



## AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

**Köln • Berlin • Düsseldorf**

Dürener Straße 295  
50935 **Köln**

Fon 0221/47 43 440  
Fax 0221/47 43 499  
koeln@axis.de

Schlüterstraße 41  
10707 **Berlin**

Fon 030/40 50 29 50  
Fax 030/40 50 29 599  
berlin@axis.de

Heinrichstraße 155  
40239 **Düsseldorf**

Fon 0211 / 43 83 56 0  
Fax 0211 / 43 83 56 11  
duesseldorf@axis.de

**Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe**

### **BFH: Bürgschaft führt beim Aktionär nicht zu Anschaffungskosten**

Stand: 17.07.2008

Der BFH hat mit dem gestern veröffentlichten Urteil (2.4.2008, IX R 76/06) entschieden, dass die Gewährung eines Darlehens oder die Übernahme einer Bürgschaft für eine AG nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten der wesentlichen Beteiligung gem. § 17 EStG führt, wenn der Aktionär an der Gesellschaft nicht unternehmerisch beteiligt ist.

Nach § 17 Abs. 1 und 4 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft, wenn der Gesellschafter innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt war und er die Beteiligung in seinem Privatvermögen hielt. Entsprechendes gilt für die aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft entstehenden Verluste (BFH 12.12.2000, VIII R 22/92, BStBl II 2001, 385). Auflösungsverlust ist dabei der Betrag, um den die im Zusammenhang mit der Auflösung der Gesellschaft persönlich getragenen Kosten sowie die Anschaffungskosten den gemeinen Wert des zugeteilten oder zurückgezählten Vermögens der Kapitalgesellschaft übersteigen.

Nach Zivilrecht sind die Grundsätze über die Behandlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen oder ihnen gleichstehender Finanzierungshilfen auf eine AG sinngemäß anzuwenden, wenn der Darlehensgeber an ihr unternehmerisch beteiligt ist (BGH 26.3.1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381). Das setzt auch nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 32a Abs. 3 S. 2 GmbHG in der Regel einen Aktienbesitz von mehr als 25 Prozent voraus. Nur ausnahmsweise kann auch ein unterhalb der Sperrminoritätsgrenze liegender, aber nicht unbeträchtlicher Aktienbesitz die Annahme einer unternehmerischen Beteiligung als Grundlage für eine Finanzierungsfolgenverantwortung des betreffenden Aktionärs dann rechtfertigen, wenn der Aktienbesitz

- ihm in Verbindung mit weiteren Umständen Einfluss auf die Unternehmensleitung sichert und
- er ein entsprechendes unternehmerisches Interesse erkennen lässt.

Eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat oder eine Vorstandsfunktion genügen dafür nicht (BGH 9.5.2005, II ZR 66/03, DStR 2005, 1416).



Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist der Gesellschafter wie jeder Drittgläubiger zu behandeln. Das Einkommensteuerrecht respektiert die Entscheidung der Gesellschafter, der Gesellschaft nicht Eigenkapital, sondern Fremdkapital zur Verfügung zu stellen. Das objektive Nettoprinzip wird hier durch den Grundsatz eingeschränkt, dass Verluste in der Privatsphäre des Steuerpflichtigen einkommensteuerrechtlich nicht berücksichtigt werden.

Im Urteilsfall hatte der Gesellschafter weder einen Aktienbesitz von mehr als 25 Prozent noch liegen besondere Umstände vor, welche ihn in Verbindung mit seinem Aktienbesitz Einfluss auf die Unternehmensleitung der AG sicherten. Entgegen der Ansicht des FG Düsseldorf als Vorinstanz sind solche besonderen Umstände auch nicht darin zu sehen, dass er bereits für die Vorgängergesellschaft Bürgschaften übernommen hatte. Dies war eine GmbH, an der er ursprünglich zu 38 Prozent beteiligt war. Denn für den persönlichen Geltungsbereich der Eigenkapitalersatzregeln kommt es auf die Verhältnisse nach Kriseneintritt an.

Daher sind der Darlehensverlust und die Aufwendungen aus der Inanspruchnahme aus der Bürgschaft nicht als Anschaffungskosten der Beteiligung des Aktionärs zu berücksichtigen.

Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Steuerrecht,  
Rolfjosef Hamacher**

**Fon 0221/47 43 440  
Fax 0221/47 43 499  
hamacher@axis.de**

**Rechtsanwalt,  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,  
Dipl.-Betriebswirt Bernhard Fuchs**

**Fon 0211/43 83 560  
Fax 0211/43 83 5611  
fuchs@axis.de**

**Rechtsanwalt, Steuerberater,  
Dipl.-Finanzwirt Heinrich Bürmann**

**Fon 030/40502950  
Fax 030/405029599  
buermann@axis.de**

Die Ausführungen in dieser Publikation sollen einer allgemeinen Information dienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit kann aufgrund der Komplexität der behandelten Themen nicht erhoben werden; ebenso wird eine einzelfallbezogene Beratung hierdurch nicht ersetzt. Die Axer Partnerschaft übernimmt keine Haftung für die Folgen einer Verwendung dieser in der Publikation dargelegten Informationen.