ausländischen Geschäftsbeziehungen) oder auch der steuerrechtlichen Anerkennung von Verträgen unter nahen Angehörigen kommt ein Fremdvergleich in diversen steuerrechtlichen Regelungen bzw. Sachverhalten zur Anwendung.<sup>203</sup> Zu prüfen ist stets, was voneinander unabhängige Dritte unter gleichen bzw. vergleichbaren Gesichtspunkten ex ante vereinbart hätten.<sup>204</sup> Bezugspunkt sind die Bedingungen und Umstände des in Frage stehenden Rechtsgeschäfts.<sup>205</sup> Ein Fremdvergleich stellt außerdem kein subsumtionsfähiges Konzept dar, sondern beschreibt eine wertende Indizienwürdigung.<sup>206</sup> Wie sich ein fremder Dritter verhält, lässt sich nicht plastisch festmachen, sondern muss anhand objektiver Umstände beurteilt werden. Die objektiven Umstände bewertet ein Gericht grundsätzlich nach seiner allgemeinen Lebenserfahrung anhand einer Gesamtbetrachtung. Die damit verbundene Einzelfallbezogenheit führt praktisch entweder zu einer breiten Kasuistik oder Fallgruppenbildung.<sup>207</sup> Schließlich enthält ein Fremdvergleich keinen einheitlichen

201 Kapitel A.III.1.

202 *Kleineidam*, IStR 2001, 724, 724.

203 Ambivalent diskutiert wird die Rechtsgrundlage des Fremdvergleichs, welche z.T. als Veranlassungsfrage materiell-rechtlich bestimmt wird (z.B. § 8 Abs.3 Satz 2 KStG), mitunter aber auch lediglich verfahrensrechtlich als Mittel der Feststellung des zu subsumierenden Sachverhalts verortet wird (§§ 85, 88 AO, 76 FGO) (vgl. z.B. *Baumhoff/Ditz/Greinert*, IStR 2005, 592, 594; *Gosch*, in: *Gosch*, KStG, § 8 Rz. 288 ff. jeweils m.w.N.).

204 *Pohl*, in: *Brandis/Heuermann*, Ertragsteuerrecht, § 1 AStG Rz. 35.

205 *Pohl*, in: *Brandis/Heuermann*, Ertragsteuerrecht, § 1 AStG Rz. 36.

206 *Gosch*, in: *Gosch*, KStG, § 8 Rz. 290; *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 572.

207 *Ratschow*, GmbHR 2020, 569, 573.

Prüfumfang.<sup>208</sup> Bei der Fremdüblichkeit von Darlehen können z.B. die Vereinbarung von Zins und Tilgung, die Besicherung, die Laufzeit sowie die Darlehensvergabe bei zu rechnender Uneinbringlichkeit von Bedeutung sein.<sup>209</sup>

### **b) Eigenkapitalersatzrechtsprechung**

Die Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung eines Darlehens mittels Eigenkapitalersatzrechts (§§ 32a f. GmbHG a. F.) erfolgte danach, ob das Darlehen zu einem Zeitpunkt gewährt wurde, in dem ein ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte (sog. Krise). Der hypothetischen Finanzentscheidung eines ordentlichen Kaufmanns lag damit ebenfalls eine Art von Fremdvergleich zugrunde.<sup>210</sup> Zur Klärung der Frage, ob die ehemalige Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung anhand der Krise einem steuerlichen Fremdvergleich ähnelt, gilt es insoweit, neben der Darlegung des Eigenkapitalersatzrechts (§§ 32a f. GmbHG a. F.) eine Analyse der Eigenkapitalersatzrechtsprechung des BFH vorzunehmen.

#### **aa) Eigenkapitalersatzrecht, §§ 32a f. GmbHG a. F.**

Beim Eigenkapitalersatzrecht handelte es sich um ein über die Jahre entwickeltes Rechtsinstitut, das sich aus den sog. Rechtsprechungs- und Novellenregeln zusammensetzte und die Gläubiger einer GmbH vor der Unterkapitalisierung einer GmbH schützen sollte.<sup>211</sup> Nach den sog. Rechtsprechungsregeln, die einer gefestigten Rechtsprechung des BGH entstammten, fanden auf Gesellschafterdarlehen, die der GmbH in der Krise gewährt oder ihr in der Krise belassen wurden, die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG a. F. entsprechend Anwendung.<sup>212</sup> Für die Dauer der Gesellschaftskrise galt mithin das Verbot, das Darlehen an die Gesellschafter zurückzuzahlen (§ 30 GmbHG a. F.). Gleichwohl erhaltene Rückzahlungen waren zu erstatten (§ 31 Abs. 1 GmbHG a. F.).<sup>213</sup> Mit der

---

208 BFH, v. 22.10.2013 X R 26/11, BFHE 242, 516, BStBl. II 2014, 374 Rz. 34 ff.; *Kraft*, in: *Kraft, AStG*, § 1 Rz. 25 ff.; *Rengers*, in: *Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht*, § 8 KStG Rz. 254 f.; *Roglmeier*, IStR 2018, 675, 677 f.; ausführlich *Wassermeyer*, in: *Steuerberater-Jahresbuch* 1998/99, S. 157 ff.

209 *Fuhrmann*, KÖSDI 2021, 22357 Rz. 5 m. w. N.

210 *Förster/von Cölln*, DB 2021, 525, 527; *Gast*, Die steuerliche Berücksichtigung von Darlehensverlusten des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft, S. 66; *Gschwendtner*, Beihefter zu DStR 32 (1999), 1, 7; *Heuermann*, DStR 2008, 2089, 2092; *Heuermann*, NZG 2009, 841, 842.

211 BT-Drs. 8/1347, 39; *Gehrlein*, BB 2011, 3.

212 BGH, v. 27.9.1976 II ZR 162/75, BGHZ 67, 171 Rz. 22; BGH, v. 24.3.1980 II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 Rz. 8.

213 BGH, v. 24.3.1980 II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 Rz. 8.



Novellierung des GmbH-Rechts im Jahre 1980<sup>214</sup> führte der Gesetzgeber die §§ 32a f. GmbHG a.F. ein (sog. Novellenregeln), wonach in der Krise gewährte Darlehen bei Insolvenz der Gesellschaft nachrangig zu bedienen waren. Da die Novellenregelungen ihrem Wortlaut nach nur auf die Insolvenz zugeschnitten waren und damit hinter dem Schutzniveau der Rechtsprechungsregeln zurückblieben, erklärte der BGH die Rechtsprechungsregeln für weiterhin anwendbar<sup>215</sup>, sodass es zu einem zweistufigen Schutzsystem kam, das sich ergänzte und überlagerte.<sup>216</sup> In der Kombination aus Rechtsprechungs- und Novellenregeln führte das Eigenkapitalersatzrecht dazu, dass eine Darlehensforderung in der Krise nicht vor deren Überwindung bzw. in der Insolvenz nur nachrangig befriedigt werden durfte und damit eigenkapitalähnliche („ersetzende“) Haftungsstrukturen innehatte.<sup>217</sup>

### bb) Analyse der Eigenkapitalersatzrechtsprechung des BFH

Die haftungsrechtlichen Folgen des gesellschaftsrechtlichen Eigenkapitalersatzrechts (§§ 32a f. GmbHG a.F.) machte sich der BFH in seiner Rechtsprechung zur Bestimmung von Anschaffungskosten im Rahmen von § 17 Abs. 2 EStG a.F. zu eigen. Der Hintergrund dessen lag einerseits in der vor 2009 bestehenden Nichtsteuerbarkeit der Substanz des Privatvermögens in § 20 EStG<sup>218</sup>, andererseits in der Sonderstellung des § 17 EStG im System der Einkommensteuer begründet. § 17 EStG besteuert(e), entgegen dem im deutschen Steuerrecht vorherrschenden Dualismus der Einkunftsarten und dem daraus folgenden Grundsatz der Nichtsteuerbarkeit der privaten Vermögenssphäre<sup>219</sup>, von jeher Vermögenszuwächse aus der Veräußerung von „wesentlichen“ Kapitalgesellschaftsbeteiligungen im Privatvermögen.<sup>220</sup> § 17 EStG bezweckt(e)<sup>221</sup> neben der Abschöpfung der durch die Veräuße-

214 Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4.7.1980, BGBl. 1980, 836.

215 BGH, v. 26.3.1984 II ZR 14/84, BGHZ 90, 370 Rz. 22; *Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, Anhang § 30 Rz. 24.

216 *Hommelhoff*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts, S. 4 f.

217 *Görner*, in: Rowedder/Pentz, GmbHG, Anhang § 30 Rz. 4 f.

218 Kapitel A.I.2.

219 Grundlegend hierzu z.B. *Jakob*, Einkommensteuer, S. 30 ff.; *Kirchhof*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. C 5 ff.; *Langohr*, Das Veranlassungsprinzip im Steuerrecht, S. 161 ff.; *Naumann*, FR 2023, 49, 49 ff.; *Uhländer*, Vermögensverluste im Privatvermögen, S. 80 ff.

220 Grundlegend hierzu *Wolff-Diepenbrock*, in: FS Klein, 875, 875 ff.

221 Inwieweit die historischen Zwecke des Gesetzgebers infolge gravierender Änderungen (Herausheben der Beteiligungszwecke auf 1%; Einführung der Abgeltungsteuer) noch durchschlagen, wird in Kapitel G.II. untersucht.

rung einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung gestiegenen persönlichen Leistungsfähigkeit<sup>222</sup> insbesondere die steuerliche Gleichbehandlung von Kapitalgesellschaftern und Mitunternehmern i. S. v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG, die Gewinne aus der Veräußerung ihrer Mitunternehmeranteile ebenfalls zu versteuern hatten (§ 16 EStG).<sup>223</sup> Der Gesetzgeber hatte allerdings Schwierigkeiten, den Tatbestand des § 17 EStG dem Grunde und der Höhe nach in das duale System der Einkommensteuer (Gewinn- gegen Überschusseinkünfte) einzugliedern.<sup>224</sup> Kernproblem bildete die Berücksichtigung von Aufwand, der in wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb des Gesellschafters stand. Denn § 17 Abs. 2 EStG a. F., der sich historisch bedingt an der Parallelvorschrift für Mitunternehmer orientierte (§ 16 Abs. 2 EStG), stellte zur Bestimmbarkeit des Veräußerungsgewinns lediglich auf drei Rechengrößen ab: den Veräußerungspreis, die Veräußerungskosten und die Anschaffungskosten der Beteiligung.<sup>225</sup> Da Anschaffungskosten nach dem (auch) im Einkommensteuerrecht allgemein geltenden bilanzsteuerrechtlichen Begriffsverständnis (§ 255 Abs. 1 HGB)<sup>226</sup> eine Vermögensmehrung der Gesellschaft voraussetzen (Eigenkapital)<sup>227</sup>, die bei einem grundsätzlich<sup>228</sup> als Verbindlichkeit zu passivierenden Darlehen nicht vorliegt (Fremdkapital)<sup>229</sup>, wäre durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasster Aufwand, der nicht Veräußerungskosten oder Anschaffungskosten i. S. d. § 255 Abs. 1 HGB darstellte (z. B. der Ausfall eines Gesellschafterdarlehens), steuerlich unberücksichtigt geblieben; nicht zuletzt weil § 20 EStG seinerzeit lediglich die Ertragssphäre des Gesellschafters besteuerte.<sup>230</sup> Zur Wahrung des objektiven Nettoprinzip, welches besagt, dass von Einnahmen eines Steuerpflichtigen sachlich dazugehörige Aufwendungen zum Erwerb, zur Sicherung und zur Erhaltung der Einnahmen abzuziehen sind<sup>231</sup>, legte der damals noch für die Besteuerung von

---

222 BT-Drs. 7/1470, 263 f.

223 BT-Drs. IV/2400, 69.

224 *Weber-Grellet*, DB 2021, 81, 81 f.

225 *Gast*, Die steuerliche Berücksichtigung von Darlehensverlusten des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft, S. 46.

226 BFH, v. 26.4.2006 I R 49, 50/04, BFHE 213, 374, BStBl. II 2006, 656 Rz. 15; BFH, v. 16.12.2009 I R 102/08, BFHE 227, 478, BStBl. II 2011, 566 Rz. 10.

227 Grundlegend hierzu etwa BFH, v. 9.6.1997 GrS 1/94, BFHE 183, 187, BStBl. II 1998, 307.

228 Eine andere Bewertung mag sich bei der Vereinbarung eines (qualifizierten) Rangrücktritts oder einem Forderungsverzicht gegen Besserungsschein ergeben, welchen jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter nachgegangen wird.

229 BFH, v. 5.2.1992 I R 127/90, BFHE 166, 356, BStBl. II 1992, 532 Rz. 22 ff.

230 *Kahlert*, NWB 2020, 903, 904.

231 Grundlegend hierzu *Kirchhof*, StuW 1985, 319, 319 ff. m. w. N.; hierzu auch Kapitel E.I.4.a.

Einkünften aus § 17 EStG zuständige VIII. BFH-Senat daher den Anschaffungskostenbegriff des § 17 Abs. 2 EStG a. F. weit aus und rechnete den Ausfall eigenkapitalersetzender Finanzierungshilfen den (nachträglichen) Anschaffungskosten einer Beteiligung zu.<sup>232</sup> Der im Jahr 2008 zuständig gewordene IX. Senat des BFH übernahm diesen Begründungsansatz im Grunde, modifizierte ihn allerdings dahingehend, dass er den Anschaffungskostenbegriff – anders als zuvor der VIII. Senat – direkt aus § 255 Abs. 1 HGB ableitete.<sup>233</sup>

Ein kontrastierendes Begriffsverständnis bestand hingegen im betrieblichen Bereich. Hier führten nur solche Aufwendungen des Gesellschafters zu (nachträglichen) Anschaffungskosten, die offene oder verdeckte Einlagen in das Gesellschaftsvermögen darstellten (§ 255 Abs. 1 HGB).<sup>234</sup> Eigenkapitalersetzende Darlehen stellten daher keine Anschaffungskosten der Beteiligung dar, denn trotz gesellschaftsrechtlicher Verstrickung eines Darlehens durch das Eigenkapitalersatzrecht (§§ 32a f. GmbHG a. F.) blieb dieses zivilrechtlich Fremdkapital.<sup>235</sup> Dieser Unterschied war freilich vor dem Hintergrund eines anderen Normzusammenhangs zu betrachten. Aufwand, der einem Mitunternehmer i. S. v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG durch den Ausfall eines gesellschaftsrechtlich veranlassten Darlehens erwuchs, fand nämlich ohnehin steuerrechtliche Berücksichtigung, da das Darlehen als Sonderbetriebsvermögen (gegebenenfalls zum Teilwert) abgeschrieben werden konnte (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG).<sup>236</sup>

Der Vergleich des Anschaffungskostenbegriffs in der privaten und der betrieblichen Sphäre verdeutlicht, dass der BFH den Anschaffungskostenbegriff des § 17 Abs. 2 EStG a. F. bzw. später § 255 Abs. 1 HGB nicht technisch, sondern normspezifisch auslegte.<sup>237</sup> Es kam ihm bei der Besteuerung *des Gesellschafters* (§ 17 EStG a. F.) nicht darauf an, ob auf Ebene *der Gesellschaft* zivilrechtlich Eigen- oder Fremdkapital zur Verfügung gestellt

232 BFH, v. 8.4.1998 VIII R 21/94, BFHE 186, 194, BStBl. II 1998, 660 Rz. 23; BFH, v. 10.11.1998 VIII R 6/96, BFHE 187, 480, BStBl. II 1999, 348 Rz. 19 f.; BFH, v. 13.7.1999 VIII R 31/98, BFHE 189, 390, BStBl. II 1999, 724 Rz. 17.

233 BFH, v. 4.3.2008 IX R 80/06, BFHE 220, 451, BStBl. II 2008, 577 Rz. 12; BFH, v. 22.4.2008 IX R 75/06, BFH/NV 2008, 1994, 12 f.

234 BFH, v. 18.12.2001 VIII R 27/00, BFHE 197, 483, BStBl. II 2002, 733, Rn 20.

235 BFH, v. 5.2.1992 I R 127/90, BFHE 166, 356, BStBl. II 1992, 532 Rz. 22 ff.; *Priester*, DB, 1991, 1917, 1918 f.

236 BFH, v. 10.11.2005 IV R 13/04, BFHE 211, 294, BStBl. II 2006, 618 Rz. 39.

237 So ausdrücklich z. B. BFH, v. 18.12.2001 VIII R 27/00, BFHE 197, 483, BStBl. II 2002, 733, wo es heißt: „Dieser im Wege der extensiven Auslegung des § 17 EStG gewonnene und am spezifischen Zweck der genannten Norm orientierte erweiterte Anschaffungskostenbegriff [...]“.

wurde, sondern welche Funktion das zur Verfügung gestellte Kapital bei der Gesellschaft einnahm.<sup>238</sup> Oder mit anderen Worten: Es ging wirtschaftlich betrachtet darum, ob lediglich die Nutzungsmöglichkeit des Kapitals oder das Kapital selbst überlassen werden sollte.<sup>239</sup> Der IX. Senat des BFH bezeichnete dies als „funktionales Eigenkapital“.<sup>240</sup> Die Grenzziehung zwischen Nutzungs- und Kapitalüberlassung sah der BFH im Eigenkapitalersatzrecht (§§ 32a f. GmbHG a. F.) sachgerecht verortet. Wenngleich Zweck des Eigenkapitalersatzrechts der Gläubigerschutz war, ergab sich aus dessen Wertungen sowohl der Gesellschaftsbezug der Darlehensgewährung (gesellschaftsrechtliche Veranlassung) als auch die Funktion des Kapitals als Eigenkapital.<sup>241</sup> Denn ein durch das Eigenkapitalersatzrecht – sei es durch die Novellen- oder die Rechtsprechungsregeln – gesellschaftsrechtlich verstricktes Darlehen wurde haftungsrechtlich und damit seiner Funktion nach wie Eigenkapital behandelt.<sup>242</sup> Dass es dem BFH dabei nur auf die Wertungen des Eigenkapitalersatzrechts ankam, nicht aber an eine stringente Bindung<sup>243</sup>, verdeutlichten insbesondere die Ausnahmen des Sanierungsprivilegs und die Verzichtsmöglichkeit auf das Kleinanlegerprivileg.<sup>244</sup>

### c) Vergleich von Eigenkapitalersatzrechtsprechung und Fremdvergleich

Während es für die Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung mittels Fremdvergleich also auf die Fremdüblichkeit der Darlehensbedingungen und Umstände ankommt<sup>245</sup>, stand nach der Eigenkapitalersatzrechtsprechung maßgeblich in Frage, ab wann bei der Gewährung eines Darlehens von einer Kapital- statt von einer Nutzungsüberlassung gesprochen werden konnte.<sup>246</sup> Die Antwort auf diese Frage vermochte der BFH nicht ausschließlich an der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung der Kapitalüberlassung mittels Fremdvergleich festzumachen. Denn stellt ein Ge-

---

238 BFH, v. 19.8.2008 IX R 63/05, BFHE 222, 474, BStBl. II 2009, 5 Rz. 18; BFH, v. 20.8.2013 IX R 43/12, BFH/NV 2013, 1783 Rz. 10.

239 Heuermann, DStR 2008, 2089, 2092.

240 BFH, v. 2.4.2008 IX R 76/06, BFHE 221, 7, BStBl. II 2008, 706 Rz. 15; BFH, v. 20.8.2013 IX R 1/13, BFH/NV 2014, 310 Rz. 16; BFH, v. 20.8.2013 IX R 43/12, BFH/NV 2013, 1783 Rz. 10; BFH, v. 16.6.2015 IX R 30/14, BFHE 250, 305, BStBl. II 2017, 94 Rz. 18; BFH, v. 11.4.2017 IX R 4/16, BFH/NV 2017, 1309 Rz. 23.

241 Heuermann, NZG 2009, 841, 843.

242 Kapitel B.I.2.b.aa.

243 Ausführlich hierzu Priester, DB 1991, 1917, 1917 ff.

244 Kapitel A.I.1.

245 Kapitel B.I.2.a.

246 Kapitel B.I.2.b.

sellschafter „seiner“ Gesellschaft Kapital in Form eines Darlehens zur Verfügung, ergibt sich bereits qua gesetzlicher Suggestion (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB), dass er das Kapital später wieder zurückerhalten und das Kapital daher nur zur Nutzung überlassen will.<sup>247</sup> Dieser Annahme steht auch nicht entgegen, wenn die der Darlehensgewährung zugrunde liegenden Bedingungen einem Fremdvergleich nicht standhalten und das Kapital daher „societatis causa“ zur Nutzung überlassen wurde (z. B. zinslose Darlehensgewährung).<sup>248</sup> Auch bei Fremdunüblichkeit der Bedingungen liegt die Intention eines Darlehens lediglich in der Nutzungsüberlassung; auch hier will der Gesellschafter sein Kapital zurückerhalten.<sup>249</sup> Dementsprechend führte nach der Eigenkapitalersatzrechtsprechung des BFH allein die Fremdunüblichkeit einer gewährten Finanzierungshilfe nicht zwingend zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung (§ 17 Abs. 2 EStG a. F.).<sup>250</sup> Den ehemaligen Rechtsprechungsgrundsätzen lag also gerade kein steuerrechtlicher Fremdvergleich zugrunde.<sup>251</sup>

#### **d) Fazit: Systematischer Vergleich zwischen Fremdvergleich und Krise**

Ein Vergleich der Systematiken beider Veranlassungsbestimmungen zeigt, dass die mutmaßliche Annahme des Gesetzgebers, die Methoden seien vergleichbar, fehlerhaft.<sup>252</sup> Der Veranlassungsbestimmung mittels Eigenkapitalersatzrechts (§§ 32a f. GmbHG a. F.) lag die Frage zugrunde, welche Funktion das zur Verfügung gestellte Kapital eingenommen hat (sog. funktionales Eigenkapital).<sup>253</sup> Mit einem steuerlichen Fremdvergleich, wie er sich nunmehr in § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG wiederfindet, hatte dies nichts zu tun, da hier die Fremdüblichkeit der Vertragsbedingungen und Umstände in Frage stehen.<sup>254</sup> Diese Unterscheidung bedingte, dass ein Darlehen zwar fremdunüblich gewährt werden konnte, aber kein funktionales Eigenkapital i. S. d. Eigenkapitalersatzrechtsprechung darstellte.<sup>255</sup>

247 Heuermann, DStR 2008, 2089, 2092.

248 BFH, v. 11.7.2017 IX R 36/15, BFHE 258, 427, BStBl. II 2019, 208 Rz. 22.

249 Heuermann, NZG 2009, 841, 843.

250 BFH, v. 22.4.2008 IX R 75/06, BFH/NV 2008, 1994 Rz. 15; BFH, v. 9.6.2010 IX R 52/09, BFHE 230, 326, BStBl. II 2010, 1102 Rn. 23.

251 BFH, v. 11.7.2017 IX R 36/15, BFHE 258, 427, BStBl. II 2019, 208 Rz. 22.

252 BFH, v. 11.7.2017 IX R 36/15, BFHE 258, 427, BStBl. II 2019, 208 Rz. 21 f.; Heuermann, DStR 2008, 2089, 2092; Heuermann, NZG 2009, 841, 843; Jachmann-Michel, BB 2020, 727, 733; Jachmann-Michel, UR 2020, 581, 581.

253 Kapitel B.I.2.b.

254 Kapitel B.I.2.a.

255 Kapitel B.I.2.c.