

Protokoll zum  
137. Bochumer Steuerseminar für Praktiker und Doktoranden  
Vom 13.11.2015<sup>1\*</sup>

Mike Giese

Doktorand am Lehrstuhl für Steuerrecht, Bochum

**„Kapitalersatz im Steuerrecht“**

---

\* Anna Wilms, Wiss. Mit. am Lehrstuhl für Steuerrecht, Bochum.

1	Einleitung .....	2
2	Vortrag .....	2
3	Schluss.....	8

## **1 Einleitung**

*Prof. Dr. Seer* begrüßt die Teilnehmer des 137. Bochumer Steuerseminars und stellt den Referenten *Herrn Mike Giese*, Doktorand am Lehrstuhl für Steuerrecht, vor. *Herr Giese* erläutert, dass das Thema des Kapitalersatzes nicht nur ein steuerrechtliches Thema sei, sondern auch das Gesellschafts- und Insolvenzrecht betreffe. Er lege in seiner Arbeit und in diesem Vortrag den Schwerpunkt jedoch auf das Steuerrecht und gehe nur im Rahmen der Erläuterung der Grundlagen des Themas auf das Gesellschaftsrecht ein.

## **2 Vortrag**

*Herr Giese* beginnt seinen Vortrag mit der Darstellung der Grundlage für das Thema des Kapitalersatzes im Steuerrecht, indem er erläutert, dass die Gesellschafter grundsätzlich für die Liquidität ihrer Gesellschaft sorgen. Dies beinhalte nicht nur die Bereitstellung des Stammkapitals bei Gründung, sondern auch die Sicherstellung der Liquidität im anschließenden alltäglichen Geschäftsverkehr. Dies führe die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter natürlich in erster Linie zu Banken und somit zur Fremdkapitalaufnahme. Alternativ kommen auch Lieferantenkredite, Ausdehnung von Fälligkeitsvereinbarungen und Stundungen in Betracht. Daneben können die Gesellschafter auch bestimmte Maßnahmen ergreifen. Diese seien zum einen die Zuführung von Aktiva (also ohne finanziellen Einsatz) und zum anderen die Gewährung von (zinsgünstigen oder -freien) Gesellschafterdarlehen, Bürgschaften und der Verzicht auf eigene Forderungen. *Herr Giese* stellt klar, dass bei der Gewährung von Barmitteln die Frage der Charakterisierung dieser Finanzierung von Bedeutung sei. So stelle sich die Frage, ob in solchen Fällen Fremd- oder Eigenkapital vorliege und wo die Grenze in solchen Fällen zu ziehen sei. Die Grenze zum Eigenkapital sei überschritten, wenn die Gesellschafter der Gesellschaft Barmittel zur Verfügung stellen. Dies sei die äußere Grenze, wobei eine Charakterisierung in vielen Fällen schwierig sei. Im Rahmen der Wahl einer Finanzierungsart genießen Gesellschafter Finanzierungsfreiheit.

Der Vorteil von Fremdkapital bestehe in der Tatsache, dass gezahlte Zinsen als Betriebsausgaben abgezogen werden können (unter Beachtung von §§ 4h EStG/ 8a KStG) und beim Gesellschafter dem günstigen Abgeltungssteuersatz unterliegen. Ein „Nachteil“ von Eigenkapital sei,

dass Kapitalerhöhungen kompliziert seien. Und auch der komplexe Begriff der Anschaffungskosten einer Beteiligung bringe großen Aufwand und Kosten mit sich.

Die Finanzierungsfreiheit sei, so *Herr Giese*, nicht grenzenlos und müsse im Hinblick auf den Gläubigerschutz eingegrenzt werden. In ständiger Rechtsprechung legte der BGH fest, dass Gesellschafter ihre Stellung nicht zum Nachteil anderer ausnutzen dürfen. Dies sei als Verstoß gegen Treu und Glauben anzusehen. In einer Rechtsfortbildung habe der BGH festgelegt, dass von Gesellschaftern für ihre Gesellschaft bereitgestelltes Fremdkapital als Eigenkapital zu charakterisieren sei. Diese Fortbildung habe der BGH später auf eine Analogie der §§ 30, 31 GmbHG zurückgeführt. Zins- und Tilgungszahlungen an den Gesellschafter seien wegen eines Verstoßes gegen §§ 30, 31 GmbHG analog unzulässig und zurückzuzahlen, um dem Gläubigerschutz Rechnung zu tragen. Mit den Novellenregelungen der §§ 32a und 32b GmbHG sei eingeführt worden, dass Gesellschafter eigenkapitalersetzende Darlehen, welche bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Gesellschaft noch nicht an den Gesellschafter zurückgezahlt worden seien, nur als nachrangige Insolvenzgläubiger geltend machen können. Sei das Darlehen jedoch innerhalb des letzten Jahres vor Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder danach zurückgezahlt worden, könne der Insolvenzverwalter die Darlehensrückzahlung der Gesellschaft an den Gesellschafter anfechten. Diese Novellenregelungen haben wiederum den BGH auf den Plan gerufen und dieser habe folgend von der Finanzierungsverantwortung und sodann, um die Finanzierungsfreiheit mehr zur Geltung zu bringen, von der Finanzierungsfolgenverantwortung gesprochen. Ausgenommen waren kleinbeteiligte Gesellschafter und Sanierungsgesellschafter. Dies wurde sodann unter dem Begriff eigenkapitalersetzend zusammengefasst. Eigenkapitalersetzend sei demnach alles, was in der Krise gewährt wurde, stehengelassen wurde oder für die Krise bestimmt war. Fraglich sei hier, welche Gesellschaften überhaupt betroffen seien. Genau hier setze das MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) an.

Das MoMiG verfolge den Zweck die Figur des eigenkapitalersetzenden Darlehens aufzugeben, das Merkmal der Krise aufzugeben, komplexe Regelungsmaterie zu vereinfachen, gesellschaftsformunabhängige Ausgestaltung zu ermöglichen und Gläubigerschutz zu etablieren. Dies sei unter anderem gesetzestechnisch durch § 30 Abs. 1 GmbHG insbesondere durch Satz 3 vollzogen, welcher besage: „Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. (...) <sup>3</sup>Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.“ Durch diesen Satz 3 des § 30 Abs. 1 GmbHG sei der Gläubigerschutz nicht mehr erkennbar. Der Gesetzgeber

habe diesen nun in § 39 InsO verankert: „Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:(...)

5. nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“

Durch das MoMiG sei also der Begriff "eigenkapitalersetzend" nicht mehr im Gesetz zu finden. Es gebe keine eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen nach MoMiG mehr und das Gesellschafterdarlehen und die gesamte Materie sei in das Insolvenzrecht verschoben worden. Das MoMiG sei zum 1.11.2008 in Kraft getreten und somit stelle sich die Frage für welche Fälle welche Rechtslage anzuwenden sei. Hierzu existiere eine Überleitungsvorschrift mit Art. 103d EInsO. Hier existieren zwei Anknüpfungspunkte, welche zum einen die relevante Maßnahme (z.B. Darlehensrückzahlung an den Gesellschafter) und zum anderen die Insolvenzverfahrenseröffnung seien. Liegen beide Anknüpfungspunkte vor MoMiG, so sei altes Recht (inklusive Rechtsprechung) unabhängig vom MoMiG anzuwenden. Liegen beide Anknüpfungspunkte nach MoMiG, so sei neues Recht anzuwenden. Im Rahmen eines sogenannten Übergangsfalls, also bei der Maßnahme vor oder Insolvenzverfahrenseröffnung nach MoMiG, stelle Art. 103d S.2 EInsO auf die Anfechtbarkeit der Maßnahme ab. Sei also eine Maßnahme nach § 135 Nr. 2 InsO innerhalb 1 Jahres vor Insolvenzverfahrenseröffnung vorgenommen worden, so sei die Maßnahme nach altem Recht anfechtbar und demnach sei neues Recht anwendbar. Liege die Maßnahme außerhalb dieses 1-Jahreszeitraums (nicht anfechtbar), so sei altes Recht anzuwenden.

Es sei also fraglich, ob Art 103d EInsO anwendbar sei, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens fehle. *Herr Giese* erläutert, dass es keine allgemeine gesellschaftsrechtliche Überleitungsvorschrift gebe. § 30 Abs. 1 S. 3 GmbH enthalte keine Entscheidungshilfe und § 103d Abs.1 S. 3 EInsO gelte nur für gesetzliche Vorschriften und nicht für analoge Anwendungen. Für eine analoge Anwendung fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Übergangsregelung des § 3 EGGmbHG regele nur die Kapitalaufbringung, nicht aber die Kapitalerhaltung. *Herr Giese* wiederholt, dass es also keine gesellschaftsrechtliche Überleitungsvorschrift gebe. Es bleibe beim allgemeinen Grundsatz, dass das Schuldverhältnis entstanden sein müsse, da es um Darlehensrückzahlung als Schuldverhältnis gehe, welche nach alter Rechtslage nicht zulässig gewesen sei. Hierauf dürfe jedoch nicht abgestellt werden. *Herr Giese* erläutert, dass der Unterschied zwischen alter und neuer Rechtslage die Anknüpfung an das Insolvenzverfahren sei. Dies diene dem Gläubiger- & Gesellschafterschutz gleichermaßen. Ohne ein Insolvenzver-

fahren sei eher der Gläubigerschutz gewichtiger, sodass altes Recht anwendbar sei, da der Gläubigerschutz so besser verwirklicht werde.

In der Handelsbilanz seien Gesellschafterdarlehen wegen § 247 Abs. 1 HGB bzw. § 42 Abs. 3 GmbHG inklusive der Zinsverbindlichkeit auszuweisen und zudem sei auch gegebenenfalls auf den eigenkapitalersetzenden Charakter hinzuweisen. Dies sei unabhängig von einem Rangrücktritt auszuweisen. Ein Rangrücktritt sei jedoch, so *Herr Giese*, relevant für die Überschuldungsbilanz. Es sei zwischen einem einfachen und einem qualifizierten Rangrücktritt zu unterscheiden. Ein einfacher Rangrücktritt liege vor, wenn der Gesellschafter mit seinem Anspruch lediglich hinter diejenigen Ansprüche anderer Gesellschaftsgläubiger zurück trete und erst wieder Erfüllung verlangen wolle, sobald und soweit die Gesellschaft hierzu aufgrund zukünftiger Gewinne, eines Liquidationserlöses oder sonstigem freien Vermögens in der Lage sei. Ein qualifizierter Rangrücktritt gehe zeitlich weiter und erfasse auch die Zeit vor der Insolvenz. Rangtiefe liege laut BGH "zusammen mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter" vor. Die Rangtiefe sei insgesamt strittig. Nach MoMiG seien § 42 Abs. 3 GmbHG und § 246 Abs. 1 HGB unverändert geblieben. Der Gläubigerschutz sei zusätzlich durch Nachrang in § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO geregelt. Trotz dieser Neuerung werde an dem Rangrücktritt festgehalten. Er sei aufgrund seiner Warnfunktion weiterhin erforderlich und der Streit der Rangtiefe sei durch die gesetzliche Regelung obsolet geworden. Ein qualifizierter Rangrücktritt sei also nicht mehr erforderlich. *Herr Giese* merkt an, dass der Rangrücktritt für den Zeitpunkt gelten müsse, zu dem die Überschuldungsbilanz aufgestellt werde.

Mit Blick auf Bürgschaften erläutert *Herr Giese* die Voraussetzung für eigenkapitalersetzende Bürgschaften. Dies sei zum einen das Vorliegen eines besicherten Darlehens eines Dritten oder ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen. Zum anderen seien Verluste aus Bürgschaften erst eigenkapitalersetzend, wenn nicht nur die Übernahme der Bürgschaft durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sondern Rückgriffforderung gegen die Gesellschaft wertlos seien. Hier existiere ebenso eine Überführung in die InsO.

Nutzungsüberlassungen (Gesellschafter überlasse der Gesellschaft eine Immobilie, bewegliche Sache oder Recht) seien in einer Krise mit Darlehen vergleichbar, wenn eigentlich Eigenkapital einzusetzen wäre mit dem Unterschied, dass hier nur das Nutzungsrecht und kein dingliches Recht auf die Gesellschaft übergehe. *Herr Giese* merkt kritisch an, dass eine solche Nutzungsüberlassung nicht mit einem Darlehen vergleichbar sei, da der Nutzungsgegenstand nicht passivierbar sei. Die unentgeltliche Weiternutzung beendete der BGH und durch § 135 Abs. 3 InsO könne der Insolvenzverwalter den Gegenstand ein Jahr lang gegen Entgelt nutzen.

Verdeckte Sacheinlagen liegen vor, wenn die Gesellschaft und der Gesellschafter formell eine Bareinlage vereinbaren, welche der Gesellschafter auch leistet, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber einen vereinbarten Sachwert erhalten soll. Die Tilgungswirkung der Bareinlage werde schuldrechtlich versagt. Die verdeckte Sacheinlage sei in § 19 Abs. 4 S.1 GmbHG legal neu definiert, jedoch ohne neue Voraussetzungen zu schaffen. Die Ausführung sei nicht mehr unwirksam und es werde eine automatische Anrechnung vorgenommen mit der Folge, dass die „Bareinlage“ zunächst bestehen bleibe und durch den Sachwert ersetzt sei. Sie werde nur noch in Höhe der Differenz nochmal geschuldet. Das Konstrukt sei rechtlich schwierig zu qualifizieren.

*Herr Giese* verweist nun auf das Steuerrecht. Durch das MoMiG seien die allgemeinen Grundprinzipien nicht in Frage gestellt worden. So gelte weiterhin das objektive Nettoprinzip mit seinem strukturbestimmenden Zuordnungsprinzip in Gestalt des Veranlassungsgrundsatzes und dem Prinzip, nach dem die Vermögenssphäre bei Überschusseinkunftsarten steuerlich nicht bedeutsam sei. Des Weiteren bleiben ebenso die Finanzierungsfreiheit und das Trennungsprinzip unangetastet.

Grundsätzliche seien Vergütungen für Gesellschafterfremdkapital Betriebsausgaben. Im Falle unangemessen hoher Vergütung liege eine verdeckte Gewinnausschüttung vor. Im gegenteiligen Fall, also bei unangemessen niedriger Vergütung (zinslos oder niedrigverzinslich), sei der Zinsvorteil jedoch keine verdeckte Einlage. Die bloße Nutzungsüberlassung sei kein einlagefähiger Gegenstand. Im Falle der Unverzinslichkeit sei eine Abzinsung nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 S.1 EStG in Höhe von 5,5% vorzunehmen. Da zum Nennwert zu passivieren sei, entstehe somit durch die Differenz zwischen Teil- und Nennwert im Zeitpunkt der Darlehensgewährung ein Mehrertrag bei der Gesellschaft. Dies könne, so *Herr Giese*, durch Vereinbarung eines niedrigen Zinses umgangen werden, was keinen Missbrauch nach § 42 AO darstellen solle.

Dem widerspricht *Prof. Seer*. Die Wahl eines niedrigen Zinses, z.B. 0,05%, würde wohl einen Fall des § 42 AO darstellen. Auch die genannten 5,5% würden einem Fremdvergleich nicht stand halten. Grundsätzlich müsse ein Missbrauch nach § 42 AO vorliegen, wenn dem Fremdvergleich nicht stand gehalten werde.

Wertminderungen haben bei der Gesellschaft keine steuerliche Auswirkungen, da die Passivierung zum Nennwert erfolge. Bei Ausfall könne nicht mehr zum Nennwert passiviert werden. Der Ertrag müsse versteuert werden, wobei *Herr Giese* klarstellt, dass ein Rangrücktritt steuer-

neutral behandelt werden solle. Die Unterscheidung zwischen einfachem und qualifiziertem Rangrücktritt sei in der Handels- und Steuerbilanz unerheblich.

Auf Nachfrage erläutert *Herr Giese*, dass hinsichtlich der Behandlung von Gesellschafterdarlehen verschiedene Meinungen existieren. Ein Ansatz sei, dass zivilrechtliche Änderungen steuerlich mitgegangen werden und Gesellschafterdarlehen so unabhängig von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens steuerverstrickt seien. Nach einem anderen Ansatz werden Gesellschafterdarlehen in einer Krise als steuerlich verstrickt angesehen. Problematisch sei hier, dass das Krisenmerkmal nicht konkretisiert worden sei.

*Prof. Seer* merkt an, dass ein Gesellschafter einen Rangrücktritt gegenüber der Gesellschaft ausspreche, damit keine Insolvenz beantragt werden müsse und so Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt werde. Unglücklich sei, dass der Gesetzgeber, welcher eigentlich das Eigenkapital stärken wolle, die Steuerfolgen nicht im Unternehmensinteresse durch Stundung aufschiebe. Diese Unterscheidung sei auch vor einem Insolvenzverfahren notwendig, da ein Rangrücktritt auch außerhalb des Insolvenzverfahrens nicht überflüssig sei.

*Herr Giese* merkt an, dass auch der Zeitpunkt des Rangrücktritts im Bezug auf das Insolvenzverfahren zu berücksichtigen sei. Werde der Rangrücktritt kurz vor dem Insolvenzverfahren vorgenommen, so sei das Darlehen als Eigenkapital zu qualifizieren. Des Weiteren orientiere sich der BFH am Zivilrecht, wobei letztendlich eine steuerrechtliche Entscheidung getroffen werden müsse und ein eigenkapitalersetzendes Darlehen nachträgliche Anschaffungskosten auslöse. Die Forderung werde auf die Beteiligung umgebucht. Verliere diese nun im Krisenfall an Wert, müsse eine Teilwertabschreibung vorgenommen werden.

Nur bei voraussichtlich dauernder Wertminderung sei der Teilwert anzusetzen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG), wobei auch hier eine Abzinsung in Höhe von 5,5% zu berücksichtigen sei. Eine lediglich vorübergehende Wertminderung sei grundsätzlich nicht steuerlich zu berücksichtigen. Sie sei nur zu berücksichtigen, wenn sie nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung darstelle. Dies geschehe jedoch nicht über § 17 Abs. 1 S.1 EStG. *Herr Giese* stellt klar, dass Beteiligungen als Rechtsverhältnis nicht abnutzbar seien. Dasselbe gelte für Darlehen. Dies wäre die konsequente Anwendung des Zuordnungsgedanken des § 9 Abs. 1 EStG, welcher nicht durch § 20 Abs.3 EStG aF überlagert werde, da der diesen überlagernde § 17 Abs. 1 EStG im Betriebsvermögen nicht anwendbar sei. *Herr Giese* stimmt dem nicht zu, da der Wertverlust durch die persönliche Eigenschaft des Schuldners (Rückzahlungsfähigkeit) bestimmt sei.

*Prof. Seer* merkt an, dass auf Gesellschaftsebene keine asynchrone Behandlung im Vergleich zur Gesellschafterebene erfolgen sollte.

### **3 Schluss**

*Prof. Seer* bedankt sich bei dem Referenten für den Vortrag und schließt das 137. Bochumer Steuerseminar und lädt zum nächsten Bochumer Steuerseminar ein. Das 138. Bochumer Steuerseminar findet am 4.12.2015 im Veranstaltungszentrum der Ruhr- Universität zum Thema „Family Office – Ausgewählte Steuerprobleme aus der Beratungspraxis“ statt. Referent wird *Herr Klaus Michalowski*, Dipl. Finanzwirt – Finanzökonom (EBS), Certified Financial Planner, Steuerberater sein.