

AUFSÄTZE

Der Nichtanrechnungsberechtigte unterliegt mit der erhaltenen Gebühr generell nicht der deutschen Besteuerung⁸⁹. Über ein solches Wertpapiergeschäft konnte somit nach dem alten Rechtsstand das anteilige Körperschaftsteuer-Guthaben, das bei dem Nichtanrechnungsberechtigten als endgültige Belastung verblieben wäre, genutzt werden⁹⁰. Die beiden Vertragsparteien hatten über die Höhe der Gebührenfestsetzung die Möglichkeit, den so erzielten Steuervorteil zu teilen⁹¹.

Der mit dem Standortsicherungsgesetz neu eingefügte § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 4 Buchst. g EStG soll für die Zukunft die beschriebene, nicht erwünschte indirekte Ausschöpfung des Körperschaftsteuer-Guthabens verhindern. Danach wird eine Anrechnung der Körperschaftsteuer bei der Einkommensteuer- (bzw. analog bei der Körperschaftsteuer-)⁹² Veranlagung ausgeschlossen, soweit die betreffenden Einnahmen nicht zur Festsetzung einer Einkommensteuer (bzw. analog nicht zu einer Körperschaftsteuer) führen, weil ihnen damit zusammenhängende abziehbare Aufwendungen gegenüberstehen, die bei dem Empfänger nicht der deutschen Besteuerung unterliegen⁹³.

Aus der zitierten Bedingung der Rechtsvorschrift folgt, daß entsprechende Wertpapiergeschäfte im Inland zwischen unbeschränkt Steuerpflichtigen dann nicht zum Ausschluß der Anrechnung der Körperschaftsteuer führen, wenn die betreffenden Vergütungen für die Übertragung beim Empfänger zu einer deutschen Besteuerung herangezogen werden⁹⁴.

Die hier für die Wertpapierleihe beschriebene Besteuerungsproblematik und erfolgte Rechtsänderung besteht in analoger Weise für die Einbeziehung von Optionsgeschäften, bei denen das Körperschaftsteuer-Guthaben über die Optionsprämie vom Anrechnungsberechtigten an den Nichtanrechnungsberechtigten vergütet wird⁹⁵.

Die neue Regelung zur Anrechnungsbeschränkung beinhaltet zumindest zwei Verfahrensprobleme:

(1) Die Besteuerung hängt in zunehmendem Maße von Besteuerungsmerkmalen fremder Geschäftspartner ab, die insoweit erhoben und nachprüfbar festgehalten werden müssen⁹⁶.

(2) Nach der Wortwahl der Rechtsänderung – „soweit“ – muß bei jedem an einen Nichtanrechnungsberechtigten für erworbene Gewinnberechtigungen geleisteten Vergütungsbetrag die Körperschaftsteuer aus empfangenen Gewinnausschüttungen anteilig reduziert werden. Dabei ist zu beachten, daß es im Gegensatz zu der Vorschrift des § 50c EStG keine „Bagatellgrenze“ gibt.

4. Schlußbetrachtungen

Die vielfältigen Änderungen der Steuerrechtsvorschriften zum Dividenden-Stripping zeigen anschaulich das Wechselspiel

zwischen Steuervermeidungskünsten der Praxis und Reaktionen des Gesetzgebers. Dieser will auf der einen Seite die Rechtslücken schließen, mit denen seiner Meinung nach in unerwünschter Weise Steuerzahlungen vermieden werden. Andererseits resultieren daraus immer weitere Komplizierungen des Steuerrechts mit neuen Abgrenzungsschwierigkeiten und Beeinträchtigungen von Marktvorgängen. Bedenklich scheinen vor allem die neuen Abhängigkeiten der Besteuerung von persönlichen Merkmalen anderer fremder Steuerpflichtiger.

Neben der umstrittenen Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8a KStG); den Begrenzungen der Verlustzurechnungen (§§ 2a, 15a EStG), der Erfassung anteiliger Zinsen (§ 20 Abs. 2 Nr. 4 EStG) und der Erweiterung der Kapitalertragsteuer (§§ 43ff. EStG) liegt mit der steuerlichen Erfassung des Dividenden-Stripping ein weiteres Problemfeld vor, dessen Behandlung in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht beendet sein wird. Trotz aller Mängel der Gesetzgebung trifft aber die gesetzgebenden Körperschaften nicht allein die Schuld: Die Kompliziertheit des Steuerrechts ist zumindest in Teilen auch ein Spiegelbild der zunehmenden Komplexität der Wirtschaftswelt nicht nur im nationalen, sondern auch im internationalen Rahmen. Erforderlich ist nicht nur mehr Qualität der Gesetzgebung, sondern auch eine Verringerung der Änderungsfrequenz des Steuerrechts. Ferner verlangt die Öffnung der nationalen Grenzen eine weitere Harmonisierung des Steuerrechts in der Europäischen Union auch und gerade im Bereich der Erträge aus Kapitalvermögen.

89) Erträge aus Wertpapier-Leihgeschäften einschließlich Ausgleichszahlungen für während der Leihzeit erzielte Zins- und Dividendenrträge stellen keine Einkünfte aus Kapitalvermögen oder solche aus Vermietung und Verpachtung, sondern Einkünfte aus sonstigen Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG dar. Bei einem beschränkt Steuerpflichtigen, der keine Betriebsstätte im Inland unterhält, gehören diese nach § 49 EStG nicht zu den steuerpflichtigen Einkünften. Vgl. Häuselmann, H., (FN 16), 8712.

90) Vgl. Dötsch, E., (FN 1), 1848.

91) Vgl. Endres, D., (FN 11), 537.

92) Die Übernahme des § 36 Abs. 2-4 EStG in das Körperschaftsteuer-Veranlagungsverfahren erfolgt auf der Grundlage des § 49 KStG. Vgl. auch Abschn. 26 Abs. 1 Nr. 1 KStR.

93) Vgl. außer der neuen Gesetzesfassung z. B. Endres, D., (FN 11), 537.

94) Dies trifft bei im Inland unbeschränkt steuerpflichtigen Verleihern zu, die je nach Sachverhalt dann Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder aus sonstigen Leistungen i. S. v. § 22 Nr. 3 EStG erzielen.

95) Vgl. z. B. Vfg. OFD Koblenz v. 22. 9. 1993, Ziff. 2.6.2.

96) Dies wurde u. a. als ein Kritikpunkt an dem 1980 abgeschafften § 39 KStG genannt. Vgl. z. B. Scholtz, R.-D., (FN 52), § 50c Rz. 5.

Prof. Dr. Dirk E. Meyer-Scharenberg, Steuerberater, Universität Regensburg*

Steuerprobleme im Konkursfall

Fällt ein Unternehmen in Konkurs, stellt sich u. a. für die betroffenen Gesellschafter und Arbeitnehmer die Frage, inwieweit die eingetretene Vermögensverluste steuerlich geltend gemacht werden können. Die Rechtslage hierzu ist trotz zahlreicher Entscheidungen des BFH und der Finanzgerichte einerseits und Stellungnahmen der Finanzverwaltung andererseits unübersichtlich und teilweise im Fluß. Für den Steuerberater geht es darum, die konkursbedingten Verluste seiner Mandanten durch geeignete Steuergestaltungsmaßnahmen zu lindern. Der Verfasser zeigt, welche Möglichkeiten diesbezüglich bei wesent-

lich beteiligten Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft, Kommanditisten, Kapitalanlegern und Arbeitnehmern bestehen.

1. Problemstellung

Das Statistische Bundesamt in Wiesbaden ermittelte für das Jahr 1993 rund 20000 Konkursfälle. Ein gewaltiger Anstieg,

* Überarbeiteter Vortrag anlässlich der 33. Münchner Steuerfachtagung am 23. März 1994.

AUFSÄTZE

nachdem im Vorjahr „nur“ 15000 Konkurse zu verzeichnen waren. Der Höhepunkt der augenblicklichen Pleitewelle wird sogar erst für die kommenden Jahre erwartet.

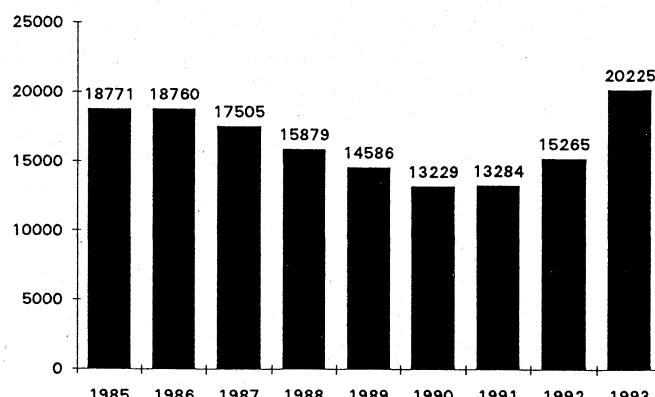


Abb. 1: Konkurse in Deutschland (ab 1991 Gesamtdeutschland)¹⁾

In den meisten Fällen enden mit dem Konkurs auch die steuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei den zusammengebrochenen Unternehmungen. Der eigentliche Schaden entsteht nicht bei der Unternehmung selbst, sondern bei den mit ihr in Geschäfts- oder Vertragsbeziehung stehenden Personenkreisen. Dies sind zum einen die am Unternehmen als Anteilseigner Beteiligten, zum anderen Banken und private Darlehensgeber, Lieferanten und Geschäftspartner sowie natürlich die Arbeitnehmer.

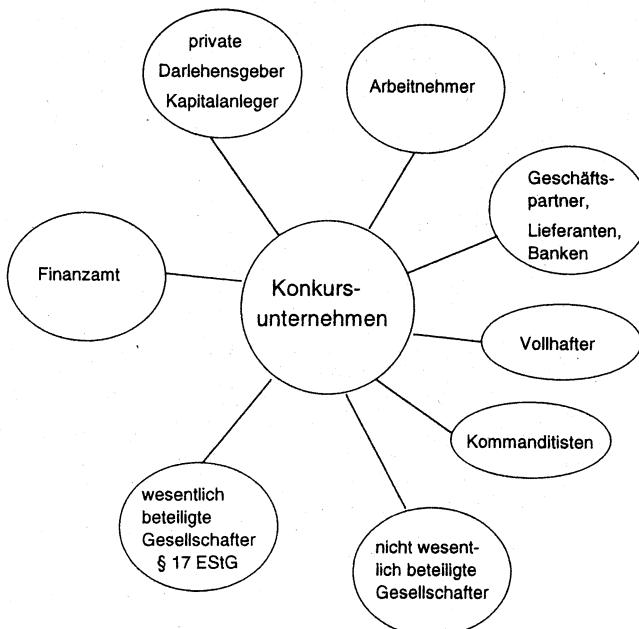


Abb. 2: Vom Konkurs betroffene Personenkreise

Auf die Probleme des Finanzamts als Konkursgläubiger wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen. Hinzzuweisen ist allerdings auf die Geschäftsführerhaftung nach § 69 AO, wonach es stets ratsam ist, Umsatzsteuer, Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge rechtzeitig und in korrekter Höhe abzuführen. Andernfalls sind diese Steuern und Abgaben vom Geschäftsführer persönlich zu tragen²⁾.

Aufgabe des Steuerberaters ist es, die Folgen unvermeidlicher Vermögensverluste der vom Konkurs unmittelbar betroffenen Personenkreise zu lindern, indem die steuerliche Absetz-

barkeit der Verluste durch eine vorsorgende Gestaltungsberatung gewährleistet wird.

2. Wesentlich beteiligter Gesellschafter nach § 17 EStG

2.1 Zeitpunkt des Anteilsverlustes

Im Konkursfall erweist sich die Steuerverhaftung wesentlicher Beteiligungen als segensreich. Wesentlich beteiligte Gesellschafter können nämlich den Verlust aus dem Untergang ihrer Beteiligung nach § 17 Abs. 4 EStG steuerlich geltend machen. Dies ist die Kehrseite der Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen aus solchen Beteiligungen. Naturgemäß möchte der Anteilseigner seinen Anteilsverlust so frühzeitig wie möglich absetzen. Andererseits steht die genaue Höhe der Verluste oft erst am Ende der Liquidationsphase fest.

Anders als der Verlust aus der Aufgabe eines Betriebes, dessen Entstehung sich möglicherweise über einen zwei- oder dreijährigen Zeitraum³ erstrecken kann, entsteht der Anteilsverlust im Konkursfall zu einem bestimmten Zeitpunkt. Nach Auffassung des BFH⁴ entsteht der Auflösungsverlust nach § 17 Abs. 4 EStG in dem Zeitpunkt, in dem alle für die Ermittlung des Verlustes erforderlichen Informationen vorliegen. Im Normalfall wird dies wohl erst nach Abschluß der Liquidation mit der Löschung der GmbH im Handelsregister gegeben sein. Der BFH weist jedoch ausdrücklich darauf hin, daß die Beendigung der Kapitalgesellschaft nicht zwingend notwendig ist. Ausreichend soll vielmehr schon die zivilrechtliche Auflösung der Kapitalgesellschaft sein, wenn bereits in diesem Moment der Auflösungsverlust feststeht. Dieses Kriterium hat der BFH im Falle der Ablehnung des Konkurses mangels Masse bejaht. Eventuelle nachträgliche Änderungen sollten m. E. – analog der Behandlung bei Anteilsveräußerungsgewinnen – unter Rückgriff auf § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO berücksichtigt werden.

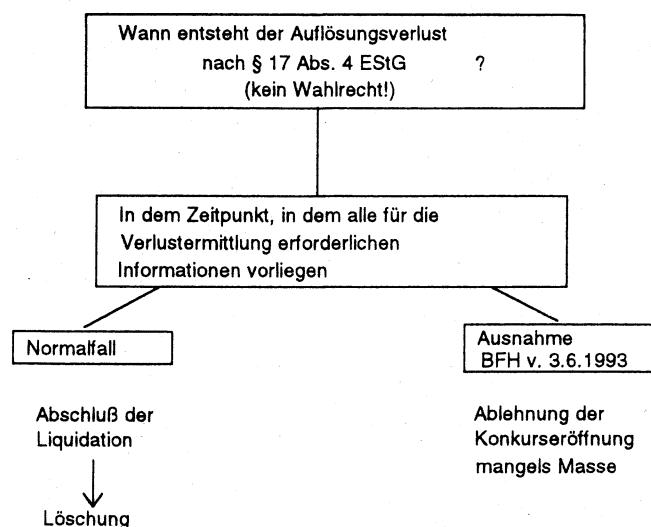


Abb. 3: Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entstehung des Auflösungsverlustes nach § 17 Abs. 4 EStG

1) Quellen: 1985–1992: Statistisches Jahrbuch 1993 für die Bundesrepublik Deutschland; 1993: Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Telefonauskunft v. 23. 2. 1984.

2) Vgl. unten 2.4 und 6.2; *Beermann, A.*, DStR Heft 23/94, 805; *Frotscher, G.*, Steuern im Konkurs, 1990, 183ff.; *Hoffmann*, DB 1986, 456.

3) Vgl. *Schmidt, L.*, EStG, 12. Aufl. 1993, § 16 Anm. 48.

4) BFH-Urt. v. 3. 6. 1993, VIII R 81/91, DStR 1994, 169.

AUFSÄTZE

2.2 Darlehensverluste als nachträgliche Anschaffungskosten

2.2.1 Bisherige Rechtslage

Der wesentlich beteiligte Gesellschafter hat Glück im Unglück. Er hat nämlich die besten Chancen, neben dem Verlust seiner Beteiligung auch alle sonstigen Vermögensverluste steuerlich geltend machen zu können. In erster Linie stehen die Darlehen im Feuer, die der GmbH gewährt wurden. Nach bisheriger Rechtsprechung war der Abzug verlorener Darlehen allerdings nicht in jedem Fall gewährleistet⁵.

Es war danach zu unterscheiden, ob das Darlehen *in der Krise* gegeben oder *vor* der Krise gewährt und dann stehengelassen wurde⁶. Nur im ersten Fall war die steuerliche Berücksichtigungsfähigkeit gesichert. Denn bislang galt der Grundsatz, daß nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung nur in Höhe des Wertes der verdeckten Einlage entstehen, die durch den Verzicht auf die Rückzahlung des Darlehens bewirkt wird. Eine verdeckte Einlage liegt bei Darlehen erst dann vor, wenn auf die Rückzahlung des Darlehens verzichtet worden ist. Nach Auffassung des BFH⁷ führte ein Verzicht *vor* der Krise zu nachträglichen Anschaffungskosten in Höhe des *Nennwerts*. Wurde es dagegen stehengelassen und der Verzicht erst bei schon *eingetretener Krise* ausgesprochen, führte dies zwar auch zu nachträglichen Anschaffungskosten, aber nur in Höhe des *gemeinen Wertes* der Darlehensforderung, der in diesem Zeitpunkt nur noch Null betrug. Ohne Verzicht wurden nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe des Nennwertes nur in dem Fall der Darlehengewährung in der Krise anerkannt.

2.2.2 Neue Rechtsprechung

Ein neues Urteil des VIII. Senats des BFH⁸ hat diesbezüglich eine Änderung der Rechtsprechung herbeigeführt⁹. Danach muß obige Unterscheidung nicht mehr getroffen werden, weil der angeführte Grundsatz nicht mehr aufrechterhalten wird. Vielmehr ist jetzt maßgeblich, ob das Darlehen aus *gesellschaftsrechtlicher Veranlassung* stehengelassen worden ist. Nachträgliche Anschaffungskosten können somit auch gegeben sein, ohne daß eine verdeckte Einlage vorliegt. Nach dem neuen Urteil des VIII. Senats sind nunmehr drei Fälle zu unterscheiden:

1. Fall: Das Darlehen wird in der Krise gewährt

Geht das Darlehen im Konkursfall verloren, führt dies immer zu nachträglichen Anschaffungskosten in Höhe des Nennwerts. Ein ausdrücklicher Verzicht war schon bisher nicht erforderlich. An dieser Rechtslage hat sich durch das neue Urteil nichts geändert.

2. Fall: Das Darlehen wird vor der Krise gewährt und trotz Krise stehengelassen

Dieser Sachverhalt erfährt durch die Rechtsprechungsänderung eine völlig neue Behandlung. Neu ist zum einen die Tatsache, daß auch in derartigen Fällen regelmäßig eine Verzichtserklärung seitens des Gläubigers (= Gesellschafters) als nicht mehr notwendig erachtet wird. Vor allem aber entstehen nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe des Nennwerts. Denn nach Ansicht des BFH ist der Wert maßgeblich, den das Darlehen hatte, bevor es eigenkapitalersetzt wurde. In Höhe dieses Wertes kann ein späterer Verlust der Darlehensforderung zu nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung führen. Vom Nennwert ist auszugehen, wenn der Gesellschafter über die Entwicklung des Unternehmens unterrichtet war und keine Anzeichen dafür sprechen, daß er beabsichtigte, das Darlehen wegen der sich abzeichnenden Krise abzuziehen. Vor allem bei wesentlich beteiligten Gesellschaftern kann unterstellt werden,

daß diese über die Entwicklung des Unternehmens informiert sind. Die neue BFH-Entscheidung beseitigt somit zugunsten des Steuerpflichtigen die früher existierenden Probleme.

3. Fall: Dem Finanzamt gelingt der Nachweis, daß der Darlehensgeber keine Kenntnis von der Krise hatte oder das Darlehen kündigen wollte

Der BGH¹⁰ hat entschieden, daß die Voraussetzungen des eigenkapitalersetzenden Darlehens nicht erfüllt sind, wenn der Gesellschafter das Darlehen nur deshalb stehengelassen hat, weil er von der Krise seines Unternehmens keine Kenntnis hatte. Die Beweislast hat in diesen Fällen jedoch der betroffene Gesellschafter. Das zivilrechtliche Motiv für die Behauptung eigener Unkenntnis wird regelmäßig darin bestehen, das Darlehen dadurch nicht Bestandteil der Haftungsmasse werden zu lassen.

Steuerlich ist die Unkenntnis nachteilig, da nach dem Urteil des BFH¹¹ in diesen Fällen die oben angeführten Voraussetzungen gerade nicht erfüllt sind und somit zwar nachträgliche Anschaffungskosten vorliegen, jedoch nur zum gemeinen Wert von Null. Somit müßte der Gesellschafter den Verlust des Darlehens als echten Verlust in der Vermögensphäre akzeptieren. Der Gesellschafter hat sicherlich kein Interesse daran, den Nachweis der Unkenntnis zu erbringen. Allenfalls das Finanzamt wird ein Interesse an einem derartigen Nachweis haben.

Die Behandlung der *Darlehenszinsen* folgt der des Darlehens. Ihr Verlust führt zu nachträglichen Anschaffungskosten, wenn sie aus gesellschaftsrechtlicher Veranlassung in Kenntnis der Krise stehengelassen wurden.

Nachträgliche Werbungskosten z. B. in Gestalt von Schuldzinsen sind ab dem Zeitpunkt nicht mehr abziehbar, in welchem etwa Aktien infolge des Konkurses der AG wertlos geworden sind, weil aus ihnen für die Zukunft keine Einnahmen mehr zu erwarten waren¹².

Die bilanzielle Behandlung auf Seiten der Gesellschaft dürfte inzwischen weitgehend geklärt sein. Unstreitig ist, daß ein Gesellschafterdarlehen Fremdkapital selbst für den Fall bleibt, daß ein Rangrücktritt erklärt worden ist¹³. Erst der Verzicht auf die Rückzahlung führt zur Umqualifizierung in Eigenkapital. Fraglich ist jedoch, ob in der dann erfolgenden Umqualifizierung ein *erfolgsneutraler Passivtausch* oder eine *gewinnerhöhende Auflösung* des Darlehens zu sehen ist. M. E.¹⁴ ist der erfolgsneutrale Passivtausch zu bejahen. Auch der I. Senat des BFH scheint dieser Meinung zu sein. Dies läßt sich m. E. aus dem Urteil des I. Senats vom 30. 5. 1990¹⁵ ableiten. Der Urteilsfall betraf zwar nur die Frage, welche steuerlichen Konsequenzen daraus zu ziehen sind, wenn in späteren Jahren ein Besserungsschein zur Geltung kommt. Über das Verzichtsjahr hatte der BFH also gar nicht zu entscheiden. Dennoch kann dem Urteil

5) Vgl. Bachem, W., DStZ 1992, 712; Döllerer, G., FR 1992, 233; Knobbe-Keuk, B., DStZ 1984, 335.

6) Vgl. z. B. Watermeyer, H. J., BB 1993, 403; OFD Düsseldorf v. 8. 10. 1990, DStR 1990, 749; Wassermeier, F., GmbHHR 1991, 68.

7) BFH-Urt. v. 16. 4. 1991, VIII R 100/87, BStBl II 1992, 234.

8) BFH-Urt. v. 7. 7. 1992, VIII R 24/90, BStBl II 1993, 333, DStR 1992, 1545.

9) Vgl. Watermeyer, H. J., (FN 6), 403.

10) BGH v. 17. 2. 1992 II, ZR 154/91, DB 1992, 981.

11) BFH-Urt. v. 7. 7. 1992, VIII R 24/90, BStBl II 1993, 333, DStR 1992, 1545.

12) BFH-Urt. v. 23. 2. 1984, VI R 245/80, n. v.

13) BFH-Urt. v. 30. 3. 1993, IV R 57/91, BStBl II 1993, 502, DStR 1993, 871; vgl. dazu Weber, K., BB 1992, 525; Sender, L., GmbHHR 1992, 157.

14) Gl. A., Hoffmann, W.-D., DStR 1993, 1057; FG Münster v. 16. 12. 1992, Lexinform Dok 103662 (Az. BFH I R 23/93).

15) BFH-Urt. v. 30. 5. 1990, I R 41/87, BStBl II 1991, 588, DStR 1990, 598.

AUFSÄTZE

klar entnommen werden, daß der BFH im Normalfall einen erfolgsneutralen Passivtausch annimmt. Für einen Verzicht ohne Besserungsschein kann deshalb m. E. nichts anderes gelten.

Im Schrifttum¹⁶ wird die neue Entscheidung des VIII. Senats vom 7. 7. 1992 allerdings anders interpretiert. Aus diesem Grund ist es wohl ratsam, nicht vorschnell auf die Rückzahlung kapitalersetzender Darlehen zu verzichten, da der Verzicht für die Entstehung nachträglicher Anschaffungskosten – wie oben dargelegt – nicht mehr erforderlich ist. Der BFH¹⁷ wird die Frage noch in diesem Jahr entscheiden.

2.2.3 Nichtanwendungserlaß

In Kreisen der Finanzverwaltung¹⁸ wurde die neue Entscheidung des VIII. Senats kritisiert. Die Veröffentlichung im Bundessteuerblatt soll nur einem „technischen Versehen“ zu verdanken sein. Durch Schreiben vom 14. 4. 1994¹⁹ hat die Finanzverwaltung nunmehr tatsächlich die Nichtanwendung des Urteils vom 7. 7. 1992 insoweit verfügt, als auch vor der Krise gewährte und stehengelassene Darlehen stets zu Anschaffungskosten in Höhe des Nennwertes führen.

„In den durch das Urteil des BFH vom 7. 7. 1992 erfaßten Fällen erweist sich der Ansatz nachträglicher Anschaffungskosten auf eine Beteiligung i. S. d. § 17 EStG mit dem Nennwert des kapitalersetzenden Darlehens im Regelfall als nicht gerechtfertigt. Vielmehr ist eine Prüfung im Einzelfall notwendig, welcher Wert dem Darlehen in dem Zeitpunkt, in dem es kapitalersetzt wurde, konkret zukommt. Dabei kann dieser Wert im Einzelfall auch null DM betragen. Bei der Wertfeststellung trägt nach den allgemeinen Grundsätzen der Stpfl., der nachträgliche Anschaffungskosten auf eine Beteiligung i. S. d. § 17 EStG zu seinen Gunsten geltend macht, die Feststellungslast.“

Möglicherweise wird der VIII. Senat²⁰ schon bald Gelegenheit haben, seine Auffassung erneut zu bekräftigen. Auch nach Meinung der Finanzverwaltung kommt es auf den Verzicht auf Rückzahlung nicht mehr an. Zumindest enthält das BMF-Schreiben keine diesbezüglichen Ausführungen.

2.3 Verluste aus Bürgschaften als nachträgliche Anschaffungskosten

Für die Geltendmachung von Verlusten aus Bürgschaften gelten die für Darlehen aufgezeigten Grundsätze analog. Wird der Gesellschafter aus einer Bürgschaft in Anspruch genommen, führt die Inanspruchnahme aus dieser Bürgschaft zu nachträglichen Anschaffungskosten, die seinen Auflösungsverlust erhöhen²¹. Nach einer neuen, überzeugend begründeten Entscheidung des FG Köln²² kann eine Bürgschaftsverpflichtung auch dann zu nachträglichen Anschaffungskosten führen, wenn mangels Solvenz des Gesellschafter-Bürgen Zahlungen auf die Bürgschaftsverpflichtung tatsächlich nicht geleistet wurden. Das gelte jedenfalls dann, wenn der Bürgschaftsgläubiger die Durchsetzung seiner Forderung gegenüber dem Gesellschafter ernsthaft betreibt und hieran auch nicht aus Rechtsgründen – etwa durch Eintritt der Verjährung – gehindert sei.

Wie das Darlehen muß auch die Bürgschaft aus gesellschaftsrechtlicher Veranlassung eingegangen worden sein. Der BFH²³ unterstellt dies stets für einen beherrschenden und ebenso für einen mit 40% beteiligten Gesellschafter. M. E. wird dies auch bei einem mit 25% wesentlich Beteiligten nicht anders zu entscheiden sein. Dieser Personenkreis ist also zwar nicht vor Vermögensverlusten geschützt, er kann sie aber zumindest durch die steuerliche Geltendmachung mildern. Durch den Nichtanwendungserlaß vom 14. 4. 1994 wird es vorerst wieder darauf ankommen, ob die Bürgschaft in der Krise (unproblematischer Fall) oder vor der Krise (Problemfall) eingegangen wurde.

2.4 Haftungsbeträge nach den §§ 69, 34 AO als nachträgliche Anschaffungskosten

Gerät ein Unternehmen in Zahlungsschwierigkeiten, ist die Versuchung groß, sich aus vereinnahmten Umsatzsteuern sowie einbehaltenen Lohnsteuern und Sozialabgaben zu finanzieren. Kommt es dann doch zum Zusammenbruch, haften die verantwortlichen Geschäftsführer persönlich für die rückständigen Steuern und Abgaben.

Wird der Gesellschafter-Geschäftsführer für Steuerschulden der Gesellschaft nach den §§ 69, 34 AO in Anspruch genommen, führen auch diese Zahlungen zu nachträglichen Anschaffungskosten auf seine Beteiligung. Soweit die Steuerschulden vor der Auflösung der GmbH entstanden sind, ergeben sich keine Probleme. Nach Meinung des FG Düsseldorf²⁴ und eines Erlasses der OFD Düsseldorf²⁵ sind allerdings die von einem wesentlich beteiligten Gesellschafter für die GmbH übernommenen Zahlungsverpflichtungen und Bürgschaften bei der Ermittlung des Auflösungsverlustes dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gesellschafter diese Verpflichtung erst nach Auflösung der GmbH eingegangen ist. Denn sie seien nicht zur Werterhöhung des Gesellschafteranteils gemacht worden und beinhalten somit keine nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung. M. E. beruht diese Argumentation wohl noch auf dem Einlagegedanken, da die Erhöhung des Anteilswertes durch Vornahme von Einlagen erreicht wird. Die vom VIII. Senat im Urteil vom 7. 7. 1993 vorgenommene Loslösung vom Einlagegedanken bei gleichzeitiger Hinwendung zur Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis muß m. E. dazu führen, auch die nach der Eröffnung des Konkursverfahrens getragenen Aufwendungen als nachträgliche Anschaffungskosten anzuerkennen. Es sei allerdings angemerkt, daß der BFH diesbezüglich noch kein Urteil gesprochen hat.

2.5 Verluste aus Darlehen und Bürgschaften von Ehegatten als nachträgliche Anschaffungskosten (mittelbare verdeckte Einlage)

Noch ungeklärt ist die Geltendmachung von Verlusten bei Darlehen und Bürgschaften, die der Ehegatte eines Gesellschafters an das in Konkurs gegangene Unternehmen gewährt hatte²⁶. Diese auch unter dem Stichwort „mittelbare verdeckte Einlage“ behandelten Sachverhalte münden letztlich in die Drittaufwandsproblematik. Diesbezüglich wird mit Spannung die Entscheidung des Großen Senats des BFH²⁷ erwartet.

Das FG Düsseldorf war der Auffassung, dieser Aufwand der Ehefrau könne steuerlich nicht geltend gemacht werden, da es sich um einen Vermögensverlust in ihrer Privatsphäre und nicht um nachträgliche Anschaffungskosten beim Ehemann handle. Somit ist ein klassischer Fall des Drittaufwandes gegeben: Der Ehemann hat die Beteiligung, hat aber keine Aufwen-

16) Vgl. Bruse, M., von Braunschweig, Ph., DB 1993, 2302.

17) FG Münster v. 16. 12. 1992, (FN 14).

18) Vgl. van Lishaut, FR 1993, 602 (603 FN 13).

19) DStR Heft 19-20/94, 706.

20) Az. VIII R 99/90 (FG Saarland v. 5. 10. 1990, EFG 1991, 379).

21) Vgl. Koops, O. F., DStR 1991, 533; OFD Düsseldorf v. 1. 2. 1989, DStR 1989, 291; Meermann, A. M., StBp 1988, 110; Fichtelmann, H., GmbHR 1988, 72.

22) Urteil v. 23. 11. 1993, EFG 1994, 351 (rkr.).

23) BFH-Urt. v. 9. 12. 1992, VIII R 99/90, BFH/NV 1993, 654; v. 3. 6. 1993, VIII R 81/91, DStR 1994, 169.

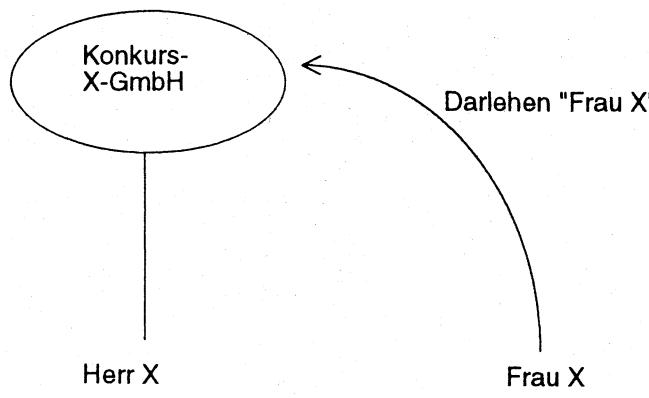
24) FG Düsseldorf v. 9. 12. 1987, EFG 1988, 168, (rkr.).

25) OFD Düsseldorf v. 1. 2. 1989, DStR 1989, 291, Tz. 2. 1.

26) Vgl. Döllerer, G., StBjB 1981/82, 195.

27) Vgl. Vorlagebeschuß BFH v. 9. 7. 1992, NR 115/90, BStBl. II 1992, 948.

AUFSÄTZE

Abb. 4: Fall FG Düsseldorf²⁸

dungen getragen. Die Ehefrau dagegen hat die Kosten getragen, weil das Darlehen uneinbringlich geworden ist, hat aber keine Beteiligung. Nur für den Fall, daß diese Drittaufwandsproblematik durch den Großen Senat des BFH nach dem Veranlassungsprinzip gelöst werden wird, wären die gewünschten steuerlichen Folgen erreichbar. Als Argument läßt sich anführen, daß in einer Vorteilsgewährung an die Ehefrau problemlos eine verdeckte Gewinnausschüttung an den Ehemann gesehen wird. Warum im umgekehrten Fall der Vorteilsgewährung eine verdeckte Einlage nicht möglich sein soll, ist nicht einsehbar. Für die Anerkennung der nachträglichen Anschaffungskosten beim Ehemann hat sich bereits *Döllerer*²⁹ ausgesprochen. Es bleibt nur zu hoffen, daß sich diese Meinung durchsetzt.

Auch im Fall der Bürgschaftsinanspruchnahme des Gesellschafter-Ehegatten führen die Drittaufwandsüberlegungen nach Meinung des FG Rheinland-Pfalz zur Nichtanerkennung nachträglicher Anschaffungskosten.

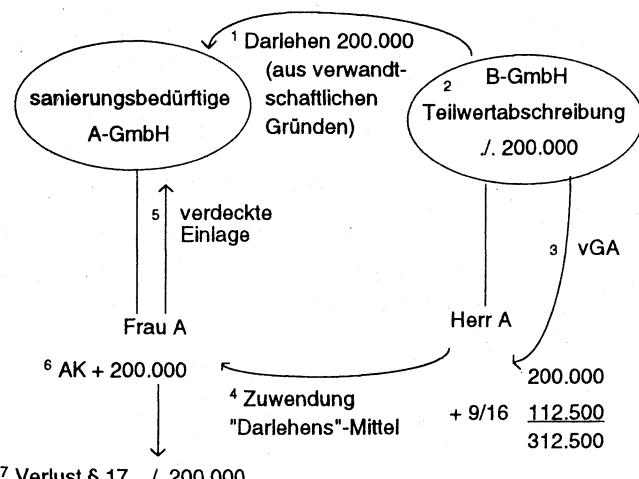
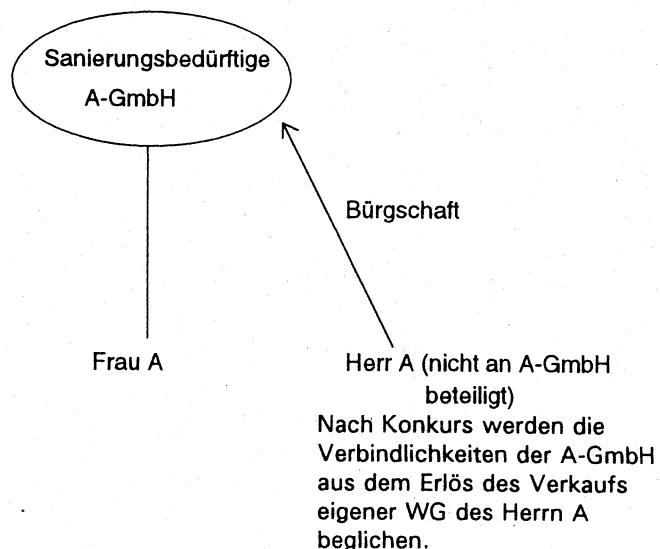


Abb. 6: Fall FG Düsseldorf

nahm die B-GmbH des Mannes sofort eine Teilwertabschreibung vor (2). Diese wurde steuerlich aber nicht anerkannt, weil das Darlehen nur aus der verwandtschaftlichen Beziehung heraus gegeben worden war. Folglich kam es zu einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe des Darlehens zuzüglich des Anrechnungsguthabens (3). Nun stellen aber die 200 000 DM, die per vGA an den Ehemann zurückgeflossen sind, eine Zuwendung der Darlehensmittel an die Frau dar (4). Diese hat die Mittel verdeckt in die GmbH eingelegt (5). Damit kommt es zu nachträglichen Anschaffungskosten, die sich im Veräußerungsfall verlusterhöhend auswirken.

Dem Ergebnis ist m. E. zuzustimmen. Für die Praxis ist die Darlehensgewährung über eine GmbH des Ehegatten also eine gangbare Gestaltungsalternative. M. E. sollten direkte Darlehensgewährungen nicht schlechter behandelt werden.

Abb. 5: Fall FG Rheinland-Pfalz³⁰

Gewährt nicht der Gesellschafter-Ehegatte, sondern dessen GmbH ein Darlehen, soll es dagegen auch nach Meinung des FG Düsseldorf³¹ zu nachträglichen Anschaffungskosten und damit zur Berücksichtigungsfähigkeit des Darlehensverlustes kommen.

Herr A hatte nicht unmittelbar, sondern über seine eigene GmbH ein Darlehen an die konkursreife Gesellschaft seiner Frau gegeben (1). Da das Darlehen uneinbringlich wurde,

3. Anrechenbarkeit nicht abgeführter Steuern von Arbeitnehmern und Anteilseignern

3.1 Lohnsteuer

Hat das Unternehmen Lohnsteuer einbehalten aber nicht abgeführt, und fällt es kurze Zeit darauf in Konkurs, stellt sich für den Arbeitnehmer die Frage, ob er bei seiner Einkommensteuererantragung die Anrechnung der einbehaltenen Lohnsteuer verlangen kann. Gesetzliche Grundlage für die Anrechnung ist § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG, nach der „die durch Steuerabzug erhobene Einkommensteuer, soweit sie auf die bei der Veranlagung erfaßten Einkünfte entfällt“, auf die Einkommensteuer angerechnet werden kann. Unklar ist in diesem Zusammenhang, ob unter Erhebung bereits die Einbehaltung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber oder erst die Abführung an das Finanzamt zu verstehen ist. Nach Ansicht des BFH³² hat der Arbeitnehmer seine Zahlungspflicht grundsätzlich erfüllt, wenn der Arbeitgeber die auf den ausgezahlten Lohn entfallende Lohnsteuer einbehalten hat. Auf die Abführung an das Finanzamt kommt es nicht an. Das Risiko trägt somit grundsätzlich das Finanzamt. Dies folgt im Umkehrschluß auch aus § 42d Abs. 3 Nr. 2 EStG³³.

28) FG Düsseldorf v. 14. 5. 1993, Lexinform 0108144 (Az. BFH VIII R 52/93).

29) Vgl. *Döllerer*, G., (FN 26), 206.

30) Urteil v. 12. 11. 1991, EFG 1992, 331 (Az. BFH VIII R 22/92).

31) Urteil v. 5. 8. 1993, EFG 1994, 39 (Az. BFH VIII R 62/93).

32) BFH-Urt. v. 8. 11. 1985, VI R 238/80, BStBl II 1986, 186.

33) Vgl. *Schmidt*, L., (FN 3), § 42d Anm. 5b.

AUFSÄTZE

3.2 Kapitalertragsteuer

Die Anrechnungsproblematik entsteht in gleicher Weise wie bei der Lohnsteuer auch bei der Kapitalertragsteuer. Jüngst hatte das FG Niedersachsen³⁴ zu diesem Sachverhalt Stellung bezogen: Nach Auffassung des zuständigen Finanzamtes sollte der Steuerpflichtige sowohl die zugeflossenen Mittel als auch die einbehaltene aber vom Unternehmen nicht abgeführt Kapitalertragsteuer versteuern. Die Anrechnung der Kapitalertragsteuer dagegen hatte das Finanzamt verweigert. Das FG folgte der Auffassung des Finanzamts bezüglich der Besteuerung des Bruttbetrages (also inklusive einbehaltener Kapitalertragsteuer). Die Frage der anschließenden Anrechenbarkeit war nach Meinung des FG überhaupt nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Der Steuerpflichtige hätte vielmehr einen Abrechnungsbescheid (§ 218 Abs. 2 AO) beantragen und gegebenenfalls gegen diesen vorgehen müssen. Unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten ist dem wohl zuzustimmen. Gleichwohl kann m. E. im Ergebnis für die Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nichts anderes gelten als für die Lohnsteuer, da Rechtsgrundlage für die Anrechnung in beiden Fällen § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist. Auf das Abführen an das Finanzamt kann es auch in diesem Fall nicht ankommen.

3.3 Körperschaftsteuer

Bezüglich der Körperschaftsteuer stellt § 36 Abs. 2 Nr. 3 Satz 3 EStG zwar ausdrücklich klar, daß die Anrechenbarkeit der einbehaltenen Körperschaftsteuer nicht von ihrer tatsächlichen Entrichtung abhängt³⁵. Eine wesentliche Ausnahme besteht aber in den Fällen des § 36a EStG. Danach scheidet die Anrechnung der nicht abgeführten Körperschaftsteuer aus, wenn der anrechnungsberechtigte Gesellschafter innerhalb der letzten drei Jahre beherrschend oder wesentlich beteiligt war. Die nicht anrechenbare Körperschaftsteuer ist jedoch vom Gesellschafter auch nicht zu versteuern^{35a}.

4. Kommanditisten

4.1 Wegfall des negativen Kapitalkontos

Durch den Wegfall des negativen Kapitalkontos eines Kommanditisten entsteht stets ein steuerpflichtiger Gewinn. Im Gelungsbereich des § 15a EStG ist dieser im Ergebnis freilich nicht zu versteuern, weil dem Aufgabegewinn in Höhe des negativen Kapitalkontos verrechenbare Verluste gegenüberstehen, die in diesem Zeitpunkt wirksam werden. Soweit das negative Kapitalkonto vor der Anwendung des § 15a EStG entstanden war, konnten die Verluste bereits im Zurechnungsjahr geltend gemacht werden. In diesen Fällen ist der durch den Wegfall des negativen Kapitalkontos entstehende Gewinn tatsächlich zu versteuern. Die Regel, es handle sich dabei um einen begünstigten Aufgabegewinn, erfährt im Konkursfall eine wichtige Einschränkung. Nach dem Beschuß des Großen Senats des BFH³⁶ kommt es zu einem *vorzeitigen Wegfall des negativen Kapitalkontos*, sobald und soweit feststeht, daß diese Kapitalkonten durch zukünftige Gewinne nicht mehr ausgeglichen werden können. Neben den Zinsverlusten, die durch die vorgezogene Versteuerung des negativen Kapitalkontos entstehen, hat dies vor allem zur Folge, daß der Gewinn aus dem Wegfall als *laufender Gewinn* qualifiziert wird. Somit gehen sowohl die Tarifermäßigung nach § 34 EStG als auch die Gewerbesteuerfreiheit verloren.

Zu einem vorzeitigen Wegfall des negativen Kapitalkontos kommt es insbesondere bei der Ablehnung des Konkursverfahrens mangels Masse. Die gesellschaftsrechtliche Auflösung der

KG ist dagegen nicht erforderlich. Das Finanzamt wird bestrebt sein, den Wegfall des negativen Kapitalkontos so früh wie möglich anzusetzen. Der Verlust der Tarifermäßigung kann allerdings durch eine rechtzeitige Veräußerung des Kommanditanteils verhindert werden.

Die Nachversteuerung der negativen Kapitalkonten kann verjähren, wenn – was häufig vorkommen wird – wegen der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens keine Bilanz mehr aufgestellt und keine Steuererklärung abgegeben werden, so daß das Finanzamt den Gewinn (auf Null) schätzt. Dies ergibt sich aus einer Entscheidung des BFH vom 28. 1. 1992³⁷. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Konkursverwalter wegen Erfolglosigkeit des Konkursverfahrens keine Steuererklärungen mehr abgegeben, worauf das Finanzamt den Gewinn auf Null geschätzt hatte. Dabei hatte es aber übersehen, daß noch negative Kapitalkonten vorhanden waren, deren Wegfall zu steuerpflichtigen Gewinnen hätte führen müssen. Trotz eingetretener Festsetzungsverjährung vertrat das Finanzamt die Ansicht, diesen Wegfall aufgrund des formellen Bilanzzusammenhangs noch nachversteuern zu können. Da der Bilanzzusammenhang wegen der fehlenden Feststellung für die vorangegangenen Wirtschaftsjahre unterbrochen wurde, lehnte der BFH die Nachversteuerung jedoch zu Recht ab.

Denkbar ist auch die Situation, daß das in Konkurs gegangene Unternehmen noch eine gewisse Zeit lang überlebensfähig ist. In diesem Fall bedeutet die Eröffnung des Konkursverfahrens nicht zwangsläufig, daß eine Betriebsaufgabe mit einer begünstigten Auflösung der stillen Reserven vorliegt. Vielmehr kann der Abwicklungsvorgang je nach Durchführung des Verfahrens entweder als begünstigte Betriebsaufgabe oder als allmähliche Abwicklung ohne Tarifermäßigung bei der Einkommensteuer und mit voller Gewerbesteuerpflicht zu qualifizieren sein. Liegt eine allmähliche Abwicklung vor, entsteht auch in Höhe der wegfallenden negativen Kapitalkonten laufender Gewinn. Eine unmittelbare Anwendung des § 52 Abs. 19 Satz 4 EStG scheint ausgeschlossen zu sein, da dieser die Tarifermäßigung nur im Falle der Auflösung der Gesellschaft infolge des Ausscheidens eines Gesellschafters gewährt³⁸. M. E. liegt hier ein Formulierungsfehler vor. Der Grund für die Auflösung der Gesellschaft kann nicht maßgebend sein für die Frage der Anwendbarkeit des § 34 EStG.

4.2 Überhang verrechenbarer Verluste

Im Konkursfall kann ein weiteres (§ 15a EStG-spezifisches) Problem auftreten. Wird ein negatives Kapitalkonto durch Einlagen ausgeglichen, müßte der Kommanditist seine bisher nur verrechenbaren Verluste eigentlich absetzen können. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn Einlageerhöhungen führen nicht zur Umwandlung der vorhandenen verrechenbaren Verluste in sofort ausgleichs- bzw. abzugsfähige. Zwar führen Entnahmen bzw. Einlagenminderungen dazu, daß bereits geltend gemachte Verluste wieder in verrechenbare umgewandelt werden. Den umgekehrten Fall hat der Gesetzgeber jedoch bewußt nicht geregelt. Bei strenger Auslegung³⁹ könnten diese verrechenbaren

34) Urteil v. 3. 3. 1992, VII 372/88 (Az. BFH VIII R 30/93).

35) Vgl. BFH-Urt. v. 6. 10. 1993, I R 101/92, DStR 1994, 318.

35a) BFH-Urt. v. 16. 12. 1986, VIII B 115/86, BStBl II 1987, 217 DStR 1987, 163; vgl. Schmidt, L., (FN 3), § 36a Anm. 3.

36) BFH v. 10. 11. 1980, GrS, I/79, BStBl II 1981, 164.

37) BFH-Urt. v. 28. 1. 1992, VIII R 28/90, BStBl II 1992, 881, DStR 1992, 1272.

38) Vgl. FG Niedersachsen v. 11. 8. 1992, EFG 1993, 159 (Az. BFH IV R 124/92); a. A. Littmann/Bitz/Meincke, Das Einkommensrecht, § 15a EStG Anm. 58.

39) Vgl. Biergans, E., Einkommenssteuer, 1992, 1249; Kirchhof/Söhn, EStG, § 15a EStG Rdnr. A 301ff.

Verluste steuerlich nie mehr geltend gemacht werden, da durch den Konkurs der KG keine Chance mehr auf spätere Gewinnzurechnung besteht.

Dieses Ergebnis kann deshalb nicht befriedigen, weil die Verluste wirtschaftlich vom Kommanditisten getragen wurden und deshalb eine Versagung der steuerlichen Abzugsfähigkeit nicht haltbar erscheint. Daher urteilte das FG Münster⁴⁰, daß als verrechenbar festgestellte Verluste, die der Kommanditist in späteren Jahren z. B. durch die Bürgschaftsinanspruchnahme tatsächlich trägt, spätestens im Kalenderjahr der Auflösung der KG ausgleichsfähig werden. In diesem Fall ist der verrechenbare Verlust zum Schluß des Auflösungsjahres auf Null festzustellen. Die Literatur⁴¹ hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

4.3 Gewinn ohne Entnahmemechanismus

Nicht selten werden im Rahmen eines Konkursverfahrens durch die Veräußerung von Grundstücken stille Reserven realisiert. Sofern verrechenbare Verluste vorhanden sind, muß der entstandene Gewinn von den Gesellschaftern nicht versteuert werden. Ist das (ausnahmsweise) nicht der Fall, muß der Buchgewinn jedoch voll versteuert werden, da die Mittel zur Begleichung der Schulden benötigt werden. Daher wurde im Schriftum⁴² aufgrund der fehlenden Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Kommanditisten eine abweichende Steuerfestsetzung bzw. ein Erlass aus Gründen der sachlichen Unbilligkeit gefordert. Eine andere Lösung des Problems ist aber dem BFH-Urteil vom 19. 1. 1993⁴³ zu entnehmen: Hat ein Kommanditist im Konkursfall ein positives Kapitalkonto, ohne daß er sein Entnahmerecht durchsetzen kann, erwächst ihm daraus ein Ausgleichsanspruch (§§ 105 Abs. 2, 161 HGB i. V. m. § 735 BGB) gegenüber den Mitgesellschaftern, deren Kapitalkonto negativ ist. Erst wenn sich dieser Ausgleichsanspruch wegen Vermögenslosigkeit der verpflichteten Mitgesellschafter als wertlos erweist, ergibt sich ein steuerlicher Verlust in Höhe des positiven Kapitalkontos. Aufgrund eines möglichen Timelags zwischen der Entstehung des Gewinns und dem Wegfall der Ausgleichsforderung könnten die nicht entnehmbaren Gewinne zunächst zu versteuern sein. Zur Vermeidung von Zins- und Liquiditätsnachteilen kann es sich empfehlen, die Beteiligung eventuell vorher z. B. an Kinder zu verschenken, um den Gewinn dann bei diesen entstehen zu lassen.

5. Kapitalanleger – Betrügerische Gewinngutschriften als steuerpflichtiger Kapitalertrag („Ambros-Fall“)

Die folgenden Ausführungen basieren auf einem aktuellen, in der Presse heiß diskutierten Skandal, dem sog. „Ambros-Fall“⁴⁴. Die Problematik aber ist von dauerhafter Aktualität, da betrügerische Kapitalanlagemodele immer wieder Anleger anziehen, die sich von versprochenen Traumrenditen locken lassen. Auch in diesem Fall wurden aus der Spekulation in Warentermingeschäften Erträge von 25 bis 40% pro Jahr versprochen, die als steuerfreie Wertsteigerungen in Aussicht gestellt wurden. Das reichlich eingesammelte Kapital wurde tatsächlich in Warentermingeschäfte investiert. Gewinne konnten jedoch nie erzielt werden. Vielmehr wurde das gesamte Kapital durch Verluste, hohe Provisionen und nicht gerechtfertigte Kapitalrückzahlungen aufgezehrt. Buchmäßig hatte die Gesellschaft jedoch ein Kapital von 800 Mio. dargestellt und darauf Renditen von 20 bis 40% gutgeschrieben. Dieses Modell funktionierte über sechs Jahre, erst 1991 platzte die Bombe.

Erklären läßt sich die lange Dauer bis zum Zusammenbruch nur damit, daß ständig neue Anleger gewonnen werden konnten und sich die Mehrzahl der Alt-Anleger die quartalsweise auf dem Konto gutgeschriebenen hohen Gewinne nicht tatsächlich ausbezahlt ließ, sondern – „beflügelt“ von der Traumrendite und unterstützt von den Wiederanlagebestimmungen – sämtliche Gelder sofort reinvestierte. Die wenigen Anlager, die ihre „Gewinne“ realisierten und ihr Kapital abziehen wollten, wurden bis zum Zusammenbruch prompt bedient, allerdings zu Lasten des Kapitalstocks der verbliebenen Gesellschafter. Beeindruckt durch die Zahlungsfähigkeit legten viele der zunächst skeptischen Anleger ihr Geld erneut an.

Im Jahre 1991 ließ sich der Zusammenbruch dieses Schneeballsystems nicht mehr verhindern. Für die rund 50000 Anleger ergeben sich daraus katastrophale Folgen: Neben dem steuerlich nicht berücksichtigungsfähigen Verlust des eingesetzten Kapitals sind auch die buchmäßig erwirtschafteten Erträge verloren. Darüber hinaus – und dies ist der eigentliche Skandal aus steuerlicher Sicht – sollen nach Ansicht des FG Münster⁴⁵ die betrügerischen Gewinngutschriften als Kapitalertrag erfaßt und versteuert werden. Etwas befremdend mag dazu erscheinen, daß das FG Münster quasi in einem Blitzverfahren entschieden hat. Bereits drei Monate nach Klageeinreichung wurde das Urteil gefällt mit dem Zusatz, bezüglich der Begründung sei auf die Einspruchsentscheidung und das (unten zitierte) BFH-Urteil verwiesen. Schließlich folgt noch die Nichtzulassung zur Revision, weil dieser Fall nicht von grundlegender Bedeutung, sondern lediglich eine Einzelfallentscheidung sei.

M. E. existieren für die Behandlung dieser Thematik zwei Ansatzpunkte. Zum ersten gilt es zu klären, ob betrügerische Gewinngutschriften tatsächlich den Zufluß bewirken. Zutreffend hatte das FG Hamburg⁴⁶ in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden, daß zu Täuschungszwecken erteilte Gutschriften über nicht entstandene Gewinne nicht zu einem Zufluß von Kapitalerträgen führen. Der BFH hat diese Entscheidung jedoch aufgehoben⁴⁷. Als Begründung führte der BFH an, nach den Feststellungen des FG sei der Schuldner in Zeiten der Gutschriften tatsächlich nicht zahlungsfähig gewesen. Es komme nicht darauf an, ob allen Anlegern auf einmal ihr Kapital nebst Gewinn hätte ausgezahlt werden können, denn – und hierin liegt der Kern der „Begründung“ – „damit hätte der Schuldner nicht rechnen müssen“. Im zugrundeliegenden Sachverhalt sei nicht festgestellt worden, daß der Schuldner in den Streitjahren einem Zahlungsverlangen nicht nachgekommen wäre. Angesichts dieser schwachen Begründung sollte der BFH Gelegenheit bekommen, seine Rechtsprechung zu den betrügerischen Gewinngutschriften nochmals zu überdenken. Bezeichnenderweise hatte die Finanzverwaltung die Entscheidung nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

Der zweite Ansatzpunkt für eine Kritik ergibt sich aus der Frage, wieso überhaupt steuerpflichtige Kapitalerträge entstehen können, wenn steuerfreie Gewinne aus Warentermingeschäften erzielt werden sollten. Problematisch erscheint der Finanzverwaltung die zivilrechtliche Ausgestaltung der Beziehungen zwischen der Anlagegesellschaft und den Anlegern. Denn diese waren nicht darüber informiert, in welche Geschäf-

40) FG Münster v. 19. 12. 1990, EFG 1991, 537 (rkr).

41) Vgl. L. Schmidt, (FN 3), § 15a Anm. 90c; Littmann/Bitz/Meinke, (FN 38), § 15a EStG Rdnr. 58a; Stuhrmann, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15a EStG Rdnr. 81, 90.

42) Vgl. Frotscher, (FN 2), 154–163.

43) BFH-Urt. v. 19. 1. 1993, VIII R 128/84, BStBl II 1993, 594.

44) Vgl. dazu auch Paus, B., StBp 1992, 21ff.

45) Vgl. FG Münster v. 26. 10. 1993, 15 K 3504/93 E (n. rkr.).

46) Vgl. FG Hamburg v. 15. 3. 1982, EFG 1983, 123.

47) Vgl. BFH-Urt. v. 21. 7. 1987, BFH/NV 1988, 224.

AUFSÄTZE

te im einzelnen investiert wurde. Vielmehr wurden die quartalsmäßigen – in diesem Fall erlogen – Geschäftserfolge ermittelt, woraus sich eine bestimmte Rendite ergab. Dem einzelnen Anleger wurde diese Rendite, bezogen auf den jeweiligen Kapitaleinsatz, praktisch wie ein fester Zinssatz gutgeschrieben. Aus dieser Abrechnungstechnik soll abgeleitet werden, die Nutzungsüberlassung des Kapitals stehe im Vordergrund, so daß steuerfreie Wertsteigerungen nicht mehr zu rechtfertigen wären. M. E. läßt sich bei Massengeschäften der vorliegenden Art die vom Finanzamt geforderte Zurechnung von Einzelgeschäften nicht realisieren. Aus der Abrechnungstechnik läßt sich daher nichts ableiten. Da die Anleger über das Risiko von Verlusten aufgeklärt waren, kann man nicht von einer bloßen Kapitalüberlassung gegen Entgelt ausgehen. Selbst wenn man die unmittelbare Beteiligung des Anlegers an den nicht steuerbaren Termingeschäften negiert, muß wegen der Verlustbeteiligung wenigstens vom Vorliegen einer typisch stillen Beteiligung ausgegangen werden. Damit partizipieren die Anleger an den Konkursverlusten der Gesellschaft, so daß per Saldo kein steuerpflichtiger Überschuß entsteht.

M. E. sollte der Sachverhalt noch einmal überdacht werden. Insbesondere ist zu hoffen, daß eine eventuelle Nichtzulassungsbeschwörde zum Erfolg führt. Da allein von der „Ambros“-Pleite ca. 50000 Kapitalanleger betroffen sind, kann wohl nur von einem Zyniker behauptet werden, daß es sich hier um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung handelt.

6. Arbeitnehmer

6.1 Verlust von Arbeitnehmer-Darlehen und Bürgschaften als Werbungskosten

In der Krise der Unternehmung werden Arbeitnehmer häufig dazu motiviert, auf die Auszahlung der Löhne zu verzichten und diese statt dessen in Darlehen umzuwandeln, im Extremfall sogar noch zusätzliches Kapital zur Verfügung zu stellen. Kann sich das Unternehmen trotz dieser Finanzierungshilfen einem Konkursverfahren nicht mehr entziehen, stellt sich die Frage, ob die Arbeitnehmer den Verlust ihrer Darlehen steuerlich geltend machen können. Nach alter Rechtslage konnten diese Verluste nur dann als Werbungskosten bei den Einkünften aus unselbstständiger Arbeit anerkannt werden, wenn die Darlehen *unverzinslich bzw. niedrig verzinslich* vereinbart worden waren⁴⁸. Bei *angemessener Verzinsung* sei die berufliche Veranlassung zumindest nicht vorrangig erkennbar, selbst wenn das Darlehen der Arbeitsplatzsicherung dienen sollte. Ein Werbungskostenabzug sei weder bei Einkünften aus unselbstständiger Arbeit noch bei Einkünften aus Kapitalvermögen möglich⁴⁹.

Mit seinem Urteil vom 5. 7. 1993 hat jetzt der VI. Senat des BFH⁵⁰ entschieden, daß auch der *Verlust einer normalverzinslichen Darlehensforderung* bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Tätigkeit zu berücksichtigen ist, wenn mit der Darlehensgewährung der Verlust des Kapitals bewußt aus Gründen riskiert werde, die in der beruflichen Sphäre des Arbeitnehmers liegen. Die Nutzungsüberlassung als solche tritt dabei in den Hintergrund. Nachzuweisen ist lediglich, daß ein Außenstehender, insbesondere eine Bank – angesichts der auf der finanziellen Situation des Darlehensschuldners beruhenden Gefährdung der Darlehensforderung das Darlehen nicht gewährt hätte. Dieser Nachweis sollte in Konkursfällen unproblematisch sein.

Für Verluste aus übernommenen Bürgschaften gelten die gleichen Grundsätze. Die Aufwendungen können als Werbungskosten abgezogen werden, wenn die Bürgschaft aus be-

ruflichen Gründen übernommen wurde und nicht etwa um Einkünfte zu erzielen⁵¹. Die berufliche Veranlassung wird bei Bürgschaften regelmäßig gegeben sein.

6.2 Geschäftsführerhaftung für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge als Werbungskosten

Wird ein Geschäftsführer einer GmbH – der nicht Gesellschafter ist – aufgrund pflichtwidrig unterlassener Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen gem. §§ 69, 34 AO als Haftender in Anspruch genommen, kann er diese Aufwendungen als Werbungskosten geltend machen⁵². Beim Gesellschafter-Geschäftsführer sollen die Kosten immer in den Anteilsverlust nach § 17 EStG⁵³ eingehen (vgl. oben 2.4).

6.3 Abfindungen von Pensionsansprüchen durch den Pensionssicherungsverein

Pensionsansprüche der Arbeitnehmer sind durch ein Konkursverfahren grundsätzlich nicht gefährdet, da sie vom Pensionssicherungsverein übernommen werden. Steuerliche Nachteile könnten sich aber dadurch ergeben, daß der Pensionssicherungsverein nach § 8 Abs. 2 BetrAVG die Möglichkeit hat, anstelle einer lebenslänglichen Pension eine Abfindung zu zahlen. Auch bei privaten Pensionsverträgen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann ein Kapitalwahlrecht vereinbart sein. Wird dieses Kapitalwahlrecht in Anspruch genommen und folglich eine Abfindung gezahlt, handelt es sich nicht um eine Entschädigung i. S. d. § 24 Nr. 1 Buchstabe a EStG mit der Konsequenz, daß die Tarifermäßigung des § 34 EStG nicht gewährt wird⁵⁴.

Die gesetzlich verankerte Möglichkeit des § 8 Abs. 2 BetrAVG ist jedoch nicht mit einer vertraglich getroffenen Vereinbarung gleichzusetzen, so daß in diesem Fall eine tarifermäßigte Abfindung gegeben ist⁵⁵.

48) Vgl. BFH-Urt. v. 13. 1. 1989, VI R 51/85, BStBl II 1989, 382, DStR 1989, 248.

49) Vgl. BFH-Urt. v. 19. 10. 1982, VIII R 97/79, BStBl II 1983, 295.

50) BFH-Urt. v. 7. 5. 1993, VI R 38/91, DStR 1993, 1097.

51) Vgl. BFH-Urt. v. 14. 5. 1991, VI R 48/88, BStBl II 1991, 758 m. w. N.; BFH-Urt. v. 7. 5. 1993, VI R 38/91, DStR 1993, 1097.

52) Vgl. BFH-Urteil v. 14. 10. 1960, VI 45/60 U, BStBl III 1961, 20; FG Düsseldorf v. 9. 12. 1987, EFG 1988, 168 (rkr.); FG Münster v. 15. 7. 1987, EFG 1988, 169 (rkr.).

53) FG Saarland v. 5. 10. 1990, EFG 1991, 379 (Az. BFH VIII R 99/90).

54) BFH-Urt. v. 27. 2. 1991, XI R 8/87, BStBl II 1991, 703, DStR 1991, 1009.

55) Vgl. BFH-Urt. v. 25. 8. 1993, XI R 8/93, DStR 1994, 132.

Soeben erschienen:

Gewerbesteuergesetz. (GewStG). Kommentar. Erläutert von Dr. P. Glanegger, G. Güroff. Verlag C. H. Beck, München. 3., völlig neubearb. Aufl. 1994. 887 S. DM 138,-.

Die Autoren des Gewerbesteuerkommentars geben zahlreiche verfahrensrechtliche Hinweise, die für Rechtsmittel, insbesondere für eine Revision von Bedeutung sein können.

Hervorzuheben ist die Kommentierung der Kernvorschriften der §§ 2 und 7 GewStG mit ihren Bezügen zum EStG und KStG, die den Rückgriff auf spezielle Erläuterungswerke erübrigt. Alle aktuellen Gesetzesänderungen, zuletzt durch das Mißbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz, sind berücksichtigt, ebenso schon die neuen Einkommensteuer-Richtlinien 1993.