

Urteil vom 29. November 2017, X R 8/16

Bewertung der Einlage wertgeminderter Beteiligungen i.S. des § 17 EStG und damit in Zusammenhang stehender Forderungen aus Gesellschafterdarlehen - Teleologische Extension des Anwendungsbereichs von § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. b EStG - Finanzplandarlehen - Betriebsaufspaltung - personelle Verflechtung

[ECLI:DE:BFH:2017:U.291117.XR8.16.0](#)

BFH X. Senat

EStG § 6 Abs 1 Nr 5 S 1 Buchst b, EStG § 6 Abs 5 S 2, EStG § 16 Abs 3 S 1, EStG § 17, EStG § 6 Abs 1 Nr 5 S 1 Buchst b, EStG § 6 Abs 5 S 2, EStG § 16 Abs 3 S 1, EStG § 17

vorgehend Finanzgericht Berlin-Brandenburg , 12. Oktober 2015, Az: 5 K 5234/13

Leitsätze

1. Die Einlage einer Beteiligung, deren Wert unter die Anschaffungskosten gesunken ist, ist auch nach der ab 1996 geltenden Rechtslage mit den Anschaffungskosten zu bewerten (Fortführung des BFH-Urteils vom 2. September 2008 X R 48/02, BFHE 223, 22, BStBl II 2010, 162) .
2. Die Grundsätze zur Bewertung der Einlage wertgeminderter Beteiligungen i.S. des § 17 EStG in ein Betriebsvermögen sind entsprechend auf die Bewertung der Einlage solcher wertgeminderter Forderungen aus Gesellschafterdarlehen anzuwenden, deren Ausfall sich im Falle der weiteren Zugehörigkeit der Forderung und der korrespondierenden Beteiligung zum Privatvermögen bei der Verwirklichung eines Realisationstatbestands nach § 17 EStG einkommensteuerrechtlich ausgewirkt hätte .
3. Der Ausschluss der Teilwertabschreibung für eingelegte wertgeminderte Beteiligungen gilt für eingelegte wertgeminderte Forderungen entsprechend .
4. Die Annahme eines Finanzplandarlehens setzt im Regelfall u.a. voraus, dass der Darlehensgeber verpflichtet ist, das Kapital dem Schuldner langfristig zu überlassen. Eine solche Verpflichtung kann sich auch dann, wenn das gesetzliche Kündigungsrecht im Darlehensvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, aus den objektiven Umständen der Darlehenshingabe ergeben .
5. Der Tatbestand der Betriebsaufgabe ist nicht erfüllt, wenn im Zusammenhang mit der Betriebsbeendigung eine wesentliche Betriebsgrundlage zum Buchwert in ein anderes (Sonder-)Betriebsvermögen überführt wird .

Tenor

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg vom 13. Oktober 2015 5 K 5234/13 wird als unzulässig verworfen, soweit sie gegen die Entscheidung des Finanzgerichts zum Gewerbesteuermessbetrag 2001 und zur Einkommensteuer 2003 gerichtet ist.

Im Übrigen wird die Revision als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Tatbestand

I.

- 1** Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) war ursprünglich alleiniger Gesellschafter und einziger Geschäftsführer der O-GmbH, einer operativ tätigen Gesellschaft.

- 2 Am 20. Dezember 1996 gründete er als Alleingesellschafter eine Verwaltungs-GmbH (V-GmbH), stattete sie mit einem Stammkapital von 1 Mio. DM aus und verkaufte seine Beteiligung an der O-GmbH für 6.057.828,61 DM an die V-GmbH. Da der endgültige Kaufpreis von bestimmten Kennzahlen der O-GmbH abhängig war, wurde er erst mit Schreiben vom 12. August 1997 festgelegt.
- 3 Aus diesem Vorgang ergab sich beim Kläger angesichts des hohen eingezahlten Stammkapitals der O-GmbH ein Verlust nach § 17 des Einkommensteuergesetzes (EStG) in Höhe von 20.544.151 DM, den der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt --FA--), nachdem ein anderes Finanzamt den Vorgang im Rahmen einer Außenprüfung überprüft hatte, der Besteuerung zugrunde legte. Im seinerzeitigen Bp-Bericht vom 23. August 2002 ist hierzu ausgeführt: "Hinsichtlich der Veräußerung der Anteile der <O-GmbH> an die neu gegründete <V-GmbH> im Jahr 1996 ergaben sich auch in Abstimmung mit den bei diesen Gesellschaften durchgeführten Betriebsprüfungen keine Erkenntnisse über einen unzutreffend zugrunde gelegten Kaufpreis bzw. das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO, der zur Verwehrung der steuerlichen Anerkennung des Rechtsgeschäfts geführt hätte. Der erklärte Verlust ist durch die Bp nicht zu beanstanden."
- 4 Zur Finanzierung des Kaufpreises gewährte der Kläger der V-GmbH mit Vertrag vom 23. Dezember 1996 ein Darlehen über zunächst 4 Mio. DM. Der Zinssatz betrug 3 %. Weiter hieß es im Darlehensvertrag: "Tilgungen sind nicht fest vereinbart aber jederzeit möglich." Sicherheiten wurden nicht bestellt.
- 5 In der Folgezeit wurde der Darlehensbetrag aufgrund gesonderter schriftlicher Verträge mehrfach aufgestockt; hierfür galten dieselben Zins- und Tilgungsvereinbarungen wie im ursprünglichen Darlehensvertrag. Die Darlehenszinsen wurden jeweils dem Kapitalbetrag zugeschlagen. Insgesamt entwickelte sich das Darlehen wie folgt:

Darlehensgewährung 23. Dezember 1996	4.000.000,00 DM
anteilige Zinsen für 1996	<u>+ 2.666,67 DM</u>
Stand 31. Dezember 1996	4.002.666,67 DM
Darlehensaufstockung 27. Januar 1997	+ 25.000,00 DM
Darlehensaufstockung 13. August 1997 (Restkaufpreiszahlung)	+ 1.060.000,00 DM
Zinsen für 1997	<u>+ 132.965,83 DM</u>
Stand 31. Dezember 1997	5.220.632,50 DM
Darlehensaufstockung 23. Dezember 1998	+ 8.000,00 DM
Zinsen für 1998	+ 156.624,31 DM
Abzug vom Kläger zu tragender Gründungskosten	<u>./ 2.348,51 DM</u>
Stand 31. Dezember 1998	5.382.908,30 DM
Darlehensaufstockung 9. August 1999	+ 7.000,00 DM
Zinsen für 1999	<u>+ 161.570,08 DM</u>
Stand 31. Dezember 1999	5.551.478,38 DM
Darlehensaufstockung 22. Mai 2000	+ 13.000,00 DM
Zinsen für 2000	<u>+ 166.779,47 DM</u>

Stand 31. Dezember 2000	5.731.257,85 DM
Darlehensaufstockung 7. Juni 2001	+ 800,00 DM
Zinsen für Januar bis Juli 2001	<u>+ 100.300,59 DM</u>
Stand 31. Juli 2001	5.832.358,44 DM
Darlehensaufstockung 7. November 2001	+ 10.000,00 DM
Zinsen für August bis Dezember 2001	<u>+ 71.690,71 DM</u>
Stand 31. Dezember 2001	5.914.049,15 DM

6 Die O-GmbH wies in den Jahren 1995 bis 2001 die folgenden Kennzahlen aus (auf volle 1.000 DM gerundet):

Jahr	Umsatz	Gewinn	Eigenkapital
1995	71.028.000 DM	+ 1.496.000 DM	17.245.000 DM
1996	53.648.000 DM	./ 7.962.000 DM	9.283.000 DM
1997	51.796.000 DM	./ 2.875.000 DM	6.408.000 DM
1998	55.563.000 DM	./ 684.000 DM	5.723.000 DM
1999	47.509.000 DM	./ 522.000 DM	5.200.000 DM
2000	43.846.000 DM	./ 3.879.000 DM	1.321.000 DM
2001	42.437.000 DM	./ 5.094.000 DM	./ 3.773.000 DM

7 Bei der V-GmbH kam es zu den folgenden Ergebnissen (auf volle 1.000 DM gerundet):

Jahr	Gewinn	Eigenkapital
1996	./ 26.000 DM	974.000 DM
1997	./ 138.000 DM	836.000 DM
1998	./ 164.000 DM	672.000 DM
1999	./ 177.000 DM	495.000 DM
2000	./ 175.000 DM	319.000 DM
2001	./ 341.000 DM	./ 21.000 DM

8 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 29. Januar 2001 (Verkauf I) veräußerte der Kläger 25 % der Anteile an der V-GmbH für 1 DM an den in Aussicht genommenen Unternehmensnachfolger (N), bei dem es sich um einen fremden Dritten handelte. Das Gewinnbezugsrecht sollte zum 1. Januar 2001 auf N übergehen, der zum weiteren Geschäftsführer der O-GmbH bestellt wurde. Dies wurde im Anteilsübertragungsvertrag ausdrücklich damit begründet, dass der Kläger in der operativen Geschäftsführung entlastet werden sollte; in diesem Zusammenhang war von einer "Partnerschaft" die Rede. In dem Vertrag wurde dem Kläger die Option eingeräumt, den 25 %-Anteil

für 1 DM zurückzuerwerben, sofern im Geschäftsjahr 2002 nicht wenigstens ein Gewinn von 3 % erzielt würde oder die Anstellung des N als Geschäftsführer zum 31. Dezember 2002 enden sollte. Bei Beendigung des Geschäftsführeramtes des N zum 31. Dezember 2002 aus Gründen, die nicht mit der Nichterreichung des Gewinnziels zusammenhängen, sollte der Kläger die Option ebenfalls ausüben können; für den Rückerwerb der Anteile sollte dann allerdings der Verkehrswert zu zahlen sein.

- 9** Die O-GmbH war ursprünglich Erbbauberechtigte hinsichtlich des Grundstücks, auf dem sich ihr Betriebssitz befand. Eigentümer des belasteten Grundstücks war ein Dritter. Mit Vertrag vom 9. Juli 2001 erwarb der Kläger das belastete Grundstück zum 1. August 2001. Der Erbbaurechtsvertrag wurde aufgehoben. Anschließend vermietete der Kläger das Grundstück --im Folgenden als "Grundstück I" bezeichnet-- an die O-GmbH.
- 10** Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 18. Dezember 2001 (Verkauf II) veräußerte der Kläger mit Wirkung zum 31. Dezember 2001 weitere 74 % der Anteile an der V-GmbH für 1 DM an N. Der Kläger blieb noch mit 1 % an der V-GmbH beteiligt; N erhielt aber ein Optionsrecht, diesen Anteil im Jahr 2007 erwerben zu können. Die im Vertrag vom 29. Januar 2001 noch zugunsten des Klägers vereinbarte Rückkaufoption wurde aufgehoben. Der Kläger legte seine Geschäftsführerämter in der O-GmbH und der V-GmbH nieder. In derselben Urkunde verzichtete er mit sofortiger Wirkung auf die der V-GmbH gewährten Darlehen einschließlich der noch nicht abgerechneten Zinsen für das Jahr 2001. Darüber hinaus behielt er sich das Recht vor, die sofortige Liquidation der O-GmbH verlangen zu können, sofern sie in einem der Geschäftsjahre 2002 bis 2006 einen akkumulierten Verlust von mehr als 1 Mio. € erwirtschaften sollte. N sollte die Liquidation abwenden können, wenn er innerhalb von drei Monaten einen Investor findet, der die stille Einlage des Klägers bei der O-GmbH in Höhe von 3.065.000 € übernimmt und diesen rechtswirksam von einer Bürgschaft befreit, die er gegenüber einer Bank abgegeben hatte. Ferner wurde verabredet, dass die V-GmbH im Jahr 2002 auf die O-GmbH verschmolzen werden und der Kläger danach mit 1 % an der O-GmbH beteiligt sein sollte. Diese Verschmelzung wurde im Jahr 2002 mit Rückwirkung auf den 1. Januar 2002 tatsächlich durchgeführt.
- 11** Neben der stillen Einlage und der Übernahme der Bürgschaft hatte der Kläger der O-GmbH auch ein Darlehen über gut 4,2 Mio. DM gewährt, für das er einen Rangrücktritt erklärt hatte.
- 12** Am 28. Oktober 2003 übertrug N seine 99 %-Beteiligung an der O-GmbH --im Urteil des Finanzgerichts (FG) ist von der Beteiligung an der V-GmbH die Rede, die zu diesem Zeitpunkt aber aufgrund der bereits vollzogenen Verschmelzung nicht mehr existierte-- für 1 € an den Kläger. Zusätzlich wurde vereinbart, dass dem Kläger auch etwaige Gewinne aus den Geschäftsjahren 2001 bis 2003 zustehen sollten.
- 13** In seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 2001 erklärte der Kläger aus den Veräußerungen der Anteile an der V-GmbH sowie aus dem Darlehensverzicht Einkünfte nach § 17 EStG in Höhe von insgesamt ./. 6.844.906,65 DM. Diesen Betrag hatte er wie folgt ermittelt:

Anteilskaufpreise (2 x 1,00 DM)	2,00 DM
anteiliges Stammkapital (99 % von 1.000.000 DM)	./. 990.000,00 DM
nachträgliche Anschaffungskosten (99 % des Darlehensverlusts von insgesamt 5.914.049,15 DM)	<u>./. 5.854.908,65 DM</u>
Veräußerungsverlust	./. 6.844.906,65 DM

- 14** Aus der Vermietung des Grundstücks I an die O-GmbH erklärte er im Jahr 2001 Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und wegen der Zinsen für das der V-GmbH gewährte Gesellschafterdarlehen in den Jahren 1996 bis 2001 Einkünfte aus Kapitalvermögen. Das FA veranlagte insoweit zunächst erklärungskgemäß.
- 15** Im Anschluss an eine Außenprüfung vertrat das FA die Auffassung, der Kläger habe mit der Vermietung des Grundstücks I an die O-GmbH ab dem 1. August 2001 eine Betriebsaufspaltung begründet und hieraus gewerbliche Einkünfte erzielt. Er habe seine zu diesem Zeitpunkt noch vorhandene 75 %-Beteiligung an der V-GmbH mit dem Teilwert, höchstens aber mit den Anschaffungskosten, in das Betriebsvermögen des Besitz-Einzelunternehmens eingelegt. Zum 31. Dezember 2001 sei das Einzelunternehmen dann wegen des Wegfalls der personellen Verflechtung wieder aufgegeben worden.

16 Die Darlehensforderungen seien hingegen nicht Betriebsvermögen geworden, da ihre Hingabe privat veranlasst gewesen sei. Zudem sei die Gestaltung --in Abweichung von der Würdigung der vorangegangenen Außenprüfung-- missbräuchlich: Der Kläger habe für die Übertragung der vormals von ihm unmittelbar gehaltenen Anteile an der O-GmbH auf die V-GmbH niemals eine Zahlung erhalten. Es sei klar gewesen, dass die V-GmbH weder das Darlehenskapital noch die auflaufenden Zinsforderungen jemals hätte an den Kläger zahlen können. Dieser habe hierdurch die Möglichkeit erhalten, im Fall eines Sinkens des Werts der O-GmbH einen Veräußerungsverlust nach § 17 EStG zu realisieren. Der für die Verkäufe im Jahr 2001 vereinbarte Preis von 2 DM sei willkürlich zu niedrig gewählt worden, weil die V-GmbH schuldenfrei und ihr Stammkapital voll eingezahlt gewesen sei. Aufgrund des im Jahr 2003 vollzogenen Rückerwerbs sei zudem ungeachtet der zwischenzeitlichen formalen Veräußerungen wirtschaftlich alles beim Alten geblieben.

17 Im Ergebnis setzte der Prüfer aus dem Verkauf I einen Verlust nach § 17 EStG in Höhe von ./ 249.999 DM (Veräußerungspreis 1 DM ./ anteilige Anschaffungskosten 250.000 DM) und aus der Aufgabe des Besitzunternehmens zum 31. Dezember 2001 infolge des Verkaufs II --auf der Grundlage der Billigkeitsregelung in R 140 Abs. 8 der Einkommensteuerrichtlinien (EStR) 2001-- einen Aufgabeverlust von ./ 374.998,50 DM an. Diesen Verlust ermittelte er wie folgt:

Veräußerungspreis	1,00 DM
anteilige Anschaffungskosten für 74 %	./ 749.999,00 DM
nach dem Halbeinkünfteverfahren außer Ansatz bleibender Teil der Anschaffungskosten	<u>+ 374.999,50 DM</u>
Verlust	./ 374.998,50 DM

18 Aus der Vermietung des Grundstücks I ermittelte der Prüfer zudem einen laufenden gewerblichen Gewinn von 81.764 DM.

19 Das FA folgte dem Prüfer und erließ am 28. August 2006 einen entsprechend geänderten Einkommensteuerbescheid 2001, ferner einen erstmaligen Gewerbesteuermessbescheid 2001, in dem der laufende Gewinn aus dem Besitz-Einzelunternehmen angesetzt wurde. Zudem hob es den bisher ergangenen Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Einkommensteuer zum 31. Dezember 2001 auf und änderte den Einkommensteuerbescheid für 2000 (Wegfall des zuvor in Höhe von 1 Mio. DM gewährten Verlustrücktrags). Am 5. September 2006 erließ es einen geänderten Einkommensteuerbescheid für 2003, der am 18. Oktober 2006 nochmals geändert wurde.

20 Mit seinen Einsprüchen wandte sich der Kläger in erster Linie gegen die Annahme einer Betriebsaufspaltung mit dem Argument, eine lediglich mittelbare Beteiligung an der Betriebsgesellschaft könne keine personelle Verflechtung begründen. Wenn danach aber § 17 EStG anwendbar sei, seien die Darlehen als Finanzplandarlehen anzusehen und erhöhten daher den Veräußerungsverlust. Hilfsweise vertrat er die Auffassung, dass sich die Darlehensverluste auch im Falle der Existenz eines Besitz-Einzelunternehmens bei den gewerblichen Einkünften auswirken müssten, um die vom Gesetzgeber gewollte Gleichstellung des wesentlich Beteiligten mit einem Einzel- oder Mitunternehmer zu erreichen. In Bezug auf den Einkommensteuerbescheid 2003 begehrte der Kläger den Ansatz höherer Absetzungen für Abnutzung (AfA) bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung in Bezug auf ein anderweitiges Grundstück (Grundstück II).

21 Nach Zurückweisung der Einsprüche hatte die gegen alle genannten Bescheide erhobene Klage im ersten Rechtsgang weitgehend Erfolg. Das FG sah die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung als erfüllt an und hielt daher § 17 EStG nicht für anwendbar. Mit dem Verkauf II sei die Betriebsaufspaltung beendet worden, was zur Betriebsaufgabe im Besitzunternehmen und zur Realisierung eines Aufgabegewinns geführt habe. Im Rahmen der Ermittlung dieses Gewinns sei § 17 EStG entsprechend anwendbar. Die Darlehen seien als Finanzplandarlehen anzusehen. Durchgreifende Anhaltspunkte für einen Gestaltungsmissbrauch seien nicht gegeben. Im Ergebnis setzte das FG für 2001 einen Verlust aus dem gewerblichen Besitzunternehmen in Höhe von ./ 6.513.143,68 DM an. Außerdem setzte es den Gewerbesteuermessbetrag 2001 auf 0 DM herab und gewährte in Bezug auf den Einkommensteuerbescheid 2003 bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung die vom Kläger beantragte erhöhte AfA für das Grundstück II.

- 22** Diese Entscheidung hob der erkennende Senat auf die sowohl vom Kläger als auch vom FA erhobenen Nichtzulassungsbeschwerden mit Beschluss vom 26. Juni 2013 X B 244/12 (BFH/NV 2013, 1578) wegen eines Verfahrensmangels auf.
- 23** Im zweiten Rechtsgang hielten sowohl der Kläger als auch das FA zunächst an ihren jeweiligen Positionen fest. Das FG vernahm N als Zeugen zu den Umständen der verschiedenen Beteiligungserwerbe und gab der Klage in noch größerem Umfang als im ersten Rechtsgang statt (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2016, 1268). Es setzte für 2001 einen "zusätzlichen Veräußerungsverlust für den Zeitraum der Betriebsaufspaltung" von ./ 6.514.033,88 DM an.
- 24** Der Kläger habe der V-GmbH ein Finanzplandarlehen gewährt, da dieses Darlehen zur Erreichung des Zwecks dieser Gesellschaft unentbehrlich gewesen sei. Ein fremder Dritter hätte der V-GmbH keinen Kredit in dieser Größenordnung --und schon gar nicht ohne Sicherheiten-- gewährt. Wegen der fehlenden Tilgungsvereinbarung sei das Darlehen langfristig angelegt gewesen. Der Zinssatz habe deutlich unter dem seinerzeitigen Kapitalmarktzins gelegen, sei also für die Gesellschaft besonders günstig gewesen. Vor diesem Hintergrund könne allein der Umstand, dass das gesetzliche Kündigungsrecht nicht ausdrücklich abbedungen sei, nichts an der Würdigung ändern. Eine Kündigung des Darlehens sei jedenfalls faktisch ausgeschlossen, da der Zweck der V-GmbH dann nicht mehr hätte erreicht werden können und dies unweigerlich zur Insolvenz der O-GmbH geführt hätte.
- 25** Auf die Einlage wertgeminderter Gesellschafterdarlehen seien die zur Einlage wertgeminderter Beteiligungen entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden. Daher seien die Darlehensverluste in Höhe des Nennwerts bei der Ermittlung des Aufgabegewinns zu berücksichtigen. Dies müsse erst recht im vorliegenden Fall gelten, weil der Kläger im Zeitpunkt der (objektiven) Begründung einer Betriebsaufspaltung nicht von dieser Rechtsfolge habe ausgehen müssen, da nach der damals aktuellen Rechtsprechung eine Abschirmwirkung einer zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft angenommen worden sei.
- 26** Nach den Grundsätzen des Urteils des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 20. April 2005 X R 2/03 (BFHE 210, 29, BStBl II 2005, 694) sei eine gewinnmindernde Berücksichtigung jedoch nicht möglich, soweit die einzelnen Darlehensteilbeträge erst nach Begründung der Betriebsaufspaltung gewährt worden seien (hier: 10.000 DM aus der Darlehensaufstockung vom 7. November 2001) bzw. Zinsen auf die Zeit nach Begründung der Betriebsaufspaltung entfielen (hier: 71.690,71 DM).
- 27** Greifbare Anhaltspunkte für einen Gestaltungsmissbrauch bestünden nicht. Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass N sich nach dem Erwerb als Inhaber des Unternehmens gefühlt habe. Im Jahr 2003 sei es zu einem Zerwürfnis zwischen dem Kläger und N gekommen, weil N die O-GmbH habe liquidieren wollen, der Kläger --der als einziger Darlehensgeber der O-GmbH noch über Möglichkeiten der Einflussnahme verfügt habe-- sein Lebenswerk aber nicht habe aufgeben wollen. Dies sei das Motiv für den Rückerwerb gewesen.

- 28** Im Ergebnis berechnete das FG den Aufgabegewinn wie folgt:

Anteilskaufpreis für den Verkauf II	1,00 DM
anteiliges Stammkapital	
(74 % von 1.000.000 DM)	./ 740.000,00 DM
Darlehensgewährungen und aufgelaufene Zinsen bis 31. Juli 2001 (5.832.358,46 DM); davon 99 % als nachträgliche Anschaffungskosten abziehbar	./ <u>5.774.034,88 DM</u>
Aufgabeverlust	./ 6.514.033,88 DM

- 29** Demgegenüber sei die Klage gegen den Gewerbesteuermessbescheid 2001 unbegründet. Der laufende Gewinn aus dem Besitz-Einzelunternehmen sei darin zutreffend erfasst worden; eine Saldierung mit dem Aufgabeverlust sei nicht möglich. Auch in Bezug auf die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung des Jahres 2003 sei die Klage mangels hinreichender Darlegung der Herstellungskosten des Grundstücks II unbegründet.
- 30** Mit seiner Revision vertritt das FA die Auffassung, das FG habe zu Unrecht ein Finanzplandarlehen angenommen und die entsprechenden Verluste in die Ermittlung des Aufgabegewinns einbezogen. Das Darlehen habe nicht betrieblichen Zwecken der V-GmbH dienen können, da diese Gesellschaft keine betrieblichen Aktivitäten entfaltet

habe. Die Vereinbarung eines Anteilskaufpreises von ca. 6 Mio. DM im Jahr 1996 sei willkürlich gewesen und habe auf der Doppelstellung des Klägers als Alleingesellschafter und Anteilsverkäufer beruht. Daher sei das Darlehen für die Erreichung des Zwecks der V-GmbH nicht unentbehrlich gewesen. Tatsächlich sei die Beteiligung an der O-GmbH damals weniger wert gewesen. So habe der Kläger in seiner Vermögensteuererklärung zum 1. Januar 1996 einen Anteilswert von 4,6 Mio. DM angegeben. Die O-GmbH habe von 1997 bis 2001 nur Verluste erwirtschaftet. Das gesetzliche Kündigungsrecht sei nicht faktisch ausgeschlossen gewesen, da die V-GmbH aus der Beteiligung an der O-GmbH Erträge erwartet habe, so dass eine Rückzahlung des Darlehens aus ihrer Sicht möglich gewesen sei. Jedenfalls lasse sich dem FG-Urteil nicht entnehmen, weshalb auch die Beträge, um die das Darlehen nachträglich aufgestockt worden sei, für die V-GmbH unentbehrlich gewesen sein sollten.

- 31** Darüber hinaus hätte das FG die zur Einlage wertgeminderter Beteiligungen entwickelten Rechtsgrundsätze nicht auch auf die Einlage wertgeminderter Gesellschafterdarlehensforderungen anwenden dürfen. Diese fielen nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG, sondern unter die Grundregel des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 1 EStG und seien daher bei ihrer Einlage mit dem jeweils aktuellen Teilwert (hier: 0 DM) zu bewerten. Im Übrigen sei die Auffassung des FG auch unpraktikabel: Eine Einlage sei im Zeitpunkt ihrer Vornahme zu bewerten, um dem eingelegten Wirtschaftsgut einen Bilanzansatz beizulegen. In diesem Zeitpunkt stehe aber in aller Regel noch nicht fest, ob später einmal ein Ereignis i.S. des § 17 EStG verwirklicht werde, das --nach Auffassung des FG-- Rückwirkung auf die Einlagebewertung haben könne.
- 32** Das FA hat keinen Revisionsantrag gestellt, greift aber ausweislich des Rubrums seines Revisionseinlegungs- und Revisionsbegründungsschriftsatzes das FG-Urteil in Bezug auf sämtliche Verwaltungsakte an, die auch Gegenstand des Klageverfahrens gewesen sind.
- 33** Der Kläger hat ebenfalls keinen Revisionsantrag gestellt.
- 34** Er ist der Auffassung, die Annahme eines Finanzplandarlehens sei auch dann möglich, wenn es der Finanzierung eines Beteiligungserwerbs diene. Die V-GmbH hätte von einem fremden Dritten kein ungesichertes Darlehen erlangen können. Bei der Festlegung des Anteilskaufpreises im Jahr 1996 sei auch das hohe Stammkapital der O-GmbH berücksichtigt worden. Die Angabe in der Vermögensteuererklärung habe auf der Anwendung des Stuttgarter Verfahrens beruht, das aber zu geringeren als den tatsächlichen Unternehmenswerten führe.
- 35** Die zu § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG entwickelten Rechtsgrundsätze beruhten darauf, dass der Steuerpflichtige durch eine Einlage nicht schlechter gestellt werden solle als bei einem Verbleib der Beteiligung im Privatvermögen. Wäre die Beteiligung an der V-GmbH aber auch nach dem 1. August 2001 im Privatvermögen verblieben, hätten sich die Darlehensverluste im Rahmen der Ermittlung des Gewinns nach § 17 EStG zum 31. Dezember 2001 ausgewirkt.

Entscheidungsgründe

II.

- 36** Die Revision des FA ist unzulässig, soweit sie auch gegen die Entscheidung des FG zum Gewerbesteuermessbetrag 2001 und zur Einkommensteuer 2003 gerichtet ist.
- 37** 1. Beide Bescheide werden sowohl in der Revisionseinlegungsschrift als auch in der Revisionsbegründung genannt. Sie sind daher vom FA zum Gegenstand des Revisionsverfahrens gemacht worden. Das FA hat diesen Gegenstand des Revisionsverfahrens auch nicht durch eine konkrete Antragstellung eingeschränkt (vgl. hierzu Senatsurteil vom 11. Mai 2016 X R 61/14, BFHE 253, 407, BStBl II 2016, 939, Rz 20), da es die Stellung eines Revisionsantrags unterlassen hat.
- 38** 2. In Bezug auf diese Bescheide ist das FA allerdings nicht beschwert, da es insoweit vor dem FG vollständig obsiegt hat.
- 39** a) Hinsichtlich des Gewerbesteuermessbetrags 2001 hat das FG die Klage abgewiesen. Eine noch günstigere Entscheidung wird das FA auch nach Durchführung eines Revisionsverfahrens nicht erreichen können.
- 40** b) Auch hinsichtlich der Einkommensteuer 2003 hat das FG die Klage vollständig abgewiesen. Dies folgt aus einer Auslegung des entsprechenden erstinstanzlichen Klageantrags sowie der Entscheidungsgründe des finanzgerichtlichen Urteils.

- 41 Der Kläger hatte beantragt, den Einkommensteuerbescheid 2003 nur hinsichtlich der AfA für das Grundstück II zu ändern. Diesem Begehren ist das FG nicht nachgekommen. Demgegenüber bezog sich der Antrag des Klägers zur Einkommensteuer 2003 nicht auch darauf, im Wege des Verlustvortrags (bloße Folgewirkung aus dem --ebenfalls nicht angefochtenen-- Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs zur Einkommensteuer auf den 31. Dezember 2002) eine Steuererminderung aus dem für das Jahr 2001 begehrten Verlust zu erlangen.
- 42 Für diese Auslegung des Klageantrags spricht --neben seiner Fassung-- auch, dass der Kläger, wenn er denn für 2003 ausdrücklich einen Verlustabzug hätte beantragen wollen, dann nach dieser Logik erst recht für das Jahr 2002 einen solchen Abzug hätte beantragen müssen. Dies ist aber unterblieben.

III.

- 43 Im Übrigen ist die Revision unbegründet und nach § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen.
- 44 Der Kläger hat aufgrund der Vermietung des Grundstücks I an die O-GmbH ab dem 1. August 2001 eine Betriebsaufspaltung begründet (dazu unten 1.). Entgegen der Auffassung des FG hat zum 31. Dezember 2001 keine Betriebsaufgabe stattgefunden; vielmehr hat der Kläger aus der Veräußerung seiner Anteile an der V-GmbH einen laufenden Verlust erzielt (unten 2.). Bei der Ermittlung der Höhe dieses Verlusts ist die Einlage der wertgeminderten, zuvor nach § 17 EStG steuerverstrickten Beteiligung an der V-GmbH im Wege einer erweiternden Auslegung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG mit den höheren Anschaffungskosten anzusetzen (unten 3.). Diese zur Einlage steuerverstrickter wertgeminderter Beteiligungen entwickelten Grundsätze sind entsprechend auf die Bewertung der Einlage solcher wertgeminderter Gesellschafterdarlehensforderungen anzuwenden, deren Ausfall sich im Falle der weiteren Zugehörigkeit der Forderung sowie der korrespondierenden Beteiligung zum Privatvermögen bei der Verwirklichung eines Realisationstatbestands nach § 17 EStG einkommensteuerrechtlich ausgewirkt hätte (unten 4.). Die zum 1. August 2001 in das Betriebsvermögen des Besitz-Einzelunternehmens eingelegten Darlehensforderungen des Klägers gegen die V-GmbH erfüllten diese Voraussetzungen unter dem Gesichtspunkt eines Finanzplandarlehens, so dass sich der im Streitjahr 2001 ausgesprochene Verzicht des Klägers auf diese Forderungen verlusterhöhend auswirkt (unten 5.). Die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs ist vom FG mit zutreffenden Erwägungen verneint worden (unten 6.). Entgegen der Auffassung des FA sind die Vorschriften über das Halbeinkünfteverfahren auf den im Jahr 2001 realisierten Verlust noch nicht anwendbar (unten 7.). Ob der Verlust tatsächlich noch höher ist als vom FG angenommen, kann vorliegend dahinstehen, da allein das FA, nicht aber der Kläger Revision eingelegt hat (unten 8.). Der Tenor des vorinstanzlichen Urteils ist dahingehend klarzustellen, dass der darin ausgewiesene Verlust nicht "zusätzlich" zu dem vom FA aus dem Verkauf II ermittelten Verlust anzusetzen ist, sondern an dessen Stelle tritt (unten 9.).
- 45 1. Das FG hat zutreffend angenommen, dass der Kläger aufgrund der Vermietung des Grundstücks I an die O-GmbH zum 1. August 2001 eine Betriebsaufspaltung begründet hat.
- 46 a) Die hierfür erforderliche sachliche Verflechtung war gegeben, weil das Grundstück I, auf dem sich die Fabrikations- und Verwaltungsräume befanden, für die O-GmbH eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellte. Dies ist zwischen den Beteiligten zu Recht unstreitig, weshalb der Senat insoweit von weiteren Ausführungen absieht.
- 47 b) Auch die personelle Verflechtung war gegeben. Insbesondere steht der Annahme einer personellen Verflechtung nicht entgegen, dass der Kläger an der O-GmbH (Betriebs-Kapitalgesellschaft) nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar über die zwischengeschaltete V-GmbH beteiligt war, deren Anteile er zum Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks I (1. August 2001) zu 75 % hielt.
- 48 Dies folgt zwar nicht schon aus den hierfür vom FG angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen, die jeweils andere Fallkonstellationen betreffen. Indes hat der BFH bereits mehrfach entschieden, dass die personelle Verflechtung auch dann gegeben ist, wenn der Besitz-Einzelunternehmer an der Betriebs-GmbH nur mittelbar über eine weitere von ihm beherrschte GmbH beteiligt ist (BFH-Urteile vom 14. August 1974 I R 136/70, BFHE 114, 98, BStBl II 1975, 112, und vom 20. Juli 2005 X R 22/02, BFHE 210, 345, BStBl II 2006, 457, unter II.3.d). In vergleichbarer Weise ist eine personelle Verflechtung zu bejahen, wenn die Gesellschafter einer Besitz-GbR an der Betriebs-KG nur mittelbar über eine GmbH beteiligt sind (BFH-Urteil vom 5. Juni 2008 IV R 76/05, BFHE 222, 284, BStBl II 2008, 858, unter II.2.b).
- 49 Anders als das FG offenbar meint, ging mit den vorgenannten BFH-Entscheidungen keine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung einher.

- 50** 2. Entgegen der Auffassung des FG hat zum 31. Dezember 2001 keine Betriebsaufgabe stattgefunden. Vielmehr hat der Kläger aus der Veräußerung seiner Anteile an der V-GmbH einen laufenden Verlust erzielt.
- 51** a) Der Tatbestand der Betriebsaufgabe setzt voraus, dass sämtliche wesentliche Betriebsgrundlagen an verschiedene Erwerber veräußert oder ins Privatvermögen überführt werden (BFH-Urteil vom 3. September 2009 IV R 17/07, BFHE 227, 293, BStBl II 2010, 631, Rz 36). Vorliegend ist aber das Grundstück I, das als wesentliche Betriebsgrundlage anzusehen ist (s. oben 1.a), weder veräußert noch gewinnrealisierend ins Privatvermögen überführt worden. Vielmehr ist es --wie auch der Kläger selbst mehrfach zutreffend in seinen Schriftsätzen ausgeführt hat, ohne dass dies aber vom FG aufgegriffen worden ist-- gemäß § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG zum Buchwert in das Sonderbetriebsvermögen des Klägers bei der atypisch stillen Gesellschaft übergegangen. Dies schließt die Annahme einer Betriebsaufgabe aus (Senatsurteil vom 5. Februar 2014 X R 22/12, BFHE 244, 49, BStBl II 2014, 388, Rz 17, m.w.N.).
- 52** b) Auch wenn vorliegend das Tatsachengericht keine eigenen Würdigungen in Bezug auf die stille Gesellschaft getroffen hat, darf der Senat diese selbst vornehmen, da das FG alle hierfür maßgebenden Unterlagen in Bezug genommen hat. Sowohl aus dem vom FG festgestellten Vertrag vom 18. Dezember 2001 über den Verkauf II als auch aus dem von ihm in Bezug genommenen Jahresabschluss der O-GmbH für 2001 ergibt sich, dass der Kläger sich an der O-GmbH zeitgleich mit dem Abschluss des Vertrages vom 18. Dezember 2001 mit einer Einlage von 3.065.000 € still beteiligt hatte. Aus der während der Außenprüfung vorgelegten "Ergänzungsvereinbarung zum Gesellschaftsvertrag einer stillen Gesellschaft" vom 3. März 2003, die das FG gleichfalls in Bezug genommen hat, folgt, dass es sich --von Anfang an-- um eine atypisch stille Gesellschaft handelte.
- 53** c) Einkommensteuerrechtlich hat der Umstand, dass der Senat --anders als das FG-- nicht von einem Aufgabeverlust, sondern von einem laufenden Verlust ausgeht, keine Auswirkungen. Gewerbesteuerrechtlich wären zwar Auswirkungen zugunsten des Klägers denkbar, da der bisher im Gewerbesteuermessbescheid angesetzte laufende Gewinn aus Gewerbebetrieb, der durch einen --nicht gewerbesteuerbaren-- Aufgabeverlust nicht gemindert würde (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 1578, Rz 34), durch den richtigerweise anzusetzenden laufenden Verlust möglicherweise neutralisiert werden könnte (vgl. aber BFH-Urteil vom 3. Februar 1994 III R 23/89, BFHE 174, 372, BStBl II 1994, 709). Dies kann vorliegend jedoch dahinstehen, da nur das FA, nicht aber auch der Kläger Revision eingelegt hat.
- 54** d) Auf der Grundlage der Rechtsauffassung des FG, der Kläger habe zum 31. Dezember 2001 sein Besitz-Einzelunternehmen aufgegeben, hätte der Senat die Sache an das FG zurückverweisen müssen, damit Feststellungen zu den gemäß § 16 Abs. 3 Satz 7 EStG im Rahmen der Betriebsaufgabe anzusetzenden gemeinen Werten des Grundstücks I und der beim Kläger verbliebenen 1 %-Beteiligung an der V-GmbH nachgeholt werden. Insbesondere muss der gemeine Wert des Grundstücks I zum 31. Dezember 2001 nicht notwendig --wie das FG, das sich mit dieser Frage nicht ausdrücklich befasst hat, möglicherweise unausgesprochen unterstellt hat-- mit der Summe der Kaufpreise identisch sein, die der Kläger zum 1. August 2001 an den Voreigentümer des belasteten Grundstücks einerseits und an die O-GmbH für die im Erbbaurecht errichteten Gebäude andererseits bezahlt hat.
- 55** Tatsächlich kommt es auf den gemeinen Wert der genannten Wirtschaftsgüter für die Beurteilung des Streitfalls aber nicht an, weil insoweit aufgrund von deren Buchwertüberführung in das Sonderbetriebsvermögen bei der atypisch stillen Gesellschaft kein Gewinnrealisierungstatbestand erfüllt ist.
- 56** e) Ebenfalls kann der Senat offenlassen, ob möglicherweise sogar die Betriebsaufspaltung über den 31. Dezember 2001 hinaus fortgesetzt worden ist.
- 57** aa) Die sachliche Verflechtung hat unverändert fortbestanden, da der Kläger das Grundstück I weiterhin an die O-GmbH vermietet hat.
- 58** bb) Das FG hat allerdings angenommen, aufgrund der Veräußerung von weiteren 74 % der Anteile an der V-GmbH sei die --zuvor infolge einer mittelbaren Beteiligung bestehende-- personelle Verflechtung zwischen dem Kläger und der O-GmbH entfallen. Bei Heranziehung der vom FG in Bezug genommenen Unterlagen ist allerdings nicht auszuschließen, dass dem Kläger aufgrund der atypisch stillen Beteiligung 50 % der Stimmrechte und aufgrund seines GmbH-Anteils (nach der zum 1. Januar 2002 durchgeführten Verschmelzung der V-GmbH auf die O-GmbH) nochmals 1 % der verbleibenden Stimmrechte --durchgerechnet also insgesamt 50,5 % der Stimmrechte in der O-GmbH-- zustanden. In einem solchen Fall hätte er auch nach dem 31. Dezember 2001 über die Stimmrechtsmehrheit bei der O-GmbH verfügt, was --vorbehaltlich des Bestehens von Sondervereinbarungen-- für die Annahme einer fortbestehenden personellen Verflechtung ausreichen könnte.

- 59 cc) Auch in diesem Fall zeigte sich hinsichtlich des streitentscheidenden Sachverhalts aber kein anderes Ergebnis, da dem Kläger aus der Veräußerung seiner Beteiligung an der V-GmbH jedenfalls ein laufender Verlust entstanden wäre.
- 60 3. Zu Recht hat das FG --insoweit im Einvernehmen mit den Beteiligten-- hinsichtlich der Einlage der wertgeminderten Beteiligung an der V-GmbH in das Betriebsvermögen des Besitz-Einzelunternehmens eine teleologische Extension des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG vorgenommen und die Einlage mit den höheren Anschaffungskosten der Beteiligung bewertet.
- 61 a) Einlagen sind grundsätzlich mit dem Teilwert zu bewerten, den das Wirtschaftsgut im Zeitpunkt seiner Zuführung zum Betriebsvermögen hat (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 1 EStG). Der Einlagewert ist jedoch auf die Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Wirtschaftsguts zu begrenzen, wenn es sich um einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft handelt, an der der Steuerpflichtige i.S. des § 17 Abs. 1 EStG beteiligt ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG).
- 62 b) Nach ihrem Wortlaut erfasst die letztgenannte Regelung nur Fälle, in denen der Teilwert oberhalb der Anschaffungskosten liegt. Indes ist die Einlage einer von § 17 EStG erfassten Beteiligung, deren Teilwert unterhalb der Anschaffungskosten liegt, nach den Grundsätzen der BFH-Rechtsprechung ebenfalls mit den --hier höheren-- Anschaffungskosten zu bewerten, weil die gesetzliche Regelung insoweit eine planwidrige und deshalb ausfüllungsbedürftige Lücke enthält (ausführlich, auch zum Folgenden, BFH-Urteile vom 25. Juli 1995 VIII R 25/94, BFHE 178, 418, BStBl II 1996, 684, unter II.2., und vom 2. September 2008 X R 48/02, BFHE 223, 22, BStBl II 2010, 162, unter II.1.).
- 63 Grundlage hierfür ist der Zweck des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG. Dieser liegt darin, auch nach einer Einlage die ertragsteuerrechtliche Verstrickung von Wertsteigerungen zu erhalten, die in der Zeit der Zugehörigkeit der Beteiligung zu dem nach § 17 EStG steuerverstrickten Privatvermögen entstanden sind. Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, auch im Fall der Einlage einer wertgeminderten Beteiligung eine Bewertung mit den Anschaffungskosten vorzunehmen, um die im steuerverstrickten Privatvermögen eingetretenen, aber noch nicht realisierten Wertminderungen für den Fall ihrer Realisierung im Betriebsvermögen zu erhalten. Zwar folgt die grundsätzliche Bewertung von Einlagen mit dem Teilwert der Konzeption, nur die im Betrieb eingetretenen Wertveränderungen ertragsteuerrechtlich zu berücksichtigen. Infolge der Überführung der Beteiligung in das Betriebsvermögen kann der Tatbestand des § 17 EStG aber nicht mehr verwirklicht werden. Daher ist es konsequent, nicht nur bei eingetretenen Wertsteigerungen die Steuerverstrickung zu erhalten (dazu dient die gesetzliche Regelung des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG), sondern auch bei eingetretenen Wertminderungen im Wege der teleologischen Extension des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG die Möglichkeit zu eröffnen, diese dem steuerverstrickten Privatvermögen zuzuordnende Wertminderung auch nach der Einlage der Beteiligung in das Betriebsvermögen einkunftsartenübergreifend geltend machen zu können (dazu dient die dargestellte höchstrichterliche Rechtsprechung).
- 64 c) Die Finanzverwaltung hat die dargestellte Rechtsprechung zunächst nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus angewendet (Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 5. Dezember 1996, BStBl I 1996, 1500, und vom 29. März 2000, BStBl I 2000, 462, Tz III.2.). Sie wollte in derartigen Fällen vielmehr aus Gründen sachlicher Billigkeit den im Zeitpunkt der Einlage gegebenen Unterschiedsbetrag zwischen den Anschaffungskosten und dem niedrigeren Teilwert festhalten und im Zeitpunkt des Ausscheidens der Beteiligung aus dem Betriebsvermögen gewinnmindernd berücksichtigen (R 140 Abs. 8 EStR 2001; gleichlautend R 17 Abs. 8 EStR bis 2008; so wohl bis heute auch Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 36. Aufl., § 17 Rz 108), wie es im Streitfall auch der Prüfer getan hat. Seit der Herausgabe der EStR 2012 wendet die Finanzverwaltung die BFH-Rechtsprechung hingegen an (vgl. H 17 Abs. 8 "Einlage einer wertgeminderten Beteiligung" der Einkommensteuer-Hinweise --EStH-- ab 2012).
- 65 d) Im Senatsurteil in BFHE 223, 22, BStBl II 2010, 162 (unter II.1.f) war die Frage, ob die --mit Wirkung ab 1996 vorgenommenen-- gesetzlichen Einschränkungen der Berücksichtigung von Veräußerungsverlusten in den Fällen des § 17 EStG (im Streitjahr § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG, heute § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG) der dargestellten Rechtsprechung den Boden entzogen haben, noch offen geblieben. Der Senat entscheidet diese Frage nunmehr dahingehend, dass die bei der Einlagebewertung bestehende Regelungslücke auch für die Zeit ab 1996 weiterhin in der beschriebenen Weise zu füllen ist, sofern § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG im konkreten Fall der Berücksichtigung eines Veräußerungsverlusts bei § 17 EStG nicht entgegenstehen würde. Ansonsten bliebe in diesen Fällen der Wertungswiderspruch zwischen der Möglichkeit, einerseits eine eingetretene Wertminderung im Fall der Zugehörigkeit des Wirtschaftsguts zum Privatvermögen geltend machen zu können, andererseits diese Möglichkeit

durch eine Einlage aber zu verlieren, bestehen. Dies entspricht auch der Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. H 17 Abs. 8 "Einlage einer wertgeminderten Beteiligung" EStH ab 2012).

- 66** e) Vorliegend ist zwischen den Beteiligten zu Recht nicht umstritten, dass die im Zeitpunkt der Begründung der Betriebsaufspaltung am 1. August 2001 noch vorhandene 75 %-Beteiligung des Klägers an der V-GmbH an diesem Tag in das Besitz-Einzelunternehmen eingelegt worden ist. Für die Bewertung dieser Einlage gelten die vorstehend dargestellten Grundsätze. Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 Satz 4 EStG sind im Streitfall nicht erfüllt, weil der Kläger bereits länger als fünf Jahre in einer die Anwendbarkeit des § 17 EStG begründenden Weise an der Gesellschaft beteiligt war.
- 67** Zu Recht hat das FG daher einen Einlagewert von 750.000 DM angesetzt und aus dem Verkauf von 74 % der Anteile an N (anteilige Anschaffungskosten: 740.000 DM) für 1 DM zum 31. Dezember 2001 einen Buchverlust von ./ 739.999 DM ermittelt.
- 68** 4. Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Bewertung der Einlage wertgeminderter Beteiligungen i.S. des § 17 EStG in ein Betriebsvermögen sind entsprechend auf die Bewertung der Einlage solcher wertgeminderter Gesellschafterdarlehensforderungen anzuwenden, deren Ausfall sich im Falle der weiteren Zugehörigkeit der Forderung und der korrespondierenden Beteiligung zum Privatvermögen bei der Verwirklichung eines Realisationstatbestands nach § 17 EStG einkommensteuerrechtlich ausgewirkt hätte. In einem solchen Fall ist als Einlagewert daher nicht der Teilwert anzusetzen, sondern derjenige Wert, mit dem die Forderung in den Fällen des § 17 EStG als nachträgliche Anschaffungskosten zu berücksichtigen wäre.
- 69** a) Zwar beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG nach seinem klaren Wortlaut auf Beteiligungen. Für Forderungen gilt demgegenüber sowohl bei Wertsteigerungen (die in der Praxis jedoch allenfalls bei Fremdwährungsansprüchen vorkommen dürften) als auch bei Wertminderungen die Grundregel des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 1 EStG, wonach Einlagen mit dem Teilwert zu bewerten sind. Auch unterscheidet der BFH grundsätzlich selbst dann zwischen den Wirtschaftsgütern "Beteiligung" einerseits und "Forderung aus Gesellschafterdarlehen" andererseits, wenn eine solche Forderung eigenkapitalersetzend ist (z.B. BFH-Urteil vom 14. Januar 2009 I R 52/08, BFHE 224, 132, BStBl II 2009, 674, zu § 8b Abs. 3 des Körperschaftsteuergesetzes --KStG--; BFH-Urteil vom 18. April 2012 X R 5/10, BFHE 237, 106, BStBl II 2013, 785, Rz 35 ff., zu § 3c Abs. 2 EStG; mit ausdrücklicher Abgrenzung zu der zu § 17 EStG ergangenen Rechtsprechung).
- 70** b) Teleologische Erwägungen gebieten allerdings auch hier --ebenso wie bei der Einlage einer wertgeminderten Beteiligung (oben 3.)-- eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG über seinen Wortlaut hinaus.
- 71** Das EStG enthält insoweit eine Regelungslücke, die als planwidrig anzusehen ist. Denn der Ausfall einer zum Privatvermögen gehörenden, aber gemäß den noch (unter 5.a) darzustellenden Rechtsprechungsgrundsätzen nach § 17 EStG steuerverstrickten Darlehensforderung hätte sich bei Verwirklichung eines der in § 17 EStG genannten Realisationstatbestände steuermindernd ausgewirkt. Im Ergebnis dieselbe Rechtsfolge wäre eingetreten, wenn eine solche Forderung von Anfang an zum Betriebsvermögen gehört hätte und später ausfiel. Dann ist es aber als planwidrig zu beurteilen, wenn eine einkommensteuerrechtliche Berücksichtigung allein deshalb nicht möglich sein soll, weil aufgrund eines Rechtsvorgangs --hier: Begründung einer Betriebsaufspaltung-- eine Einlage in ein Betriebsvermögen fingiert wird, die nach dem Gesetzeswortlaut mit dem (niedrigen) Teilwert zu bewerten ist, so dass die bereits eingetretene Wertminderung dem Privatvermögen zugeordnet wird, allerdings unter Wegfall der zuvor bestehenden Möglichkeit, sie nach § 17 EStG geltend machen zu können.
- 72** Die --anhand der erkennbaren Gesetzessystematik objektivierte-- Interessenlage des Einlegenden ist daher in den hier zu beurteilenden Fällen, in denen die Forderung zunächst zum steuerverstrickten Privatvermögen gehört hat und nach Eintritt einer Wertminderung gemeinsam mit der Beteiligung in ein Betriebsvermögen eingelegt wird, dieselbe wie bei einem Steuerpflichtigen, bei dem die Forderung durchgängig entweder zum Betriebsvermögen oder aber durchgängig zu dem nach § 17 EStG steuerverstrickten Privatvermögen gehört.
- 73** c) Zu Recht weisen sowohl das FG als auch der Kläger darauf hin, dass dieser Beurteilung die Aussagen im Senatsurteil vom 20. April 2005 X R 2/03 (BFHE 210, 29, BStBl II 2005, 694, unter II.2.a) nicht entgegenstehen. Im dort zu beurteilenden Sachverhalt gehörten sowohl die Beteiligung als auch die kapitalersetzende Gesellschafterdarlehensforderung von Anfang an zum Betriebsvermögen des Besitz-Einzelunternehmens, so dass schon deshalb eine Anwendung der zu § 17 EStG entwickelten Rechtsgrundsätze nicht in Betracht kam.

- 74** Auf der anderen Seite lässt sich dieser Entscheidung (unter II.2.b) aber --entgegen der Auffassung des FA-- entnehmen, dass es der Betriebsvermögenseigenschaft einer solchen Darlehensforderung nicht entgegensteht, wenn sie in erheblichem Maße ausfallgefährdet ist. Danach gehört im Fall der Betriebsaufspaltung eine Darlehensforderung des Besitzunternehmers gegen die Betriebsgesellschaft zum notwendigen Betriebsvermögen, wenn das Darlehen dazu dient, die Vermögens- und Ertragslage der Betriebsgesellschaft zu verbessern. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Darlehensaufnahme durch die Betriebsgesellschaft zur Verbesserung ihrer Vermögens- und Ertragslage weder notwendig noch zweckmäßig war, sondern festgestellt werden kann, dass für die Darlehenshingabe lediglich private Erwägungen --wie der Wunsch nach einer günstigen Kapitalanlage-- maßgebend waren.
- 75** Vorliegend diene das Darlehen der Verbesserung der Vermögens- und Ertragslage der V-GmbH (s.a. unten 5.). Private Gründe für die Darlehensgewährung sind --insbesondere angesichts des deutlich hinter dem Marktzins zurückbleibenden Zinssatzes-- weder vom FG festgestellt worden noch sonst erkennbar. Dementsprechend hat die höchstrichterliche Rechtsprechung schon bei früherer Gelegenheit ausgeführt, dass in Fällen, in denen ein Wirtschaftsgut bereits im Privatvermögen steuerverstrickt war und dann durch die Begründung einer Betriebsaufspaltung --d.h. einen Rechtsvorgang-- in ein Betriebsvermögen eingelegt wird, ohne besondere Anhaltspunkte kein Grund zu der Annahme besteht, dass die Einlage lediglich zu dem Zweck dienen sollte, Verluste in das Betriebsvermögen zu verlagern (BFH-Urteil in BFHE 178, 418, BStBl II 1996, 684, unter II.1., am Ende).
- 76** d) Das FA wendet ferner ein, die hier vorgenommene teleologische Extension des § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Halbsatz 2 Buchst. b EStG sei nicht praktikabel, da im Zeitpunkt der Einlage --d.h. der Notwendigkeit, die nachträglichen Anschaffungskosten zu ermitteln-- noch nicht feststehe, ob bzw. wann es im Falle der Fortdauer der Zugehörigkeit zum Privatvermögen zur Verwirklichung eines Realisationstatbestands nach § 17 EStG gekommen wäre. Im Rahmen des § 17 EStG wären die nachträglichen Anschaffungskosten aber erst zum Zeitpunkt des Realisationstatbestands zu ermitteln gewesen. Die Vorverlagerung auf den Einlagezeitpunkt schaffe zusätzlichen Verwaltungsaufwand.
- 77** Der erkennende Senat sieht diese Problematik zwar ebenfalls, hält das Gewicht der vom FA aufgezeigten praktischen Schwierigkeiten allerdings nicht für wesentlich, zumal die Ermittlung der nachträglichen Anschaffungskosten im allgemeinen weniger aufwändig sein dürfte als die Ermittlung eines Teilwerts. Im vorliegenden Verfahren stellt sich ohnehin kein Praktikabilitätsproblem, da die Einlage und die Realisation im selben Veranlagungszeitraum verwirklicht worden sind.
- 78** e) Der Senat verkennt auch nicht, dass die Einlage einer Forderung zu nachträglichen Anschaffungskosten für die Folgezeit zusätzliche Überwachung verlangt, hält diesen Aufwand aber ebenfalls für vertretbar. Hierfür ist entscheidend, dass es vorliegend ausschließlich um Sachverhalte geht, in denen eine wertgeminderte Forderung zugleich mit einer nach § 17 EStG steuerverstrickten Beteiligung eingelegt wird, die in diesen Fällen in aller Regel ebenfalls bereits wertgemindert sein wird. In Bezug auf diese Beteiligung ist schon nach den bisherigen --von der Finanzverwaltung akzeptierten-- Rechtsprechungsgrundsätzen nicht allein eine vom Gesetzeswortlaut abweichende Bewertung der Beteiligung vorzunehmen (dazu oben a), sondern auch die Möglichkeit einer Teilwertabschreibung bis zur Verwirklichung eines Realisationsaktes suspendiert (ausführlich Senatsurteil in BFHE 223, 22, BStBl II 2010, 162, unter II.2.b). Dieser Grundsatz gilt für die eingelegte Forderung entsprechend. Da in diesen Fällen aber bereits der Bilanzansatz der Beteiligung einer besonderen Überwachung bedarf, erscheint es vertretbar, diese Überwachung auch auf den Bilanzansatz der Forderung zu erstrecken.
- 79** 5. Das FG hat zu Recht erkannt, dass die Darlehensforderungen des Klägers gegen die V-GmbH Finanzplandarlehen i.S. der zu § 17 EStG ergangenen Rechtsprechung waren.
- 80** a) Nach ständiger Rechtsprechung zu der --im Streitfall noch anzuwendenden-- Rechtslage vor Aufhebung der §§ 32a, 32b des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (BGBl I 2008, 2026) war der Ausfall von Finanzierungshilfen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst waren --insbesondere von kapitalersetzenden Darlehen-- bei Verwirklichung eines Realisationstatbestands nach § 17 EStG dadurch gewinnmindernd zu berücksichtigen, dass der Ausfall im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungs- oder Liquidationsergebnisses als nachträgliche Anschaffungskosten der Beteiligung anzusetzen war (z.B. BFH-Urteil vom 18. August 1992 VIII R 13/90, BFHE 169, 90, BStBl II 1993, 34, unter 2.). Diese normspezifische weite Auslegung des Begriffs der Anschaffungskosten hat der BFH für geboten erachtet, weil in den Fällen des § 17 EStG der Gewinn aus der Veräußerung des Anteils bzw. der Liquidation der Gesellschaft dem Grunde nach in gleicher Weise und der Höhe

nach gemäß ähnlichen Grundsätzen wie bei einem Mitunternehmer als Einkünfte aus Gewerbebetrieb erfasst werden soll (BFH-Urteil vom 27. Oktober 1992 VIII R 87/89, BFHE 170, 53, BStBl II 1993, 340, unter a).

- 81** Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Grundsätze respektiert das Einkommensteuerrecht demgegenüber die Entscheidung der Gesellschafter, der Gesellschaft nicht Eigenkapital, sondern Fremdkapital zur Verfügung zu stellen (vgl. BFH-Urteile vom 2. April 2008 IX R 76/06, BFHE 221, 7, BStBl II 2008, 706, unter II.2.b, und vom 11. Juli 2017 IX R 36/15, BFHE 258, 427, Rz 21).
- 82** Für Sachverhalte, die sich --anders als der Streitfall-- erst nach Aufhebung des zivilrechtlichen Eigenkapitalersatzrechts ereignet haben, hat der BFH entschieden, dass die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze nicht mehr anzuwenden sind, gewährt aus Vertrauensschutzgründen jedoch eine Übergangsfrist bis zum 27. September 2017 (BFH-Urteil in BFHE 258, 427).
- 83** b) Ein Finanzplandarlehen, dessen Ausfall in den Fällen des § 17 EStG grundsätzlich in Höhe seines Nennwerts einkommensteuerrechtlich zu berücksichtigen ist, ist gegeben, wenn ein Darlehen von vornherein in die Finanzplanung der Gesellschaft in der Weise einbezogen ist, dass die zur Aufnahme der Geschäfte erforderliche Kapitalausstattung durch eine Kombination von Eigen- und Fremdkapital erreicht werden soll. Entscheidend ist, ob sich die planmäßige Gesellschafterfinanzierung aus einer Gesamtwürdigung des Gesellschafts- und/oder Darlehensvertrages und der im Zeitpunkt des Abschlusses dieser Verträge vorliegenden Umstände ergibt (BFH-Urteile vom 4. November 1997 VIII R 18/94, BFHE 184, 374, BStBl II 1999, 344, unter 2.d, und vom 13. Juli 1999 VIII R 31/98, BFHE 189, 390, BStBl II 1999, 724, unter 2.a dd). Die rechtliche Bewertung dieser Verträge muss das Darlehen als Risikokapital und damit als eigenkapitalgleiche Gesellschafterleistung ausweisen. Bei der erforderlichen Gesamtschau ist neben den Konditionen des Kredits vor allem zu berücksichtigen, ob zumindest nach Einschätzung des Gesellschafters das Darlehen für die Verwirklichung der gesellschaftsvertraglichen Ziele unentbehrlich war und ob eine Verpflichtung zur langfristigen Belassung des Kapitals bestand (BFH-Urteil in BFHE 189, 390, BStBl II 1999, 724, unter 2.b bb). Die Eigenschaft als Finanzplandarlehen kann sich sowohl aus den objektiven Umständen der Darlehenshingabe als auch aus Erklärungen gegenüber Gläubigern oder der Gesellschaft selbst ergeben (BFH-Urteil vom 10. November 1998 VIII R 6/96, BFHE 187, 480, BStBl II 1999, 348, unter II.3.c).
- 84** c) In Anwendung dieser Grundsätze hat der BFH das Vorliegen eines Finanzplandarlehens für einen Sachverhalt bejaht, in dem die Gesellschaft den Aufbau ihres Geschäftsbetriebs ohne das Darlehen nicht hätte in Angriff nehmen können, der Darlehensvertrag zeitlich noch vor dem Gesellschaftsvertrag abgeschlossen worden war, der vom Gesellschafter eingeräumte --wenn auch letztlich bei Weitem nicht ausgeschöpfte-- Kreditrahmen sich auf das 125-fache des Stammkapitals belief und als Zinssatz lediglich die Erstattung der Refinanzierungsaufwendungen vereinbart war (BFH-Urteil in BFHE 184, 374, BStBl II 1999, 344, unter 2.e). In diesem Fall stand der Anerkennung eines Finanzplandarlehens ausdrücklich auch nicht entgegen, dass der Darlehensvertrag einen Tilgungsplan enthielt. Der BFH sah es insoweit als entscheidend an, dass der Vertrag keine Regelungen für den Fall der Nichteinhaltung des Tilgungsplans vorsah und vollständig dem Einfluss des beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführers unterlag.
- 85** Ebenfalls bejaht wurde ein Finanzplandarlehen für eine Fallgestaltung, in der die Gesellschafter einer GmbH, die zur Ingangsetzung ihres Geschäftsbetriebs kein Bankdarlehen erlangen konnte, ein Darlehen in Höhe des 2,5-fachen des Stammkapitals gewährt hatten (BFH-Urteil vom 26. Januar 1999 VIII R 50/98, BFHE 188, 295, BStBl II 1999, 559, unter II.2.d, e). Ob in dem Darlehensvertrag Tilgungsvereinbarungen getroffen waren oder das gesetzliche Kündigungsrecht ausgeschlossen war, geht aus der Entscheidung nicht hervor.
- 86** Demgegenüber wurde ein Finanzplandarlehen für einen Sachverhalt verneint, in dem die dort zu beurteilende vertragliche Abrede ein ausdrückliches Recht zur vierteljährlichen Kündigung vorsah, tatsächliche Tilgungsleistungen in nennenswertem Umfang erbracht wurden und das Ursprungsdarlehen lediglich etwa doppelt so hoch wie das Stammkapital der Gesellschaft war (BFH-Urteil in BFHE 189, 390, BStBl II 1999, 724, unter 2.b bb).
- 87** d) Unter Berücksichtigung dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Würdigung des FG, im Streitfall ein Finanzplandarlehen anzunehmen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 88** aa) Das FG hat zunächst zutreffend auf den engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Gründung der Gesellschaft (Gesellschaftsvertrag vom 20. Dezember 1996) und dem Abschluss des Darlehensvertrags (23. Dezember 1996) abgestellt. Ferner hat es die nicht fremdüblichen Konditionen der Darlehensgewährung angeführt, namentlich den niedrigen Zinssatz (3 % statt der seinerzeit banküblichen knapp 6 %) sowie das Fehlen von Sicherheiten trotz eines hohen Darlehensbetrags. Weiter hat das FG die wirtschaftliche Lage der V-GmbH

dahingehend gewürdigt, dass sie keinen Bankkredit in dieser Höhe erhalten hätte, und dazu auf den erheblichen Finanzbedarf der V-GmbH, der ihr Eigenkapital mehrfach überstiegen habe, sowie die fehlende Stellung von Sicherheiten verwiesen.

- 89** bb) Gegen die Zugrundelegung dieser Indizien für die Annahme eines Finanzplandarlehens wendet sich das FA mit der Revision nicht. Es konzentriert seine Angriffe vielmehr auf die weiteren Würdigungen des FG, wonach die Darlehensgewährung aufgrund des Fehlens einer Tilgungsvereinbarung --trotz des Fehlens einer Klausel zum Ausschluss des gesetzlichen Kündigungsrechts-- langfristig angelegt gewesen sei und die Darlehen unentbehrlich für die Erreichung des Gesellschaftszwecks der V-GmbH gewesen seien, weil diese Gesellschaft ansonsten nicht in der Lage gewesen wäre, die Anteile an der O-GmbH zu erwerben. Diese Angriffe bleiben indes ohne Erfolg.
- 90** (1) In Bezug auf das Erfordernis der Vereinbarung eines Kündigungsausschlusses beruft sich das FA auf die Ausführungen im BFH-Urteil vom 25. Mai 2011 IX R 54/10 (BFH/NV 2011, 2029, Rz 28). Diese Passage bezieht sich indes ausschließlich auf die Fallgruppe des krisenbestimmten Darlehens, für das der BFH in dieser Entscheidung ausgesprochen hat, die Bindung trete hier bereits mit dem Verzicht auf eine ordentliche und außerordentliche Kündigung im Zeitpunkt der Krise ein. Demgegenüber ist für die Fallgruppe des Finanzplandarlehens nach der vorstehend unter b und c dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung maßgeblich, dass das Darlehen langfristig angelegt ist, was sich auch aus den objektiven Umständen der Darlehenshingabe ergeben kann.
- 91** Soweit der IX. Senat des BFH im Urteil vom 7. Dezember 2010 IX R 16/10 (BFH/NV 2011, 778, Rz 30 f.) auch unter dem Gesichtspunkt eines Finanzplandarlehens ausgeführt hat, ein solches Darlehen sei seiner Bestimmung nach nicht einseitig vom Gesellschafter kündbar, war in dem dortigen Darlehensvertrag ein ausdrückliches Recht des Gesellschafters sowohl zur ordentlichen als auch zur außerordentlichen Kündigung aufgenommen worden. Ferner hatte die Gesellschaft dem Gesellschafter Sicherheiten bestellt und eine Verzinsung weit über dem Kapitalmarktsatz zugesagt. Vor diesem Hintergrund versteht der Senat die in der genannten Entscheidung enthaltene Aussage des IX. Senats zur fehlenden Kündbarkeit zwar als Hinweis auf eine starke Indizwirkung dieses Umstands, aber nicht als notwendige Voraussetzung (so nun auch BFH-Urteil vom 11. Oktober 2017 IX R 29/16, BFH/NV 2018, 451, Rz 25).
- 92** (2) Vorliegend enthielt der Darlehensvertrag keine Vereinbarungen über Kündigungsmöglichkeiten oder Tilgungsfristen. Zwar waren damit grundsätzlich die gesetzlichen Vorschriften über die Kündigung von Darlehen mit dreimonatiger Frist (seinerzeit noch § 609 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) anzuwenden. Das FG hat den Sachverhalt aber dahingehend gewürdigt, dass der Kläger, der nicht über juristische Vorkenntnisse verfügt habe, den Darlehensvertrag "anscheinend" selbst aufgesetzt habe, so dass unklar sei, ob er sich der Existenz eines gesetzlichen Kündigungsrechts überhaupt bewusst gewesen sei. Vor allem aber habe es u.a. aufgrund der persönlichen Anhörung des Klägers in der mündlichen Verhandlung den Eindruck gewonnen, dass der Darlehensvertrag nach den Vorstellungen des Klägers nicht habe gekündigt werden können und sollen. Eine Kündigung sei schon faktisch ausgeschlossen gewesen, weil dann der Gesellschaftszweck der V-GmbH mangels finanzieller Ausstattung nicht mehr hätte erreicht werden können; ein fremder Ersatz-Darlehensgeber sei nicht in Betracht gekommen. Darüber hinaus habe der Kläger am Fortbestand der O-GmbH ein erhebliches Interesse gehabt, da sie sein Lebenswerk gewesen sei. Dem wäre eine Kündigung des Darlehens zuwider gelaufen, zumal der Kläger keine Aussicht gehabt hätte, die Darlehensvaluta zurückzuerlangen.
- 93** cc) Diese ausführliche tatrichterliche Würdigung ist nicht zu beanstanden, zumal auch das FA keine konkreten Angriffe gegen die einzelnen vom FG herangezogenen Gesichtspunkte vorbringt. Der vom IX. Senat des BFH grundsätzlich geforderte Ausschluss der einseitigen Kündigung durch den Gesellschafter kann sich nicht nur aus formalrechtlichen Vereinbarungen, sondern auch --wie hier vom FG vorgenommen-- aus einer Würdigung der objektiven Umstände des Einzelfalls ergeben.
- 94** Soweit das FA im Revisionsverfahren gegen die Annahme eines faktischen Kündigungsausschlusses anführt, die V-GmbH habe ursprünglich erwartet, aus ihrer Beteiligung an der O-GmbH Erträge erzielen zu können, steht dies der vom FG vorgenommenen Würdigung nicht entgegen. Denn die Erwartung, bei gutem Verlauf der Geschäfte Erträge erzielen zu können (und daraus möglicherweise die Darlehenszinsen und gewisse Tilgungsleistungen erbringen zu können), schließt es nicht aus, gleichwohl für den Fall, dass die Geschäfte --wie tatsächlich eingetreten-- einen schlechten Verlauf nehmen sollten, von einem faktischen Verzicht auf das Kündigungsrecht auszugehen.
- 95** dd) Auch die Angriffe des FA gegen die weitere Würdigung des FG, die Darlehen seien jedenfalls nach der Vorstellung des Klägers für die Verwirklichung der Ziele der V-GmbH unentbehrlich gewesen, bleiben ohne Erfolg.

- 96** Das FA bringt insoweit vor, das FG habe nur Mutmaßungen zur Unentbehrlichkeit angestellt. Tatsächlich habe die Bestimmung der Höhe des Anteilskaufpreises im Belieben des Klägers gelegen.
- 97** Der Senat versteht diesen Einwand des FA dahingehend, dass das Darlehen für den Fall, dass der Kläger mit der V-GmbH für den Verkauf der Anteile an der O-GmbH lediglich einen Kaufpreis von 1 Mio. DM vereinbart hätte, nicht erforderlich gewesen wäre. Indes handelt es sich dabei um einen hypothetischen Sachverhalt. Das FA legt selbst nicht dar, dass ein Anteilskaufpreis in einer derart geringen Höhe, die einen Verzicht auf eine teilweise bzw. überwiegende Darlehensfinanzierung ermöglicht hätte, überhaupt angemessen wäre. Wie in anderem Zusammenhang noch darzulegen sein wird (vgl. unten 6.a), bestehen revisionsrechtlich keine Bedenken gegen die Angemessenheit der im Jahr 1996 getroffenen Vereinbarung über die Höhe des Anteilskaufpreises. Im Übrigen lag die Bestimmung des Anteilskaufpreises nicht im Belieben des Klägers. Vielmehr hatte er aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit mit beiden Gesellschaften die Grundsätze über verdeckte Gewinnausschüttungen sowie verdeckte Einlagen zu beachten.
- 98** ee) Ferner vertritt das FA die Auffassung, ein Darlehen, das der teilweisen Kreditierung eines Anteilskaufpreises diene, könne kein Finanzplandarlehen sein. Es beruft sich hierfür auf die entsprechende Formulierung im Urteil des FG Düsseldorf vom 23. Juli 2009 16 K 3510/08 E (EFG 2009, 1830, rechtskräftig).
- 99** Dem kann der Senat nicht folgen. Diese Einschränkung des Begriffs des Finanzplandarlehens wird weder vom FG Düsseldorf begründet noch finden sich hierfür in der BFH-Rechtsprechung Anhaltspunkte. Gegenstand der V-GmbH war der Erwerb und das Halten der Beteiligung an der O-GmbH; für die Ingangsetzung dieses Geschäftsbetriebs benötigte die V-GmbH aber das Gesellschafterdarlehen.
- 100** Im Übrigen handelte es sich bei dieser Formulierung des FG Düsseldorf um eine nicht tragende, eher beiläufige Erwägung. Tragend war für jene Entscheidung die Auffassung, das zivilrechtliche Eigenkapitalersatzrecht sei schon deshalb nicht anwendbar, weil der dortige Steuerpflichtige mit weniger als 10 % am Stammkapital beteiligt gewesen sei. Außerdem hat das FG Düsseldorf darauf abgestellt, dass sich der Steuerpflichtige ein ausdrückliches Recht zur außerordentlichen Kündigung des Darlehens im Krisenfall hatte einräumen lassen.
- 101** e) Darüber hinaus rügt das FA, das FG hätte sich nicht auf die Beurteilung des ursprünglichen Darlehensbetrags beschränken dürfen, sondern sich auch mit den nachträglich zur Verfügung gestellten Aufstockungsbeträgen befassen müssen. Wenn Darlehen zu unterschiedlichen Zeitpunkten gewährt würden, müsse ggf. auch differenzierend beurteilt werden, ob sie kapitalersetzend seien.
- 102** aa) Indes diene der größte Teil der späteren Darlehensaufstockungen der am 13. August 1997 geleisteten Restzahlung auf den Anteilskaufpreis. Auch wenn das FG-Urteil hierzu keine ausdrücklichen Ausführungen enthält, ist der Zweck dieser Restkaufpreiszahlung (und Darlehensgewährung) nicht anders zu behandeln als derjenige der Zahlung und Kreditierung der ersten Rate des Anteilskaufpreises, mit der das FG sich ausführlich befasst hat. Anhaltspunkte dafür, dass sich zu diesem Zeitpunkt die wirtschaftliche Lage der V-GmbH oder die Interessenlage des Klägers entscheidend verändert hätte, hat auch das FA nicht vorgetragen.
- 103** bb) Die verbleibenden Beträge, um die das Darlehen aufgestockt worden ist, betreffen ganz überwiegend die jährlich aufgelaufenen Zinszahlungsverpflichtungen der V-GmbH gegenüber dem Kläger. Diese wurden jeweils dem Darlehensbetrag zugeschlagen. In Bezug auf die danach noch verbleibenden --kleineren-- Darlehensaufstockungsbeträge hat das FG zwar nicht festgestellt, wofür die V-GmbH diese Zahlungen benötigt hat. Sie entsprechen aber näherungsweise den sonstigen Aufwendungen, die der V-GmbH ausweislich ihrer Jahresabschlüsse neben den Schuldzinsen noch entstanden sind. Auch der Kläger hatte in der mündlichen Verhandlung vor dem FG vorgetragen, diese Darlehensteilbeträge hätten der Finanzierung der laufenden Aufwendungen der V-GmbH gedient.
- 104** Anhaltspunkte dafür, dass die V-GmbH sich diese Beträge anderweitig hätte beschaffen können, sind weder vom FA vorgetragen worden noch sonst erkennbar. Weil die V-GmbH angesichts der hohen und anhaltenden Verluste der O-GmbH keinerlei Einnahmen aus Gewinnausschüttungen in Aussicht hatte, kann für diese späteren Aufstockungsbeträge nichts anderes gelten als für den Ursprungsbetrag des Darlehens.
- 105** Im Übrigen hat das FG in seiner tatsächlichen Würdigung ausdrücklich die Pluralformulierung "die Darlehen" verwendet, auch wenn es in seiner Begründung entscheidend auf das Ursprungsdarlehen abgestellt und darüber hinaus jedenfalls ausdrücklich nicht näher differenziert hat.

- 106** 6. Mit revisionsrechtlich bedenkenfreien Erwägungen hat das FG auch die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 der Abgabenordnung --AO--) verneint.
- 107** a) Dies gilt zum einen im Hinblick auf den Erwerb der Beteiligung an der O-GmbH durch die V-GmbH im Jahr 1996, den das FA nun offenbar nachträglich als Gestaltungsmissbrauch ansehen will.
- 108** aa) Das FA hat hierzu bereits in der Einspruchsentscheidung ausgeführt, die Anteile an der O-GmbH seien auf die V-GmbH übergegangen, ohne dass tatsächlich Geld geflossen sei. Dies habe es dem Kläger ermöglicht, im Falle eines Sinkens des Werts der O-GmbH die Wertdifferenz als Verlust nach § 17 EStG geltend zu machen. Ferner habe der Kläger in Höhe der Darlehenszinsen fiktive Ansprüche gegen die V-GmbH begründet, deren tatsächlicher Ausgleich niemals vorgesehen gewesen sei. In der Revisionsbegründung hat das FA sein Vorbringen dahingehend ergänzt, dass der im Jahr 1996 vereinbarte Anteilskaufpreis zu hoch gewesen sei. So habe der Kläger in seiner Vermögensteuererklärung zum 1. Januar 1996 für seine Beteiligung an der O-GmbH lediglich einen Wert von 4,6 Mio. DM angegeben.
- 109** bb) Keines dieser Argumente ist geeignet, den im Jahr 1996 vorgenommenen Anteilsverkauf als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.
- 110** (1) Das FA irrt bereits mit seiner Annahme, erst dieser Anteilsverkauf habe es dem Kläger ermöglicht, bei einem weiteren Wertverfall der O-GmbH einen Verlust nach § 17 EStG geltend zu machen. Vielmehr wären die Voraussetzungen des § 17 EStG auch dann erfüllt gewesen, wenn der Kläger eine unmittelbare Beteiligung an der O-GmbH veräußert hätte.
- 111** (2) Hinsichtlich der Zinsansprüche lässt das Vorbringen des FA nicht erkennen, welches Steuergesetz mit der gewählten Vertragsgestaltung i.S. des § 42 AO "umgangen" werden sollte. Der Senat weist darauf hin, dass der Kläger die Zinseinnahmen in voller Höhe versteuert hat. Ein steuerlicher Vorteil der verzinslichen Darlehensgewährung und des späteren Verzichts auf die uneinbringlichen Zinsansprüche ist daher weder vom FA dargelegt noch sonst erkennbar.
- 112** (3) Bei dem Verweis auf die Vermögensteuererklärung des Klägers handelt es sich um neuen Tatsachenvortrag des FA, der im Revisionsverfahren grundsätzlich nicht berücksichtigt werden kann (§ 118 Abs. 2 FGO).
- 113** Abgesehen davon wäre auch dieser Vortrag nicht geeignet, Anhaltspunkte für einen Gestaltungsmissbrauch zu bieten. Der Wert nichtnotierter Anteile an Kapitalgesellschaften wurde nach den zum 1. Januar 1996 geltenden Regelungen für Zwecke der Vermögensteuer dergestalt ermittelt, dass als Vermögenswert der Einheitswert des Betriebsvermögens anzusetzen war (§ 11 Abs. 2 Satz 3 des Bewertungsgesetzes in der zum 1. Januar 1996 geltenden Fassung --BewG a.F.--). Für diesen Einheitswert waren wiederum grundsätzlich die Steuerbilanzwerte maßgeblich (§ 109 Abs. 1 BewG a.F.). Die Ertragsaussichten waren grundsätzlich nach dem sog. Stuttgarter Verfahren zu schätzen (Abschn. 4 ff. der Vermögensteuer-Richtlinien 1995). Indes boten weder die Steuerbilanzwerte noch das Stuttgarter Verfahren eine hinreichende Gewähr für ein am gemeinen Wert orientiertes Bewertungsergebnis. Vielmehr ergab sich im Durchschnitt ein um etwa ein Drittel zu geringer Wertansatz, allerdings bei von Zufälligkeiten abhängigen, erheblichen Schwankungen (ausführlich BFH-Beschluss vom 22. Mai 2002 II R 61/99, BFHE 198, 342, BStBl II 2002, 598, unter B.I.4.b bb, m.w.N.).
- 114** Im Übrigen war der zwischen dem Kläger und der V-GmbH vereinbarte Kaufpreis von bestimmten Kennzahlen der O-GmbH abhängig. Dies ist --auch wenn das FG insoweit keine Einzelheiten festgestellt hat-- jedenfalls ein weiteres Indiz gegen die vom FA behauptete Willkürlichkeit der Kaufpreisfindung.
- 115** cc) Vorliegend ist die Anteilsveräußerung des Jahres 1996 und die Angemessenheit der seinerzeitigen Kaufpreisvereinbarung intensiv durch eine Außenprüfung für jene Veranlagungszeiträume überprüft worden. Als Ergebnis dieser Prüfung wurde im Bp-Bericht ausgeführt, es hätten sich keine Erkenntnisse über einen unzutreffenden Kaufpreis oder einen Gestaltungsmissbrauch ergeben. Zwar bindet diese für den Veranlagungszeitraum 1996 vorgenommene Beurteilung das FA nicht für die Streitjahre. Allerdings hätte das FA substantiiert --und nicht nur durch Verweis auf von vornherein ungeeignete Erwägungen-- darlegen müssen, weshalb es sich nunmehr von seiner früheren und zudem in größerer zeitlicher Nähe zum damaligen Geschehen getroffenen Beurteilung lösen will.
- 116** b) Auch im Hinblick auf den Erwerb der Beteiligungen des Klägers an der V-GmbH durch N im Jahr 2001 und den späteren Rückerwerb der Beteiligung des N an der O-GmbH --die die V-GmbH zwischenzeitlich durch

Verschmelzung aufgenommen hatte-- durch den Kläger im Jahr 2003 hat das FG einen Gestaltungsmissbrauch in einer Weise verneint, die frei von revisionsrechtlichen Bedenken ist.

- 117** aa) Das FA bringt insoweit vor, die Veräußerung der Anteile an der V-GmbH im Jahr 2001 sei kein ernsthaftes Geschäft gewesen, sondern habe allein der Realisierung eines Veräußerungsverlusts durch den Kläger dienen sollen. Der Anteilskaufpreis von insgesamt 2 DM sei willkürlich zu niedrig festgelegt worden, da die V-GmbH schuldenfrei und das Stammkapital von 1 Mio. DM vollständig eingezahlt gewesen sei. Aufgrund des Rückerwerbs durch den Kläger im Jahr 2003 und des Gewinnbezugsrechts des Klägers für die Jahre 2001 bis 2003 sei wirtschaftlich alles beim Alten geblieben.
- 118** bb) Diese Argumente sind nicht geeignet, die vom FG vorgenommene Würdigung revisionsrechtlich in Frage zu stellen.
- 119** (1) Das FA behauptet zwar, der Anteilskaufpreis sei zu niedrig gewesen, erläutert aber nicht, welchen Anteilskaufpreis es stattdessen für angemessen erachtet. Solche Erläuterungen wären allerdings erforderlich gewesen, um Anhaltspunkte für einen Gestaltungsmissbrauch darzulegen. Allein der Verweis auf das im Jahr 1996 eingezahlte Stammkapital der V-GmbH führt nicht weiter, da dies im Streitjahr 2001 längst aufgezehrt war; das buchmäßige Eigenkapital der V-GmbH war sogar negativ. Der einzige aktive Vermögensgegenstand der V-GmbH bestand in ihrer Beteiligung an der weit überschuldeten O-GmbH, bei der eine sofortige Insolvenzantragspflicht nur durch die Gewährung hoher nachrangiger Gesellschafterdarlehen vermieden werden konnte.
- 120** (2) Das FG hat, nachdem es sowohl den N als auch die Buchhalterin der O-GmbH als Zeugen befragt sowie weitere Sachaufklärungsmaßnahmen durchgeführt hatte, festgestellt, dass der im Jahr 2003 vorgenommene Rückerwerb auf einem neuen Sachverhalt beruht habe. Anlass für den Rückerwerb sei der Umstand gewesen, dass es (erst) im Jahr 2003 wegen der anhaltend schlechten wirtschaftlichen Ergebnisse der O-GmbH sowie wegen unterschiedlicher Ansichten zu Personalfragen zu einem Zerwürfnis zwischen N --bei dem es sich im Verhältnis zum Kläger nicht um eine nahestehende Person gehandelt habe-- und dem weiterhin im Unternehmen präsenten Kläger gekommen sei. Diese nachvollziehbare Würdigung des FG hat das FA im Revisionsverfahren nicht in Zweifel ziehen können.
- 121** Die vom FA in den Vordergrund seiner Argumentation gestellte Vertragsklausel, nach der dem Kläger nach dem Rückerwerb die Gewinne der Jahre 2001 bis 2003 zustehen sollten, hatte --was den Vertragsparteien seinerzeit bereits klar gewesen sein muss-- keine wirtschaftliche Bedeutung. Die O-GmbH hatte in den genannten Jahren tatsächlich keine Gewinne erzielt; vielmehr sind nach den vorliegenden Jahresabschlüssen hohe Verluste angefallen. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass die Vertragsparteien angenommen haben könnten, die O-GmbH könne ein positives Ergebnis erzielt haben. Vielmehr waren gerade die schlechten wirtschaftlichen Ergebnisse der O-GmbH Anlass für das Zerwürfnis zwischen N und dem Kläger, das zum Rückerwerb geführt hat.
- 122** 7. Die Vorschrift des § 3c Abs. 2 EStG --als Teil der das sog. "Halbeinkünfteverfahren" umsetzenden Regelungen-- ist auf den im Jahr 2001 realisierten Verlust noch nicht anwendbar. Das FA hatte den Verlust aus dem Verkauf II unter Berufung auf § 3c Abs. 2 EStG nur zur Hälfte angesetzt. Das FG hat sich mit dieser Frage zwar nicht ausdrücklich befasst, aber im Ergebnis den gesamten Verlust aus dem Verkauf II und dem Darlehensverzicht zum Abzug zugelassen. Dies erweist sich als zutreffend.
- 123** a) Gemäß § 3c Abs. 2 Satz 1 EStG in der in den Streitjahren geltenden Fassung dürfen u.a. Betriebsvermögensminderungen, die mit den dem § 3 Nr. 40 EStG zugrunde liegenden Betriebsvermögensmehrungen oder Einnahmen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, bei der Ermittlung der Einkünfte nur zur Hälfte abgezogen werden, und zwar unabhängig davon, in welchem Veranlagungszeitraum die Einnahmen anfallen.
- 124** b) Dieses Abzugsverbot gilt gemäß § 52 Abs. 8a EStG in der für das Streitjahr 2001 geltenden Fassung erstmals für die Aufwendungen, die mit Erträgen in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, auf die § 3 Nr. 40 EStG erstmals anzuwenden ist. § 3 Nr. 40 EStG ist nach § 52 Abs. 4a Nr. 1 EStG in der für das Streitjahr 2001 maßgebenden Fassung erstmals anzuwenden für Gewinnausschüttungen, auf die bei der ausschüttenden Körperschaft der durch Art. 3 des Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (StSenkG 2001/2002) vom 23. Oktober 2000 (BGBl I 2000, 1433) aufgehobene Vierte Teil des KStG (Anrechnungsverfahren) nicht mehr anzuwenden ist. Die Vorschriften des früheren Anrechnungsverfahrens sind gemäß § 34 Abs. 10a Satz 1 Nr. 1 des KStG i.d.F. des StSenkG 2001/2002 (KStG 2001) letztmals für offene Gewinnausschüttungen anzuwenden, die in dem ersten Wirtschaftsjahr erfolgen, für das das KStG 2001 erstmals anzuwenden ist; dies ist das Jahr 2001 (§ 34 Abs. 1 KStG 2001).

- 125** c) Nach diesen Anwendungsregelungen gilt § 3 Nr. 40 EStG erstmals für offene Ausschüttungen, die dem Gesellschafter im Jahr 2002 zugeflossen sind. Dementsprechend besteht ein die Anwendung des § 3c Abs. 2 EStG eröffnender wirtschaftlicher Zusammenhang i.S. von § 52 Abs. 8a EStG mit solchen Gewinnausschüttungen auch erst für Aufwendungen des Jahres 2002. Für Aufwendungen, die schon im Jahr 2001 angefallen sind, besteht ein solcher Zusammenhang dagegen grundsätzlich nicht (ausführlich zum Ganzen BFH-Urteil vom 27. März 2007 VIII R 10/06, BFHE 217, 502, BStBl II 2007, 866).
- 126** 8. Da allein das FA, nicht aber auch der Kläger Revision eingelegt hat, kann offenbleiben, ob der Senat dem FG darin folgen könnte, dass sich der Verzicht des Klägers auf die ab dem 1. August 2001 im Betriebsvermögen entstandenen Forderungen gegen die V-GmbH (neu gewährter Darlehensteilbetrag von 10.000 DM und anteilige Zinsen von 71.690,71 DM) trotz des Umstands, dass der Kläger auch diesen Zinsbetrag als Einnahme aus Kapitalvermögen versteuert hat, nicht einkommensteuermindernd auswirken kann. Aus demselben Grund braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob das FG zu Recht nicht den gesamten Darlehensverzicht, sondern nur 99 % dieses Betrags berücksichtigt hat.
- 127** 9. Der Tenor des vorinstanzlichen Urteils ist dahingehend klarzustellen, dass der darin ausgewiesene Verlust für den Zeitraum der Betriebsaufspaltung in Höhe von ./ 6.514.033,88 DM nicht "zusätzlich" zu dem bereits vom FA aus dem Verkauf II ermittelten Verlust (./ 374.998,50 DM) anzusetzen ist, sondern an dessen Stelle tritt.
- 128** Der vom FG gebildete Urteilstenor ist insoweit nicht eindeutig. In den Entscheidungsgründen hat das FG aber ausgeführt, dass der genannte Verlust von ./ 6.514.033,88 DM "zusätzlich zu dem Verlust in Höhe von 249.999 DM aus der Veräußerung von 25 % der Geschäftsanteile" (Verkauf I) anzusetzen ist. Dies ist zutreffend, so dass auch der Urteilstenor in diesem Sinne auszulegen ist.
- 129** 10. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de