

**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 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

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	14
Einleitung	17
A. Gesellschafterdarlehen im Privatvermögen – aktuelle Fragen der Besteuerung im Konkurrenzgefüge der §§ 17 und 20 EStG	21
I. Status quo: Darlehensausfall vor Einführung des JStG 2019	21
II. Gesetzesänderungen	31
III. Gesellschafterdarlehensverluste im aktuellen Konkurrenz- gefüge der §§ 17 und 20 EStG	36
IV. Fazit: Gesellschafterdarlehen im Privatvermögen – aktuelle Fragen der Besteuerung im Konkurrenzgefüge der §§ 17 und 20 EStG	46
B. Gesellschaftsrechtliche Veranlassung i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	48
I. Originäre versus derivative Bestimmung der gesellschafts- rechtlichen Veranlassung	48
II. Die Bedeutung der Krise in § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 EStG . .	58
III. Der Fremdvergleich des § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	61
IV. Fazit: Gesellschaftsrechtliche Veranlassung i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	72
C. Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten	73
I. Gesellschaftsrechtlich veranlasst gewährte Darlehen i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 Alt. 1 EStG	73
II. Gesellschaftsrechtlich veranlasst stehengelassene Darlehen i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 Alt. 2 EStG	74
III. Fazit: Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten	84
D. Sperr- und Sogwirkung des § 17 EStG i. V. m. § 20 Abs. 8 EStG .	85
I. Sperrwirkung des § 17 EStG i. V. m. § 20 Abs. 8 EStG	85
II. Sogwirkung des § 17 EStG i. V. m. § 20 Abs. 8 EStG	90

III. Anwendung des § 17 Abs. 2a EStG als verfassungswidrige Rückwirkung?	105
IV. Fazit: Sperr- und Sogwirkung des § 17 EStG i. V. m. § 20 Abs. 8 EStG	117
E. Gesellschafterdarlehensausfall im (neuen) System der Abgeltungsteuer	119
I. Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG	119
II. Pflichtveranlagung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. b EStG	140
III. Fazit: Gesellschafterdarlehensausfall im (neuen) System der Abgeltungsteuer	148
F. Einkünfteerzielungsabsicht	150
I. Grundsatz der getrennten Prüfung von Kapitalanlagen	152
II. Ausnahme der Gesamtbetrachtung von Kapitalanlagen	154
III. Fazit: Einkünfteerzielungsabsicht	162
G. Gesetzlicher Korrekturvorschlag de lege ferenda	164
I. Streichung der §§ 17 Abs. 2a, 20 Abs. 6 Satz 6 EStG und 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 EStG	164
II. Nebeneinander der §§ 17 und 20 Abs. 2 EStG	168
III. Fazit: Gesetzlicher Korrekturvorschlag de lege ferenda	184
Zusammenfassende Thesen	185
Literaturverzeichnis	197

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	14
Einleitung	17
A. Gesellschafterdarlehen im Privatvermögen – aktuelle Fragen der Besteuerung im Konkurrenzgefüge der §§ 17 und 20 EStG	21
I. Status quo: Darlehensausfall vor Einführung des JStG 2019	21
1. Darlehensausfall als nachträgliche Anschaffungskosten i. S. v. § 17 EStG	21
2. Darlehensausfälle im System der Abgeltungsteuer	26
3. Vertrauensschutzrechtsprechung versus Abgeltungsteuer	29
4. Fazit: Status quo: Darlehensausfall vor Einführung des JStG 2019	31
II. Gesetzesänderungen	31
1. § 17 Abs. 2a EStG	31
2. § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG	32
3. § 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 EStG	34
4. Fazit: Gesetzesänderungen	35
III. Gesellschafterdarlehensverluste im aktuellen Konkurrenz- gefüge der §§ 17 und 20 EStG	36
1. Gesellschaftsrechtliche Veranlassung i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	37
2. Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten	40
3. Sperr- und Sogwirkung des § 17 EStG i. V. m. § 20 Abs. 8 EStG	40
4. Gesellschafterdarlehensausfälle im (neuen) System der Abgeltungsteuer	43
5. Einkünfteerzielungsabsicht	45
IV. Fazit: Gesellschafterdarlehen im Privatvermögen – aktuelle Fragen der Besteuerung im Konkurrenzgefüge der §§ 17 und 20 EStG	46

B. Gesellschaftsrechtliche Veranlassung i. S. v. § 17 Abs. 2a	
Satz 4 EStG	48
I. Originäre versus derivative Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung	48
1. Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts	49
2. Systematischer Vergleich zwischen Fremdvergleich und Krise	50
a) Fremdvergleich	51
b) Eigenkapitalersatzrechtsprechung	52
aa) Eigenkapitalersatzrecht, §§ 32a f. GmbHG a. F.	52
bb) Analyse der Eigenkapitalersatzrechtsprechung des BFH	53
c) Vergleich von Eigenkapitalersatzrechtsprechung und Fremdvergleich	56
d) Fazit: Systematischer Vergleich zwischen Fremdvergleich und Krise	57
3. Fazit: Originäre versus derivative Bestimmung der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung	58
II. Die Bedeutung der Krise in § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 EStG	58
III. Der Fremdvergleich des § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	61
1. Inhaltliche Maßstäbe des Fremdvergleichs	
i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	61
a) Punktueller Fremdvergleich	61
b) Funktion und Wertungsmaßstab	61
2. Konkretisierung des Fremdvergleichs	62
3. Gesetzesnotwendige Modifikationen	65
a) Sonderfallgruppe: Finanzplandarlehen	65
b) Erforderlichkeit einer Krisenbestimmungsabrede	66
c) Auswirkungen des Insolvenzrechts	67
aa) Insolvenzrechtliche Verstrickung eines Gesellschaftendarlehens	67
bb) Folgen der insolvenzrechtlichen Verstrickung auf die gesellschaftsrechtliche Veranlassung	
i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	68
4. Fazit: Der Fremdvergleich des § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	71
IV. Fazit: Gesellschaftsrechtliche Veranlassung	
i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 4 EStG	72

C. Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten	73
I. Gesellschaftsrechtlich veranlasst gewährte Darlehen	
i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 Alt. 1 EStG	73
II. Gesellschaftsrechtlich veranlasst stehengelassene Darlehen	
i. S. v. § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 Alt. 2 EStG	74
1. Wiederherstellung des Status quo ante	74
2. Gleichbehandlung von Eigen- und Fremdkapital	75
3. Rechtsprechungsvergleich	79
4. Ratio legis	80
5. Historie, Wortlaut und Systematik	82
III. Fazit: Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten	84
D. Sperr- und Sogwirkung des § 17 EStG i. V.m. § 20 Abs. 8 EStG	85
I. Sperrwirkung des § 17 EStG i. V.m. § 20 Abs. 8 EStG	85
1. Verhinderung divergierender Besteuerungsfolgen	86
2. Ratio legis	86
3. Normative Zuweisung von Darlehensverlusten zu den nachträglichen Anschaffungskosten, § 17 Abs. 2a Satz 3 Nr. 2 EStG	87
4. Fazit: Sperrwirkung des § 17 EStG i. V.m. § 20 Abs. 8 EStG	89
II. Sogwirkung des § 17 EStG i. V.m. § 20 Abs. 8 EStG	90
1. Bestehen einer Beteiligung i. S. v. § 17 Abs. 1 EStG	90
2. Insolvenzbedingter Darlehensausfall als Problemfall der Sogwirkung	92
a) Realisationszeitpunkt eines Auflösungsverlusts nach § 17 Abs. 4 EStG	92
b) Realisationszeitpunkt eines Rückzahlungsverlusts nach § 20 Abs. 2 EStG	95
c) Fazit: Insolvenzbedingter Darlehensausfall als Problemfall der Sogwirkung	97
3. Exkurs: Verzicht auf eine Darlehensforderung oder deren Veräußerung	97
a) Werthaltige (Teil-)Forderung	98
b) Wertlose (Teil-)Forderung	98
aa) Wortlaut	99
bb) Historie und Ratio legis	100
c) Fazit: Exkurs: Verzicht auf eine Darlehensforderung oder deren Veräußerung	101

4. Umsetzung der (unterstellten) Sogwirkung	102
5. Fazit: Sogwirkung des § 17 EStG i. V.m. § 20 Abs. 8 EStG	104
III. Anwendung des § 17 Abs. 2a EStG als verfassungswidrige Rückwirkung?	105
1. Anwendung der Vertrauensschutzrechtsprechung	106
a) Vertrauensrechtsprechung versus § 17 Abs. 2a EStG	107
b) Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot?	108
2. Verzicht auf die Vertrauensrechtsprechung oder Nichtanwendung derselben	109
a) Verlustrealisierung eines Darlehens vor dem 1.1.2019	110
aa) Insolvenzbedingter Darlehensausfall als Problemfall der „echten“ Rückwirkung	112
bb) Exkurs: Verzicht auf eine Darlehensforderung oder deren Veräußerung	113
b) Verlustrealisierung eines Darlehens nach dem 31.12.2018	114
3. Fazit: Anwendung des § 17 Abs. 2a EStG als verfassungswidrige Rückwirkung?	116
IV. Fazit: Sperr- und Sogwirkung des § 17 EStG i. V.m. § 20 Abs. 8 EStG	117
E. Gesellschafterdarlehensausfall im (neuen) System der Abgeltungsteuer	119
I. Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG	119
1. Besonderer Verlustverrechnungskreis für uneinbringliche Kapitalforderungen	120
2. Übertragung auf einen Dritten	123
3. Verfahrensrechtliche Umsetzung	125
4. Verfassungsmäßigkeit	126
a) Verletzung des Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG	127
b) Sachlicher Grund für die Verletzung des Gleichheitssatzes	129
aa) Schedulensteuer	129
bb) Abgeltungsteuersatz und Unterschiede des Anlagevolumens	131

cc) Bekämpfung missbräuchlicher Gestaltungen . . .	133
dd) Verlustgrenze von 20.000 EUR	134
c) Verhältnismäßigkeit	136
d) Richtungsweisende Entscheidung zu § 20 Abs. 6	
Satz 4 EStG	138
e) Fazit: Verfassungsmäßigkeit	138
5. Fazit: Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6	
Satz 6 EStG	139
II. Pflichtveranlagung des § 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. b EStG	140
1. Wortlaut	140
2. Ratio legis	141
a) Tarifliche Besteuerung der Gesellschafterfremd-	
finanzierung	143
b) Steuersatzspreizungen	145
c) Vergleich zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. a EStG	145
d) Regel-Ausnahme-Verhältnis	147
3. Fazit: Pflichtveranlagung des § 32d Abs. 2	
Nr. 1 lit. b EStG	148
III. Fazit: Gesellschafterdarlehensausfall im (neuen) System	
der Abgeltungsteuer	148
F. Einkünfteerzielungsabsicht	150
I. Grundsatz der getrennten Prüfung von Kapitalanlagen . . .	152
II. Ausnahme der Gesamtbetrachtung von Kapitalanlagen . . .	154
1. Gesamtbetrachtung im Rahmen von § 20 Abs. 1	
Nr. 1 EStG a. F.	154
2. Gesamtbetrachtung infolge möglichen Veranlassungs-	
zusammenhangs	155
a) Temporär unverzinsten Darlehen	155
b) Zinslos oder in der Krise gewährte Darlehen	157
c) Erforderlichkeit eines weiten Prüfungsumfangs	157
d) Zweck der Einkünfteerzielungsabsicht	159
e) Fazit: Gesamtbetrachtung infolge möglichen	
Veranlassungszusammenhangs	159
3. Gesamtbetrachtung infolge Erschließung der Handlungs-	
gründe	160
III. Fazit: Einkünfteerzielungsabsicht	162

G. Gesetzlicher Korrekturvorschlag de lege ferenda	164
I. Streichung der §§ 17 Abs. 2a, 20 Abs. 6 Satz 6 EStG und 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 EStG	164
1. § 17 Abs. 2a EStG	164
2. § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG	165
3. § 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 EStG	166
4. Fazit: Streichung der §§ 17 Abs. 2a, 20 Abs. 6 Satz 6 EStG und 32d Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 EStG	167
II. Nebeneinander der §§ 17 und 20 Abs. 2 EStG	168
1. Unterschiedliche Besteuerungssysteme in Abhängigkeit der Beteiligungshöhe	169
a) Ungleichmäßige Veräußerungsgewinnbesteuerung . .	170
b) Sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung	171
aa) Vergleich zu Mitunternehmern	173
bb) Zuwachs an wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit .	175
cc) Verhinderung von Steuergestaltungen	177
c) Fazit: Unterschiedliche Besteuerungssysteme in Abhängigkeit der Beteiligungshöhe	178
2. § 20 Abs. 8 EStG als taugliche Abgrenzungsnorm?	179
3. Anpassungsmöglichkeiten de lege ferenda	180
4. Fazit: Nebeneinander der §§ 17 und 20 Abs. 2 EStG . . .	183
III. Fazit: Gesetzlicher Korrekturvorschlag de lege ferenda . . .	184
 Zusammenfassende Thesen	 185
 Literaturverzeichnis	 197