

getreten. Eine Umsetzung des ZBStA ist – teilweise – in nationales Recht im Rahmen von § 50 g Abs. 6 EStG erfolgt. Diese Umsetzung betrifft jedoch lediglich die unmittelbare Wirkung des Art. 15 Abs. 2 ZBStA in Form der Versagung des Quellensteuereinbehalts, läßt jedoch außer acht, daß sich dem Wortlaut des Art. 15 Abs. 2 ZBStA nach die Befreiung auf alle von Zinsen und Lizenzgebühren zu erhebenden Steuern, insbesondere auch auf die Gewerbesteuer, bezieht. Diese nur teilweise Umsetzung ist jedoch insofern unbeachtlich, als das ZBStA als völkerrechtliches Abkommen zwischen der EG und der Schweiz auch ohne Umsetzung in nationales Recht unmittelbar anwendbar ist.

Art. 300 Abs. 7 EG besagt, daß Abkommen, die – wie das ZBStA – auf Art. 300 EG beruhen, für die Organe der Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Daraus schließt der Gerichtshof, daß eine Bestimmung eines von der Gemeinschaft mit Drittländern geschlossenen Abkommens als unmittelbar anwendbar anzusehen ist, wenn sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlaß eines weiteren Aktes abhängen.³⁷ Diese Voraussetzungen sind im Fall des ZBStA erfüllt. Dementsprechend können sich auch die

Steuerpflichtigen unmittelbar auf ihre Rechte aus dem Abkommen berufen; einer Umsetzung in nationales Recht bedarf es nicht.³⁸

Nach Art. 15 Abs. 2 ZBStA werden „Zahlungen von Zinsen [...] zwischen verbundenen Gesellschaften [...] im Quellenstaat nicht besteuert“. Diese Regelung des ZBStA entspricht sinngemäß der entsprechenden Regelung der Zins-/Lizenzgebühren-Richtlinie. Nach Art. 1 Abs. 1 Zins-/Lizenzgebühren-Richtlinie sind Zinszahlungen im Quellenstaat „von allen in diesem Staat darauf erhebenden Steuern [...] befreit“. Art. 15 Abs. 2 ZBStA stellt insofern eine Übernahme der Zins-/Lizenzgebühren-Richtlinie im Verhältnis zur Schweiz dar. Dementsprechend sind Stellungnahmen aus der Literatur und der Rechtsprechung zur Zins-/Lizenzgebühren-Richtlinie grundsätzlich auf Art. 15 Abs. 2 ZBStA übertragbar.³⁹

37 EuGH, Ur. v. 30. 9. 1987, 12/86, *Demirel*, Slg. 1987, 3719; EuGH, Ur. v. 20. 9. 1990, C-192/89, *Sevince*, Slg. 1990, I-3461; *Mögele*, in: *Streinz*, Art. 300 EGV, Rz. 77; *Tomuschat*, in: *von der Groeben/Schwarze*, Art. 300 EG, Rz. 66 f.

38 Vgl. auch *Kessler/Eicker/Obser*, IStR 2005, 658, 659.

39 Vgl. in diesem Sinne *Dörr/Fehling*, IWB 2007, Fach 2, 9375, 9377; *Kessler/Eicker/Obser*, IStR 2005, 658, 661 ff.

Gesellschafterdarlehen nach dem MoMiG im Gesellschafts-, Bilanz- und Steuerrecht

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie Bank- und Kapitalmarktrecht, Zacher & Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach

1. Klassifizierung der Gesellschafterdarlehen (bis zum MoMiG)

1.1 Einleitung

Gesellschafterdarlehen sind in der GmbH-Praxis beinahe flächendeckend anzutreffen. An die immer ausdifferenziertere und damit auch kompliziertere Behandlung verschiedener Fallgruppen hatte sich die Rechts- und Steuerpraxis beinahe gewöhnt, zumal die Thematik zu einem Dauerbrenner wurde, bei der auf eine zumindest in der Handhabung der Gerichte geklärte Frage zeitweilig mindestens zwei neue wiederum ungeklärte Folge- oder Zweifelsfragen zu kommen schienen. Immerhin wurden durch die jahrzehntelange Befassung mit diesem Problem gewisse Klassen von Gesellschafterdarlehen herausgebildet, deren Behandlung

in Grundzügen, aber weder in der Abgrenzung noch im Detail geklärt war.

1.2 Das „einfache“ Gesellschafterdarlehen

Da der Gesellschafter „seiner“ GmbH wie ein fremder Dritter gegenübertritt, sind von den Gesellschaftern ausgereichte Darlehen von der GmbH grundsätzlich wie Verbindlichkeiten im allgemeinen zu behandeln. Sie sind jedoch gemäß § 42 Abs. 3 GmbHG in der Bilanz gesondert auszuweisen oder im Anhang anzugeben.

Über den Maßgeblichkeitsgrundsatz gelten die entsprechenden Regelungen auch für die Steuerbilanz und die damit verbundenen ertragsteuerlichen Folgewirkungen. Zu

bedenken ist jedoch, daß zumindest bei refinanzierten nicht- oder unterverzinslichen Darlehen bzw. bei einem (auch nachträglichen) Verzicht auf die entsprechende Verzinsung eine verdeckte Einlage in Rede stehen kann.¹ Umgekehrt kann ein überverzinsliches Gesellschafterdarlehen schon nach den allgemeinen Regeln eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen; bis zum Veranlagungszeitraum 2007 war hier § 8 a KStG a. F. zusätzlich einschlägig. Nunmehr ist hier zusätzlich die Neuregelung zur sogenannten Zinsschranke gem. §§ 4 h EStG, 8 a KStG n. F. zu beachten. Auch im Insolvenzstatus stellte das „einfache“ Gesellschafterdarlehen nach bisherigem Recht eine zu passivierende Verbindlichkeit dar.

1.3 Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen

Gesellschafterdarlehen wurden bisher bei Eintritt bestimmter tatbestandlicher Voraussetzungen zu sogenannten eigenkapitalersetzenden Darlehen im Rechtssinne. Auf die mehr als umfängliche Diskussion über das Ob und den Inhalt der insoweit zu berücksichtigenden objektiven und gegebenenfalls subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Bedeutsam ist lediglich für einen Vergleich zwischen alter und neuer Rechtslage, daß auch bisher die Eigenkapitalersatzfunktion nicht erst zusammen mit der Insolvenzzureife der betreffenden GmbH, sondern auch bereits bei Eintritt der sogenannten Kreditunwürdigkeit weit vor der (drohenden) Insolvenz bejaht wurde. Diese Kreditunwürdigkeit sollte dann zu bejahen sein, wenn der zur Fortführung notwendige Kapitalbedarf im gleichen Zeitpunkt nicht durch einen entsprechenden Kredit von fremden Dritten zu marktüblichen Bedingungen hätte beschafft werden.² Dabei konnte nicht nur ein in einer derartigen Krisensituation gewährtes Darlehen dem Verdikt eines eigenkapitalersetzenden Darlehens unterfallen, sondern auch das Stehenlassen in der Krise ein ursprünglich „einfaches“ Gesellschafterdarlehen unter – wiederum umstrittenen – Voraussetzungen zu einem eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen werden lassen.

Zu berücksichtigen ist, daß der BGH auch „einfache“ Gesellschafterdarlehen offensichtlich zivilrechtlich als gefährlich eingestuft hat, nachdem er im Jahre 2003 bei derartigen Darlehen im stammkapitalrelevanten Bereich einen Verstoß gegen § 30 GmbHG konstatierte.³ Diese jedenfalls als Regelfall bei allenfalls rein liquiditätsmäßiger Betrachtung zu rechtfertigende Aussage hatte in der Praxis und Literatur vielfach Kritik hervorgerufen.

Zivilrechtliche Folge einer Qualifizierung als eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen war nicht nur die Nachrangigkeit im Insolvenzfall gem. § 32 a GmbHG bzw. die Rückzahlungspflicht gem. § 32 b GmbHG im Rahmen der Jahresfrist vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern nach der Rechtsprechung des BGH über die Fort-

geltung der sogenannten Rechtsprechungsgrundsätze zu §§ 30, 31 GmbHG neben den sogenannten Novellen-Regelungen auch eine unbedingte Rückzahlungspflicht außerhalb des Insolvenzverfahrens, soweit der stammkapitalrelevante Bereich tangiert wurde.⁴ Verschärft wurde diese Rechtsprechungspraxis noch durch eine weitere Fortentwicklung in der Judikatur des BGH, die auch nach einem Wiedererstarken der betreffenden GmbH und dem Verlassen des stammkapitalrelevanten Bereiches einer einmal entstandenen Rückzahlungsverpflichtung nicht mehr in Fortfall geraten lassen wollte.⁵

Trotz dieser gesellschaftsrechtlich starken Annäherung an das Eigenkapital im haftungsrechtlichen Sinne galt dabei jedoch stets, daß auch eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen sowohl in der Handelsbilanz als auch aufgrund des Maßgeblichkeitsgrundsatzes in der Steuerbilanz nach den oben bereits dargestellten Regeln als Fremdkapital zu passivieren waren.⁶ Auch insolvenzrechtlich waren eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen trotz ihrer nur sehr eingeschränkten Durchsetzbarkeit passivierungspflichtig.⁷

1.4 (Kapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktrittserklärung

Um bei einem zivilrechtlich weitgehenden Verlust des Darlehensanspruchs seitens des darlehensgewährenden Gesellschafters dann auch zu entsprechenden bilanziellen und insbesondere insolvenzrechtlichen Folgewirkungen zu gelangen, wurde in der Praxis das Instrument des Rangrücktritts entwickelt und in der (Gerichts-)Praxis weiter verfeinert.

1.4.1 Einfacher Rangrücktritt

Um eine Überschuldung nach insolvenzrechtlichen Maßstäben zu vermeiden und auch einer gegebenenfalls drohenden Illiquidität zu entgehen, liegt der Gedanke nahe, durch eine entsprechende Stundung mit Besserungsabrede für den Fall der wirtschaftlichen Erholung der Gesellschaft Luft zu schaffen. Um dabei auch der Passivierungspflicht im Insolvenzstatus zu entgehen, wurde es vielfach für ausreichend gehalten, damit verbunden einen entsprechenden Rangrücktritt hinter die übrigen (Dritt-) Gläubigerforderungen mit der Gesellschaft bei entsprechendem Vorrang gegenüber dem eigentlichen Eigenkapital zu vereinbaren. Der vorstehend skizzierte Hintergrund zeigt auch, daß Gesell-

1 BFH, Beschluß des Großen Senates vom 26. 10. 1987, BStBl. II 1988, S. 348 ff.

2 Vgl. z. B. *Baumbach/Hueck-Fastrich*, GmbHG, § 32 a Rz. 48 ff.

3 BGH, ZIP 2004, S. 263 ff.

4 BGH, ZIP 2004, S. 263, 265 m. w. N.

5 BGH, NJW 2000, S. 2577 (Balsam/Procedo I).

6 Vgl. z. B. BFH, BStBl. II 2000, S. 347 ff.; BMF, BStBl. I 1992, S. 653 ff.

7 BGH, DStR 2001, 175, 176 f., m. w. N. zum Meinungsstand.

schafterdarlehen mit entsprechenden Rangrücktrittserklärungen in aller Regel zugleich kapitalersetzende Funktion hatten, obwohl theoretisch auch ein einfaches Gesellschafterdarlehen a priori mit einem entsprechenden Rangrücktritt verbunden werden könnte. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat jedoch dem so charakterisierten „einfachen“ Rangrücktritt die gewünschte insolvenzrechtliche Entlastungs- und damit Sanierungswirkung versagt.⁸ Derart vereinbarte Beschränkungen der Rückforderbarkeit des Darlehens seien letztlich bereits mit der gesetzlichen Folge der Qualifizierung eines Darlehens als Kapital ersetzend vergleichbar und würden ihm konstitutiv keine andere Qualität begeben, die es rechtfertigen würde, insolvenzrechtlich von einer Passivierung abzusehen.⁹

1.4.2 Qualifizierter Rangrücktritt

Dementsprechend hatte sich die sogenannte qualifizierte Rangrücktrittserklärung als Sanierungsinstrument entwickelt, die sich von der einfachen Rangrücktrittserklärung dadurch unterscheidet, daß ausdrücklich – bis zur Abwendung der Krise – eine Gleichbehandlung nicht vor, sondern gleichrangig mit den Einlagenrückgewähransprüchen der Gesellschafter beabsichtigt ist. In Anlehnung an eine Formulierung in der entsprechenden Grundsatzentscheidung des BGH¹⁰ wird meist noch die ausdrückliche Klarstellung angefügt, daß eine Behandlung des Darlehens und der Zinsen entsprechend dem statutarischen Eigenkapital erfolgen solle.

Mit einem derart formulierten qualifizierten Rangrücktritt wird in der Praxis das Erfordernis erfüllt, den Rubikon zwischen der im Insolvenzstatus zu passivierender Verbindlichkeit hin zum Eigenkapital zu überschreiten.

In der Handelsbilanz der Gesellschaft ist jedoch weiterhin ein entsprechender Passivposten auszuweisen. Auch steuerlich ist vom Bestehen (bleiben) einer entsprechenden Verbindlichkeit auszugehen.¹¹ Ein gegebenenfalls steuerpflichtiger Gewinn wird dementsprechend auch durch den qualifizierten Rangrücktritt nicht induziert. Zu berücksichtigen bleibt, daß sich jedoch beim darlehengewährenden Gesellschafter – spätestens dann, wenn ein derartiger qualifizierter Rangrücktritt notwendig wird – die Frage einer Teilwertabschreibung auf seine Darlehensforderung stellt. Die Bilanzansätze desselben Darlehens beim Schuldner und beim Gläubiger können dementsprechend differieren.

1.5 Das „verlorene“ Gesellschafterdarlehen

Im Fall des endgültigen Verlustes eines Gesellschafterdarlehens war und ist hingegen wiederum ein weitgehend unumstrittener Gleichklang der Behandlung des entsprechenden Darlehens festzustellen.

1.5.1 Verzicht auf das Darlehen

Erklärt der Gesellschafter einen entsprechenden Darlehensverzicht, entfällt der Charakter einer Verbindlichkeit. Nach Handels- und Steuerbilanz und auch für den Insolvenzstatus ist keine Passivierung (mehr) vorzunehmen. Nach Aufhebung des § 3 Nr. 66 EStG kam es dadurch aber konsequenterweise zu der unerwünschten Folge einer Vermögensmehrung und damit gegebenenfalls eines Gewinns.¹² In Höhe des noch werthaltigen Teils der Verbindlichkeit ist eine (verdeckte) Einlage des Gesellschafters anzunehmen, welche gem. § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG mit dem Teilwert zu bewerten ist. In der Bilanz des darlehengewährenden Gesellschafters ergibt sich ein entsprechendes Bild, so daß hier regelmäßig ein entsprechender Verlust eintreten wird.

1.5.2 Faktischer Verlust des Darlehens in der Insolvenz

Letzteres gilt prinzipiell auch im Insolvenzfall, wobei gerade dort der entsprechende Wertansatz beim Gesellschafter im Regelfall sehr gering ausfallen dürfte. Aus der Sicht der Gesellschaft hingegen bleibt der nicht rechtsgeschäftlich vereinbarte, sondern der zunächst nur wirtschaftlich mit der materiellen Insolvenz eintretende Wertverfall der Verbindlichkeit zunächst folgenlos. Soweit nicht schon im Vorfeld etwa durch einen qualifizierten Rangrücktritt eine „partielle“ Umqualifizierung stattgefunden hat, entlastet das bloße Unvermögen zur Zahlung die Gesellschaft nicht. Nach förmlicher Eröffnung des Insolvenzverfahrens richtet sich die Behandlung nach den insolvenzrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften unter Einschluß der Behandlung eigenkapitalersetzender Darlehen.

1.6 Zwischenfazit

Da bisher der Fall der (eigenkapitalersetzenden) Darlehen mit gleichzeitiger Vereinbarung eines (qualifizierten) Rangrücktritts und gegebenenfalls der Forderungsverzicht aufgrund ihrer Folgewirkungen den Kernbereich der in der Praxis diskutierten Problemfälle bildeten, verwundert es nicht, daß die diesbezüglichen Neuregelungen durch das MoMiG im besonderen Interesse der Praxis standen.

8 BGH, DStR 2001, S. 175, 177; vgl. zum Meinungsstand in der Literatur Uhlenbruck, InsO, § 19 Rz. 69 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

9 Vgl. Goette, Die GmbH, 2. Aufl., § 4 Rz. 37.

10 BGH, DStR 2001, S. 175, 176, m. Anm. Goette hierzu auf S. 177.

11 Vgl. BFH, BStBl II, 1992, 532, 534; vgl. im übrigen Schmidt/Weber/Grellet, EStG, 27. Aufl., § 5 Rz. 550 „Gesellschafterfinanzierung“, mit zahlreichen Nachweisen auch zur zum Teil abweichenden Auffassung in der Literatur.

12 Vgl. hierzu BMF, BStBl. 2003 I, S. 648 ff., auch zu den Fällen von Forderungsverzicht mit Besserungsschein.

2. Neuerungen durch das MoMiG

2.1 Neuerungen für alle Fallgruppe

Tatsächlich hat das MoMiG für alle Fallgruppen Neuregelungen gebracht. Sie betreffen zum Teil den gesetzlichen Regelungsinhalt, zum Teil aber auch die gerade in diesem Bereich in der Vergangenheit besonders bedeutsamen Leitlinien der Rechtsprechung. Gerade sie sind zum Teil deutlich betroffen und eingeschränkt worden. Inhaltlich sind Klarstellungen, zum Teil aber auch Neuregelungen zu finden, die hinsichtlich ihrer Folgewirkungen jedoch wiederum weitere Fragen aufwerfen werden.

2.2 „Einfache“ Gesellschafterdarlehen

Gegenüber der oben zu 1.2 dargestellten Rechtslage ergibt sich außerhalb der Insolvenz eine eindeutige Rückkehr zur bilanziellen Betrachtungsweise in Abkehr von der jüngeren Rechtsprechung des BGH. § 30 Abs. 1 GmbHG n.F. stellt ausdrücklich klar, daß bilanziell gleichwertige Leistungen nicht dem Kapitalerhaltungsschutz des § 30 GmbHG unterfallen und speziell bei Gesellschafterdarlehen und ihnen entsprechenden Rechtshandlungen in dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht in Frage kommen. Hierdurch wird nicht nur der bisherigen Rechtsprechung von der Fortgeltung der sogenannten Rechtsprechungsregeln zur analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG neben den §§ 32 a, b GmbHG eine Absage erteilt, sondern auch der noch jüngeren Rechtsprechung zur lediglich liquiditätsbezogenen Betrachtungsweise im Rahmen des Kapitalschutzes.¹³ In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, daß diese Bewertung jedenfalls nicht explizit in die – im übrigen verschärften – Regelungen zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers im Vorfeld der Insolvenz übernommen wurden. Da auch § 64 Satz 3 GmbHG n.F. weiterhin nur von Zahlungen spricht, könnten hierdurch auch vermögensneutrale (Darlehens-) Rückzahlungen sowie Zahlungen, die einem Fremdvergleich standhalten, erfaßt sein.¹⁴

Eine eindeutige Verschärfung liegt darin, daß künftig alle und damit auch „einfache“ Gesellschafterdarlehen nachrangig sind (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 Insolvenzordnung n.F.), nachdem das Recht der Gesellschafterdarlehen nach der gesetzgeberischen Intention seinen Standort vom Gesellschaftsrecht der GmbH hin zum Insolvenzrecht gewechselt hat.

2.3 Kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen

Durch die bereits vorstehend angesprochene Absage an die Fortgeltung der sogenannten Rechtsprechungsregeln zu §§ 30, 31 GmbHG und die ersatzlose Streichung der §§ 32 a, b GmbHG ist grundsätzlich eine Gleichbehandlung aller Gesellschafterdarlehen eingetreten, unabhängig davon, ob sie nach bisheriger Lesart als eigenkapitalerset-

zend galten oder nicht. Dies schafft zunächst zwar eine begrüßenswerte Klarheit, da damit der Streit um die objektiven und gegebenenfalls subjektiven Voraussetzungen dieser Rechtsfigur bzw. einzelne (Unter-)merkmale oder Sonderfälle wie das „Stehenlassen in der Krise“ obsolet geworden ist. Man mag hiergegen einwenden, daß der Vorteil einer klaren Rechtslage mit dem Nachteil einer Nachrangigkeit für alle Gesellschafterdarlehen erkauft worden sei, was gerade aktuell die Finanzierungsmöglichkeit von Gesellschaften behindere. Da gem. § 135 Abs. 1 InsO n.F. jede Darlehensrückzahlung im letzten Jahr vor der Insolvenz anfechtbar ist – wobei auch hier nun ausdrücklich das Sanierungs- und Kleinbeteiligungsprivileg gilt (§ 135 Abs. 4 InsO n.F.) –, müssen Gesellschafterdarlehen und diesbezüglich gestellte Sicherheiten nunmehr in der Tat als im Insolvenzfall wohl generell verloren angesehen werden. Vergleicht man alte und neue Rechtslage in den praktischen Auswirkungen, kommt es jedoch nur in wenigen Fällen zu signifikanten Unterschieden. Lediglich das nach bisheriger Einordnung nicht kapitalersetzende (und auch nicht in der Krise „stehen gelassene“) Gesellschafterdarlehen, das innerhalb der Jahresfrist zurückgezahlt wird, ist nach neuem Recht zusätzlich von der Anfechtung bedroht, wohingegen es nach altem Recht gegebenenfalls verschont geblieben wäre. Wie häufig derartige Fälle bei Gesellschafterdarlehen sein mögen, mag jeder aus seiner eigenen praktischen Erfahrung beurteilen. Dem Verfasser erscheinen die Fälle häufiger, in denen in einer späteren Krise nach bisherigem Recht eine große Unsicherheit darüber bestand, ob nicht auch schon vor Jahr und Tag bona fide geleistete Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen in der Mühle zwischen den §§ 30 ff. GmbHG, den hierzu ergangenen Rechtsprechungsgrundsätzen und den insolvenzrechtlichen Bestimmungen zerrieben werden konnten.

Im Rahmen des Insolvenzstatus ist dagegen im Ergebnis die auch bisher schon bestehende Gleichbehandlung von einfachen Gesellschafterdarlehen und solchen mit eigenkapitalersetzendem Charakter gleichgeblieben: Sie müssen im Regelfall weiterhin passiviert werden (§ 19 Abs. 2 InsO in der schlußendlich neuen Gesetzesfassung). Aufgrund der Gleichbehandlung bei der Durchsetzbarkeit erscheint dies nun zumindest konsequenter als nach bisheriger Rechtslage, die das haftungsrechtliche Statut schon mit der Feststellung des eigenkapitalersetzenden Charakters „kippte“, hingegen die Behandlung im Insolvenzstatus erst zwei Ebenen „später“, nämlich beim zusätzlich vereinbarten qualifizierten Rangrücktritt, einen entsprechenden Wechsel erfuhr.

¹³ Vgl. Gehrlein, BB 2008, S. 846, 849 f.

¹⁴ So z. B. Hasselmann, AnwBl 2008, S. 659, 666.

Für Zwecke der Handels- und Steuerbilanz dürften sich durch die neue Rechtslage hier zunächst keine grundsätzlichen Änderungen ergeben. Da auch nach bisherigem Recht nachrangig zu bedienende Verbindlichkeiten gleichwohl entsprechend zu passivieren waren, dürfte dies auch unter den neuen zivilrechtlichen und zum Teil erweiterten Voraussetzungen für den Eintritt eines gesetzlichen Rangrücktritts gelten.

2.4 (Kapitalersetzende) Gesellschafterdarlehen und Rangrücktritt

Entgegen dem ursprünglichen Regierungsentwurf, der für den Überschuldungsstatus als generelle Folge des oben dargestellten gesetzlichen Rangrücktritts eine Freistellung von der Pflicht zur Passivierung vorsah,¹⁵ ist nach der nunmehr geltenden Gesetzesfassung von § 19 Abs. 2 InsO ein ausdrücklicher vertraglicher Rangrücktritt hierzu erforderlich. Dabei muß dieser ausdrücklich auf den in § 39 Abs. 2 InsO n. F. geregelten Rang verweisen, um die gewünschte Passivierungsfreistellung erreichen zu können. In diesem Sinne hat der „qualifizierte Rangrücktritt“ in neuer und gesetzlich konkretisierter Form überlebt und seine Bedeutung beibehalten. Wenn man sich aus den oben zu 1.4.1 skizzierten Gründen schon nicht zu einer allgemeinen Passivierungsfreistellung aufgrund des gesetzlichen Rangrücktritts verstehen konnte, so ist es aus der Sicht der Praxis zumindest zu begrüßen, daß die Schwelle zwischen „einfachem“ Rangrücktritt und dem für den Insolvenzstatus beachtlichen „qualifizierten“ Rangrücktritt nun eine konkretere Basis als ein BGH-Urteil und die Urteilsanmerkung eines Senatsvorsitzenden hierzu¹⁶ hat.

2.5 Das „verlorene“ Gesellschafterdarlehen

Im Hinblick auf den Verzicht oder den insolvenzbedingten Fortfall von Gesellschafterdarlehen ergeben sich aus der Sicht der Gesellschaft unter dem Blickwinkel des MoMiG keine absehbaren signifikanten Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage.

Eine aktuelle Fortentwicklung ergibt sich hier jedoch aus einem Urteil des BFH des 22. 7. 2008,¹⁷ welches den Verlust eines Gesellschafterdarlehens außerhalb eines förmlichen Insolvenzverfahrens betraf. Der BFH stellte hier anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung klar, daß aus Gesellschaftersicht der Zeitpunkt für die daraus resultierende Geltendmachung von nachträglichen Anschaffungskosten – durch den Darlehensverlust – bereits der Zeitpunkt sein müßte, in dem materiell die betreffende GmbH bereits vermögenslos geworden war. Dementsprechend realisierte sich der Verlust hier ausnahmsweise schon vor dem Abschluß der Liquidation, weshalb der klagende Gesellschafter mit seiner späteren Geltendmachung der steuerlichen Folgen zu spät kam. Der BFH läßt es dabei ausdrücklich

offen, ob allein der eigenkapitalersetzende Charakter oder die Rangrücktrittserklärung als solche bereits die entsprechende Verlustrealisation herbeigeführt hätten; die Rangrücktrittserklärung wurde aber als Indiz für die materiell und endgültig eingetretene Insolvenz anerkannt. Ob gegebenenfalls aus dieser Rechtsprechung und der zukünftig neuen Form der „qualifizierten Rangrücktrittserklärung“ generelle Folgerungen für die bilanzielle und steuerliche Handhabung auf der Gesellschafterseite – und gegebenenfalls dem folgend auch auf Gesellschaftsseite – zu ziehen sind, bleibt abzuwarten. Dieses Urteil und die neue gesellschaftsrechtliche Rechtslage könnten jedenfalls dazu angehen sein, der bereits seit längerem bestehenden Tendenz zur Diskussion einer bereits „früher“ eingreifenden allgemeinen handels- und steuerbilanziellen Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen Auftrieb zu verleihen. Der gem. § 39 Abs. 2 InsO n. F. vereinbarte Rangrücktritt könnte gegebenenfalls die allgemeine neue Grenzlinie zwischen bilanziellen Fremd- bzw. Eigenkapital darstellen.

3. Exkurs: Ausstrahlungswirkung bilanzrechtlicher Änderungen

Das BilMoG wird bei grundsätzlicher Beibehaltung der Bilanzierungsregelung des HGB in einzelnen Punkten eine Angleichung an internationale Standards erbringen. Im Zusammenhang mit dem hier interessierenden Thema verdient z. B. der Umstand Beachtung, daß künftig selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens keinem generellen Aktivierungsverbot (vgl. § 248 II HGB in der noch geltenden Fassung gegenüber IAS 38) mehr unterliegen werden. Damit wird sich auch wieder eine Annäherung zwischen allgemeinen Bilanzierungsvorschriften und den Sonderregelungen für den Insolvenzstatus ergeben, da bei letzterem auch bisher bereits der Ansatz derartiger Vermögenswerte, soweit sie realisierbar waren, ermöglicht wurde.¹⁸ Auch der Eintritt der überschuldungsbedingten Insolvenz bzw. Insolvenzzreife bzw. die Berechnung der Anfechtungsfristen kann sich hierdurch bedingt anders als nach bisheriger Rechtslage darstellen, auch wenn insofern zugleich eine Ausschüttungssperre im HGB implementiert werden soll.¹⁹ Da die sogenannte wirtschaftliche Krise als Merkmal für die Annahme der als eigenständige Kategorie entfallenen kapitalersetzenden Gesellschafterfinanzierung in ihrer Bedeutung zurücktreten wird, ist jedoch insofern von einer großen Ausstrahlungswirkung kaum noch auszugehen.

15 Zur Kritik hieran vgl. z. B. Karsten Schmidt, BB 2008, S. 461 ff.

16 Vgl. oben Fn. 9.

17 DStR 2008, S. 1925 ff.

18 Vgl. hierzu Uhlenbruck, InsO, § 19 Rz. 39 f.

19 Auch § 2 II EStG soll nicht geändert werden, weshalb eine steuerliche Wirkung ausbleibt.

4. Fazit

Die Darlehensfinanzierung durch Gesellschafter ist durch das MoMiG zumindest in Teilen klarer und übersichtlicher geregelt worden. Einige Fragen der konsequenten und unter den Blickwinkeln des Gesellschafts-, Bilanz-, Steuer- und Insolvenzrechts stringenten Handhabung erscheinen nun besser gelöst, zumal die Überlagerung durch parallel bzw.

kumulativ geltende Rechtsprechungsregeln nun überwunden zu sein scheint. Ob hinsichtlich der materiellen Regelungsinhalte das Optimum gefunden wurde, mag bezweifelt werden. Das zum Teil bereits apostrophierte „Aus“ für das Gesellschafterdarlehen bei der GmbH dürfte jedenfalls bei nüchterner Betrachtung nicht eingetreten sein – ebenso wie die qualifizierte Rangrücktrittserklärung in neuer Form weiter leben wird.

LiteraTour

Die Rubrik „LiteraTour“ greift willkürlich und subjektiv aus der Flut der steuerrechtlichen Literatur besonders lesenswerte oder wenigstens bemerkenswerte Beiträge heraus. Angesichts der Flut steuerrechtlicher Literatur soll nicht der Eindruck erweckt werden, die Redaktion hätte die Vielfalt der Publikationen auch nur annähernd gesichtet. Erst recht ist damit keine Abwertung nicht erwähnter Autoren verbunden.

Strunk/Kaminski/Köhler

Außensteuergesetz

Kommentar, 13. Aktualisierung des erstmals im Oktober 2004 erschienenen Werkes, mit CD-ROM, Stollfuß Verlag, Berlin, gut 2000 Seiten

Ein guter, solider und brauchbarer Kommentar zum AStG – wie bereits in **steueranwaltsmagazin** 2008, 182 f. ausführlich dargelegt. Hoffentlich bleibt das auch so, zumal der Gesetzgeber auch das AStG nicht vor Änderungen bewahrt.

(JW)

Rust

Die Hinzurechnungsbesteuerung

Band 215 Münchner Universitätsschriften, zugl. Diss. München 2007, C. H. Beck Verlag, München, 2007, 230 Seiten

Hinzurechnungsbesteuerung ist nicht selbstverständlich, ein hoher Steuersatz ebenfalls nicht. Der Autor setzt sich in seiner mehrfach preisgekrönten Dissertation mit der Hinzurechnungssteuer und der „Notwendigkeit und Umsetzbar-

keit einer Reform“ auseinander. An einigen Stellen mag man den Ausführungen des Autors nicht zustimmen, wenn er bspw. im Vorspann „Stand von Rechtsprechung und Forschung“ das „Bedürfnis für eine Hinzurechnungsbesteuerung“ mit schwarzmalerischen Argumenten begründet, etwa dahingehend, der Sozialstaat werde ansonsten seine Aufgaben nicht mehr erfüllen können, oder etwa nur dadurch, daß die Steuern auf nichtmobile Einkünfte drastisch erhöht werden müßten. Das Argument eines zwischenstaatlichen Steuerwettbewerbs wird damit vollständig ausgeblendet.

Da das bisherige Gesetz „zahlreiche Mängel“ habe, u. a. „praktisch nicht zu erfüllen ist“, stellt der Autor dem gut begründete Reformvorschläge gegenüber. Hoffentlich hört der Gesetzgeber einmal auf gute Vorschläge. (JW)

Niemann

Jahresabschlußprüfung

3. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2008, 662 Seiten, mit CD-ROM

Auch ein Werk der Blauen Reihe des Beck-Verlages: Der Untertitel „Arbeitshilfen zur Qualitätssicherung“ impliziert natürlich einen hohen Anspruch, der auf über 600 Seiten reiner Checklisten sicher auch erfüllt wird. Betont wird, „sämtliche Arbeitshilfen können am Bildschirm ausgefüllt werden“ – sonst wäre es auch keine *Arbeitshilfe*, sondern eine *Arbeitsbremse* des allseits gelobten Hakelmachers.

(JW)