

## **Zeitpunkt der Verrechnung des Auflösungsverlustes nach § 17 Abs. 4 EStG**

*WP/StB Armin Heßler / WP/StB Petra Mosebach, Heßler Mosebach AG, Rostock*

**Die Frage des Zeitpunktes der Berücksichtigung des Auflösungsverlustes nach § 17 Abs. 4 EStG bei Insolvenzen ist für betroffene Steuerpflichtige eminent wichtig. Eine frühzeitige Verrechnungsmöglichkeit im Jahr der Insolvenzeröffnung führt in vielen Fällen zu schnellen Liquiditätshilfen in Form von Steuererstattungen. Wird jedoch erst später, in der Regel nach Abschluss des Verfahrens verrechnet, muss im günstigen Fall für eine mehrjährige Periode auf die Liquidität verzichtet werden, im schlechten Fall steht gar kein verrechenbares steuerliches Einkommen mehr zur Verfügung. Der BFH lässt nur ausnahmsweise eine frühzeitige Verrechnung zu. Das FG Berlin hat im Rahmen eines Beschlusses zum Antrag auf Prozesskostenhilfe eine solche Ausnahme für möglich gehalten.**

### **I. Problemstellung**

Die Insolvenzhäufigkeit bei GmbHs betrug im Jahr 2004 nach Angaben von Destatis 2,3%. Eine Insolvenz führt bei den Gesellschaftern fast immer zum Totalausfall ihrer Investitionen. Neben dem eingezahlten Stammkapital werden in vielen Fällen auch eigenkapitalersetzende Darlehen und andere Gesellschafterleistungen gem. § 32a GmbHG, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangig behandelt, d.h. erst dann ausgezahlt, wenn sämtliche Gläubiger befriedigt worden sind. Da in den meisten Verfahren bereits die Gläubiger keine Zahlung erhalten oder nur eine geringe Quote ihrer Forderungen bedient wird, ist die Erstattung von Eigenkapital an die Gesellschafter einer insolvent gewordenen GmbH eher theoretischer Natur.

Aus steuerlicher Sicht kann der Verlust des Eigenkapitals nach § 17 Abs. 2, 4 EStG steuermindernd geltend gemacht werden. Strittig ist in der Rspr. die Frage, zu welchem **Zeitpunkt der Verlust verrechnet werden** kann. Infrage kommt das Jahr,

- in dem das Insolvenzverfahren **eröffnet** worden ist,
- in dem das Verfahren **abgeschlossen** worden ist, oder
- ein Jahr zwischen beiden Veranlagungszeiträumen.

Besonders für geschäftsführende Gesellschafter ist diese Frage von erheblicher Bedeutung. Für diese Personen bricht mit der GmbH häufig auch die persönliche Einkunftsquelle zusammen. Nicht selten ist der Geschäftsführer aufgrund persönlich übernommener Haftungsverhältnisse gezwungen, Insolvenz zu beantragen. Typischerweise haben Geschäftsführer bis kurz vor der Insolvenz ein Gehalt bezogen, das der LSt unterworfen wurde. Hier würde die Anerkennung des Verlustes im Jahr der Insolvenzeröffnung zu einer echten Steuerentlastung führen. Wird der Verlust jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt anerkannt, bleibt dieser oft steuerlich wirkungslos, weil keine steuerlich relevanten Einkünfte zur Verlustverrechnung zur Verfügung stehen.

Der BFH geht regelmäßig von einer Verlustberücksichtigung am Ende des Insolvenzverfahrens aus, lässt jedoch Ausnahmen zu. Das FG Berlin hat in einem Beschluss (09.06.2005 - 5 K 5063/05) eine solche Ausnahme anerkannt.

Die nachfolgend zitierten Urteile sind zur KO ergangen, die seit dem 01.01.1999 durch die InsO abgelöst worden ist. Aus Gründen der Aktualität wurde in den Zitaten das Wort Konkurs durch Insolvenz ersetzt.

### **II. Rechtsprechung und Verwaltung**

#### **1. Verlustberücksichtigung bei Abschluss der Liquidation**

Mit der genannten Fragestellung hat sich der BFH mit Urteilen vom 25.01.2000 (VIII R 63/98, sj 0401 2300) und vom 12.12.2000 (VIII R 36/97, BFH/NV 2001 S. 761) beschäftigt. Ohne etwas

Neues hinzuzufügen, übernimmt die Finanzverwaltung über weite Passagen wortgleich die Grundsätze dieser BFH-Urteile (vgl. OFD Frankfurt/Main, Verfügung v. 19.07.2005 - S 2244 A - 19 - St II 2.05 / S 2244 A - 21 - St II 2.05, sj 0520 1011).

Nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 4 EStG wird der Verlust bereits mit Auflösung der Gesellschaft realisiert. Gem. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ist eine GmbH mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst. Entgegen dem Gesetzeswortlaut erweitert der BFH die Voraussetzungen für den Zeitpunkt der Verlustverrechnung. Das Gesetz bezieht sich nur auf die Auflösung der Gesellschaft, die gem. § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist. Anders die Rspr. des BFH, danach setzt *"die Entstehung eines nach § 17 Abs. 4 EStG zu berücksichtigenden Auflösungsverlustes (...)* neben der zivilrechtlichen Auflösung der Gesellschaft weiter voraus, dass der wesentlich beteiligte Gesellschafter mit Zuteilungen und Rückzahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen nicht mehr rechnen kann; es muss ferner feststehen, ob und in welcher Höhe noch nachträgliche Anschaffungskosten anfallen werden sowie welche im Rahmen des § 17 Abs. 2 EStG zu berücksichtigende Aufgabekosten der Gesellschafter noch zu tragen hat. Diese Voraussetzungen sind ... im Fall der Auflösung mit anschließender Liquidation regelmäßig erst im Zeitpunkt des Abschlusses der Liquidation erfüllt" (vgl. BFH, Urteil v. 12.12.2000, a.a.O.).

## 2. Frühere Verlustberücksichtigung

Insolvenzverfahren dauern in vielen Fällen fünf Jahre und länger. Nach Auffassung des BFH hat in dieser langen Periode der betroffene Steuerpflichtige in der Regel keine Möglichkeit, verlorenes Vermögen steuerlich geltend zu machen. Allerdings lässt der BFH Ausnahmen von dieser strengen Regel zu.

Ausnahmsweise kann der Zeitpunkt, in dem der Veräußerungsverlust realisiert wird, bereits vor Abschluss der Liquidation liegen, wenn mit einer wesentlichen Änderung des bereits festgestellten Verlustes nicht mehr zu rechnen ist. Diese Ausnahme soll jedoch bei einem Insolvenzverfahren regelmäßig nicht gegeben sein. Vielmehr soll hier streng das Realisationsprinzip Anwendung finden. Anders als nach dem Postulat des § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB, das Verluste bereits dann anerkennt, wenn sie nur hinreichend wahrscheinlich sind, verdringt der BFH diesen Grundsatz, in dem er ausführt, nur sichere Verluste sind steuerlich anzuerkennen. Diese Sicherheit ist in der Regel erst mit Abschluss des Verfahrens gegeben (BFH, Urteil v. 12.12.2000, a.a.O., II.3.). Die zur Ermittlung des Veräußerungsgewinnes prinzipiell anzuwendenden Gewinnermittlungsvorschriften des § 4 EStG, die im Wesentlichen mit den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsgemäßer Gewinnermittlung übereinstimmen, werden an dieser Stelle negiert. Daher nennt der BFH die zur Ermittlung des Veräußerungsgewinnes /-verlustes anzuwendenden Grundsätze "Gewinnermittlung eigener Art" (vgl. Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 17 EStG, Rz. 166).

An die ausnahmsweise **Berücksichtigung des Verlustes** vor Abschluss des Insolvenzverfahrens stellt der BFH hohe Anforderungen. Sie kommt nur dann infrage, wenn schon vor Abschluss der Liquidation aufgrund des Inventars und der Insolvenzeröffnungsbilanz oder einer Zwischenrechnung des Insolvenzverwalters ohne weitere Ermittlungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen ist, dass das Vermögen der Gesellschaft zu Liquidationswerten die Schulden nicht decken wird und ein Zwangsvergleich ausgeschlossen erscheint (BFH, Urteil v. 12.12.2000, a.a.O., II.4.).

Nach dem vom BFH aufgestellten Grundsatz muss weiterhin feststehen, ob und in welcher Höhe **nachträgliche Anschaffungskosten** anfallen. Hiermit sind in der Regel eigenkapitalersetzende Darlehen gemeint. Deren Feststellung dürfte noch relativ einfach sein. In der Praxis erfüllen in den meisten Fällen alle in der Gesellschaft befindlichen Mittel der Gesellschafter die Voraussetzungen, um schon per Gesetz als nachrangig behandelt zu werden (§ 32a GmbHG). Schwieriger sind vom Insolvenzverwalter geltend gemachte Ansprüche der Gesellschaft aus §§ 30, 31 GmbHG zu beurteilen. Häufig sind Insolvenzverwalter bemüht, über diesen Weg Mittel von den Gesellschaftern zurückzuerhalten, was zu langwierigen Verfahren führt. Dadurch dürfte in einer Vielzahl von Fällen eine vorzeitige Verlustverrechnung nicht möglich sein. Kennzeichnend für solche Fälle, zu denen auch Ansprüche aus der Verpflichtung zur Aufbringung des Stammkapitals zählen, ist, dass sich diese Mittel nicht in der Gesellschaft befinden, sondern vom Verwalter erst zur Masse gezogen werden müssen.

Die nach § 17 Abs. 2 EStG zu berücksichtigenden **Aufgabekosten**, die der Gesellschafter noch zu tragen hat, sind ebenfalls schwierig festzustellen. Auch diese Kosten werden sich erst im Laufe des Verfahrens konkretisieren und stehen damit einer vorzeitigen Verlustverrechnung im Wege.

### III. Kritik an der Auffassung des BFH

Der Vorwurf einer gewissen Verkennung der Wirklichkeit kann dem VIII. Senat des BFH nicht erspart bleiben. Sein tragendes Argument für die regelmäßige Berücksichtigung des Verlustes am Ende der Liquidationsperiode ist die Möglichkeit, dass sich der Verlust des Gesellschafters durch Zuteilungen oder quotale Befriedigung vermindert. Tatsächlich sind solche Fälle extrem selten. Viele Verfahren werden mangels Masse erst gar nicht eröffnet, andere tragen gerade die Kosten des Verfahrens. Wird Masse verteilt, so erhalten in der Mehrzahl der Fälle die Gläubiger nur eine kleine Quote. Eine Vollbefriedigung der Gläubiger ist kaum vorstellbar. Der Schaden für Gläubiger aus Insolvenzen wird für 2003 auf 40,5 Mrd. € geschätzt (Creditreform Wirtschafts- und Konjunkturforschung, 04.12.2003). Erst nach vollständiger Befriedigung der Gläubiger kommen die Gesellschafter zum Zuge, falls dann noch Vermögen vorhanden ist.

Anders, als der BFH dies verstehen will, dürfte in der Praxis der Ausnahmefall i.S.d. Urteils vom 12.12.2000 (a.a.O., II.4.) die Regel sein. Bereits zu Beginn des Insolvenzverfahrens steht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit fest, dass die Gesellschafter keine Zuteilung erhalten werden. Betriebliche Vermögensgegenstände haben unter Fortführungsgesichtspunkten in der Regel einen höheren Wert. Aus ihrem technischen und wirtschaftlichen Zusammenhang gerissen, müssen funktionierende Anlagen häufig zu einem Bruchteil des Bilanzwertes veräußert werden. Allenfalls bei Immobilien in guter Lage ist denkbar, dass sich aus diesen - befreit von ihrer betrieblichen Funktion - beim Verkauf ein höherer Wert erzielen lässt. In diesen Fällen werden sich jedoch starke Gläubiger, wie z.B. Banken, längst Sicherungen eingetragen lassen haben, so dass Erlöse aus solchen Verkäufen insolvenzrechtlich abgesondert werden. Die immer stärkere Zunahme der Finanzierung durch Leasing führt außerdem oft zu massearmen Verfahren.

Rechtstaatlich ließe sich die Position des BFH mit zwei Argumenten stützen: Zum einen besteht die Gefahr des Steuerausfalls, wenn dem Steuerpflichtigen ein zu hoher Verlust anerkannt würde. Einer späteren Korrektur und Rückforderung könnte die klienteltypische unsichere finanzielle Basis im Wege stehen. Der zweite, wohl wichtigere Grund ist die Verwaltungsökonomie: *"...weil damit der oft erhebliche Aufwand einer Ermittlung und Bewertung des Gesellschaftsvermögens durch die Beteiligten und Prognosen über den vermutlichen Ausgang des Insolvenzverfahrens vermieden werden."* (BFH, Urteil v. 12.12.2000, a.a.O., II.3.). Der Finanzverwaltung soll die Beschäftigung mit dem Fall in einem Zuge ermöglicht werden. Bei einer frühzeitigen Verlustberücksichtigung könnte noch eine Reihe von Änderungsbescheiden notwendig werden.

Diesen beiden Argumenten ist das Recht des Steuerpflichtigen gegenüberzustellen. Die Verlustverrechnungsmöglichkeit des § 17 Abs. 4 EStG ist kein Goodwill des Gesetzgebers, kein Steuerschlupfloch und keine Steuersubvention, sondern die Konsequenz aus der Tatsache, dass im Gegenzug Gewinne versteuert werden. Gerade kleinere Mittelständler erleiden einen für ihre Verhältnisse erheblichen finanziellen Einbruch, wenn ihre tragende Erwerbssäule zusammenbricht. In diesem Kreis ist oftmals Identität zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer anzutreffen. Existenzielle Notlagen nach Insolvenzen sind in solchen Verhältnissen eher die Regel als die Ausnahme.

In der beschriebenen Situation der Verwaltungsökonomie den Vorzug zu geben, ist nicht nur aus sozialstaatlicher Sicht bedenklich.

Die Frage des Steuerausfalls wird sich nur in extrem seltenen Fällen stellen. Zum einen wäre die Finanzverwaltung in der Lage, im Jahr der Eröffnung des Verfahrens nur den sicheren Verlust anzuerkennen. Dies dürfte zweifelsfrei der Verlust des Stammkapitals sowie der hingegebenen eigenkapitalersetzenden Darlehen sein. Sollte es im Laufe des Verfahrens zu Änderungen kommen - in aller Regel nur in Richtung Verlusterhöhung - könnten diese am Ende des Verfahrens in einem Änderungsbescheid anerkannt werden. Hier besteht die Möglichkeit, über § 165 AO den ursprünglichen Bescheid vorläufig zu erteilen, wenn nicht ohnehin § 175 AO anzuwenden ist.

### IV. Beschluss des FG Berlin

Das FG Berlin hatte in einem Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe über folgenden Fall zu entscheiden:

Der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH mit einem Stammkapital i.H.v. 25 000 €, an dem er zu 40% beteiligt war, meldete im Jahr 2003 Insolvenz an. Das Verfahren wurde noch im

gleichen Jahr eröffnet. Bis zur Insolvenzeröffnung bezog der Geschäftsführer Gehalt, das der LSt unterworfen worden war. Neben einer weiteren natürlichen Person waren an der Gesellschaft Kapitalgeber offen sowie still beteiligt. In seiner ESt 2003 machte der Gesellschafter-Geschäftsführer den Verlust des Stammkapitals sowie den Verlust eines hingegebenen Gesellschafterdarlehens gem. § 17 Abs. 4 i.V.m. § 3c Abs. 1 und § 3 Nr. 40 EStG geltend. Das FA lehnte die Verrechnung des Verlustes mit den positiven Einkünften unter Bezugnahme auf die oben aufgeführten Urteile ab. Der Einspruch blieb erfolglos. Zusammen mit der eingereichten Klage wurde Antrag auf Prozesskostenhilfe gestellt.

Mit Beschluss vom 09.06.2005 hat das FG Berlin (5 K 5063/05) dem Antrag auf Prozesskostenhilfe zugestimmt. Der erkennende Senat hält es für nicht ausgeschlossen, dass der Auflösungsverlust bereits im Streitjahr zu berücksichtigen ist. Er stützt sich dabei auf die o.g. BFH-Urteile. Nach Darlegung der Begründung des BFH zu den Ausnahmefällen kommt das Gericht zu dem Schluss, dass vieles dafür spricht, dass die Voraussetzungen im Streitfall vorliegen.

## **V. Fazit**

Die Entscheidung des FG Berlin ist zu begrüßen. Es trägt weit eher der derzeitigen wirtschaftlichen Lage Rechnung, als dies der BFH tut. Das Auffällige an diesem Fall ist das Unauffällige. Aus Sicht der Praxis liegt eine ganz gewöhnliche Insolvenz vor. Besonders in der kurz aufblühenden und dann schwer gestürzten New Economy prägen solche Insolvenzmuster das Geschehen. Die Vorstellung des BFH, dass die Verlustverrechnung zu Beginn des Verfahrens die absolute Ausnahme darstellt, passt nicht in die Wirklichkeit. Eine Aktualisierung seiner Auffassung auf der Basis empirischer Erfahrungen wäre angebracht