
Datum: 15.08.2007
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 4. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 K 1873/04
ECLI: ECLI:DE:FGK:2007:0815.4K1873.04.00

Tenor:

Der Einkommensteueränderungsbescheid 2001 vom 31.10.2003 wird dergestalt geän-dert, dass die Einkommensteuer 2001 in Höhe von 0,00 DM festgesetzt wird. Die Ein-spruchsentscheidung vom 12.03.2004 wird aufgehoben.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kostenentscheidung ohne Sicherheitsleistung vorläufig voll-streckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinter-legung in Höhe des Kostenerstattungsanspruchs des Klägers abwenden, soweit nicht der Kläger zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Tatbestand

1

Streitig ist die Berücksichtigung eines vom Kläger geltend gemachten Auflösungsverlustes gemäß § 17 Einkommensteuergesetz (EStG). Der Beklagte versagt eine Anerkennung dieses Verlustes, weil der Kläger lediglich mittelbar an der früheren J GmbH, später umbenannt in P GmbH beteiligt gewesen sei, da ein vom Kläger geltend gemachtes Treuhandverhältnis nicht anzuerkennen sei. Darüber hinaus vertritt der Beklagte die Ansicht, dass die von dem Kläger der P GmbH gewährten Darlehen nicht als nachträgliche Anschaffungskosten gemäß § 17 EStG angesehen werden können. Es handele sich weder um krisenbestimmte Darlehen noch um Finanzplandarlehen. Außerdem stehe § 32 a Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) einer Anerkennung der geltend gemachten Darlehensverluste als Anschaffungskosten entgegen. Da der Kläger selbst bei einer Anerkennung eines Treuhandverhältnisses lediglich mit 10 v. H. an der P GmbH beteiligt gewesen sei, und er auch nicht deren Geschäftsführer gewesen sei, griffen für ihn

2

die Regeln über den Eigenkapitalersatz nicht ein.

Nachdem das Finanzamt (FA) die Besteuerungsgrundlagen geschätzt hatte, erkannte es, 3
aufgrund einer nachträglich eingereichten Steuererklärung, in einem am 31.10.2003
erlassenen Teilabhilfebescheid lediglich einen erklärten Veräußerungsverlust nach § 17 EStG
in Höhe von 603.210,00 DM nicht an. Gegen diesen Bescheid legte der Kläger Einspruch und
nach erfolglosem Einspruchsverfahren Klage ein.

Der geltend gemachte Verlust resultiert aus dem Ausfall von Darlehen, welche der Kläger der 4
P GmbH gewährt hatte.

Am 1.12.1998 schloss der Kläger mit Frau E einen "Treuhandvertrag über einen 5
Geschäftsanteil an der noch zu gründenden J GmbH (später umbenannt in P GmbH)" ab.
Wegen des Inhalts des genannten Vertrags, auf den sich der Kläger erstmals im Rahmen
eines Erörterungstermins am 26.03.2007 berufen hat, wird auf Blatt 53 – 54 der
Gerichtsakten (GA) Bezug genommen.

Die P GmbH wurde am 22.12.1998 gegründet. Ihr Stammkapital betrug 50.000,00 DM. An 6
diesem Stammkapital waren bei Gründung die K GmbH mit 45.000,00 DM (90 %) sowie Frau
E mit 5.000,00 DM (10 %) beteiligt. Das Stammkapital der K GmbH betrug ebenfalls
50.000,00 DM. An dieser Gesellschaft waren die T GmbH in Höhe von 45.000,00 DM (90 %)
sowie der Kläger persönlich in Höhe von 5.000,00 DM (10 %) beteiligt. Das Stammkapital der
Firma T GmbH betrug ebenfalls 50.000,00 DM. Alleingesellschafter dieser Gesellschaft war
der Kläger persönlich. Frau E war sowohl Geschäftsführerin der P GmbH als auch der K
GmbH. Geschäftsführer der T GmbH war der Kläger persönlich.

Gegenstand des Unternehmens der P GmbH war die Beratung von Unternehmen und 7
Privatpersonen in allen technischen Fragen für Anlagen im Bereich der Computer- und
Telekommunikation und der Gebäudeleittechnik.

Am 05.01.1999 fand eine Gesellschafterversammlung der P GmbH (damals noch J GmbH 8
genannt) statt. Auf dieser Gesellschafterversammlung wurde ein Gesellschafterbeschluss
gefasst, in dem der Kläger sich verpflichtete, der P GmbH in der Zeit von Oktober bis
Dezember 1999 Darlehen in Höhe von insgesamt 574.000.- DM zu Verfügung zustellen. Die
zur Ausübung des Geschäftsbetriebs benötigten Darlehen sollten lediglich eingeschränkt
kündbar sein und deswegen gewährt werden, weil die Gesellschaft über keine Aktiva
verfügte, die außen stehenden Kreditgebern als Sicherheit hätten dienen können. Wegen des
Inhalts des Gesellschafterbeschlusses im Einzelnen wird auf die Steuerakten Bezug
genommen.

Ausweislich der Einkommensteuerakten des Klägers (Kopien der Bankauszüge) wurden 9
folgende Beträge von dem Kläger an die P GmbH überwiesen:

300.000 DM 28.10.1999 130.000 DM 02.11.1999 32.000 DM 12.11.1999 80.000 DM 10
30.11.1999 32.000 DM 29.12.1999 ----- 574.000 DM

Ausweislich der Gewinnermittlung der P GmbH für das Jahr 1999 betrug das von dem Kläger 11
dieser Gesellschaft zum 31.12.1999 gewährte Darlehen 578.210.- DM.

Außerdem hat der Kläger der P GmbH am 4.4.2001 ein Darlehen von 25.000.- DM gewährt 12
(eine Kopie des Darlehensvertrags wurde in der mündlichen Verhandlung vom 18.06.2007
überreicht).

Für jedes Darlehen wurde bei dessen Gewährung ein gesonderter Darlehensvertrag geschlossen. Alle Darlehensverträge beinhalteten nahezu identische Darlehensbedingungen. Danach waren die Darlehen unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Monat kündbar und mit Ablauf der Kündigungsfrist zurückzuzahlen. Eine Abrede über eine Verzinsung enthielten die im Jahr 1999 geschlossenen Darlehensverträge nicht. Der im Jahr 2001 abgeschlossene Darlehensvertrag bestimmte ausdrücklich, dass keine Verzinsung erfolgt. Während die im Jahr 1999 abgeschlossenen Verträge sowohl von Frau E als auch von dem Kläger unterschrieben sind, hat der Kläger den im Jahr 2001 geschlossenen Darlehensvertrag allein unterschrieben.	13
Am 30.11.1999 fand eine Gesellschafterversammlung der P GmbH statt. In dem Protokoll wurde festgehalten, dass der Kläger bis zu diesem Tag insgesamt 542.000,00 DM als Darlehen gewährt habe, und dass er auf die ihm bisher eingeräumte Kündigungsfrist von 1 Monat verzichte.	14
Des weiteren gab der Kläger am 30.12.1999 eine Subordinationserklärung ab, dass seine Forderungen hinter sämtliche Forderungen der anderen Gläubiger der P GmbH in der Weise zurückträten, dass Tilgung, Zinsen und Kosten auf die Forderung nur zu Lasten von Bilanzgewinnen, aus einem Liquidationsüberschuss oder aus dem die sonstigen Verbindlichkeiten der Schuldnerin übersteigenden Vermögen zu leisten seien.	15
Der Kläger legte eine Strafanzeige der Rechtsanwälte Q vom 24.03.2000 bei der Staatsanwaltschaft gegen Herrn H vor. Danach habe dieser in betrügerischer Absicht als Geschäftsführer der H GmbH mit der P GmbH am 7.10.1999 einen Vertrag abgeschlossen, wonach die H GmbH sich verpflichtet habe, für die P GmbH diverse ISB-Dienstleistungen zu erbringen, obwohl sie hierzu nicht in der Lage gewesen sei. Dies habe Herr H am 1.3.2000 gegenüber den Verantwortlichen der P GmbH auch eingeräumt. Eine von der P GmbH zum 01.11.1999 geleistete Vorauszahlung von 160.000,00 DM netto sei deswegen verloren gewesen. Den Gesamtschaden bezifferte die P GmbH in Höhe von ca. 1 Mio. DM. Die Betriebseinnahmen des Jahres 1999 setzten sich aus Umsatzerlösen in Höhe von 270.775,40 DM und einer Erhöhung des Bestands an fertigen und unfertigen Erzeugnissen in Höhe von 132.710,46 DM zusammen. Der Jahresfehlbetrag des Jahres 1999 belief sich auf 294.373,38 DM. Die bilanzielle Überschuldung betrug zum 31.12.1999 ./ 244.373,38 DM und zum 31.12.2000 ./ 1.169.898,38 DM. Im Jahr 2000 wurden Umsatzerlöse in Höhe von 984.967,09 DM erzielt. Das im Jahr 2001 von dem Kläger der P GmbH gewährte Darlehen diene zur Bezahlung von Prozesskosten, Löhnen und Sozialabgaben. Durch Beschluss vom 30.11.2001 wies das Amtsgericht in dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der P GmbH den Antrag der Schuldnerin auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mangels Masse ab.	16
Der Kläger vertritt die Ansicht, der von ihm erklärte Veräußerungsverlust in Höhe von 603.210,00 DM sei steuerlich zu berücksichtigen.	17
Da Frau E ihre Beteiligung lediglich treuhänderisch für ihn gehalten habe, sei er unmittelbar an der P GmbH beteiligt gewesen.	18
Bei den von ihm gewährten Darlehen handele es sich um Finanzplandarlehen, weil sie zur Erreichung der Unternehmensziele unerlässlich gewesen seien.	19
Die sog. "einzelnen Darlehensverträge" hätten keine neuen Darlehensverträge sein sollen, sondern lediglich der Belegnachweis für die Buchhaltung darüber, dass er persönlich die Gelder überwiesen habe. Der Gesellschafterbeschluss vom 5.1.1999 habe auf keinen Fall	20

umgangen werden sollen. Die sog. Darlehensverträge stellten Standardbelege dar, und seien von der Buchhaltung auch in anderen Fällen verwendet worden, um einen Beleg in den Fällen zu haben, in denen er eigenes Geld in eine seiner Firmen gesteckt habe. Aufgrund der Ausstattung der P GmbH sei allen Beteiligten klar gewesen, dass die gewährten Gelder kurzfristig auf keinen Fall hätten zurückgezahlt werden können und sollen. Zum Zeitpunkt der Bereitstellung der Darlehen habe sich die P GmbH zudem nach objektiven Kriterien bereits in der Krise befunden, weil der bis zu diesem Zeitpunkt erwirtschaftete Verlust von ca. 200.000,00 DM das Stammkapital von 50.000,00 DM um das vierfache überstiegen habe.

Die Krise der P GmbH sei durch das Fehlverhalten der H GmbH hervorgerufen worden. Mit dieser Firma sei am 7.10.1999 ein Vertrag geschlossen worden, wonach diese sich verpflichtet gehabt habe, für die P GmbH diverse ISB-Dienstleistungen zu erbringen. Schon Mitte Oktober 1999 sei den Verantwortlichen der P GmbH klar gewesen, dass die H GmbH die vereinbarten Leistungen nicht habe erbringen können. 21

Der Kläger beantragt, 22

den Einkommensteueränderungsbescheid 2001 vom 31.10.2003 dergestalt zu ändern, dass die Einkommensteuer 2001 in Höhe von 0,00 DM festgesetzt wird und die Einspruchsentscheidung vom 12.03.2004 aufzuheben. 23

Der Beklagte beantragt, 24

die Klage abzuweisen; hilfsweise, das Ruhen des Verfahrens anzuordnen, bis der BFH in dem Verfahren VIII R 34/05 über die Revision gegen das Urteil des FG Köln vom 21.04.2005, 10 K 1336/00, EFG 2005, 1195 und in dem Verfahren VIII R 66/05 über die Revision gegen das Urteil des FG Düsseldorf vom 17.10.2005, 11 K 2558/04 E, EFG 2006, 110 entschieden hat; äußerst hilfsweise, die Revision zuzulassen. 25

Der Beklagte macht geltend, der Kläger habe im Streitjahr keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG) erzielt. Er sei kein Einzelkaufmann sondern Angestellter gewesen. Eine Anerkennung von Verlusten aus Gewerbebetrieb käme nur dann in Betracht (weitere Voraussetzungen wären noch zu prüfen), wenn die Beteiligung an der P GmbH in einem Betriebsvermögen des Klägers gehalten worden wäre. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen. 26

Die Anerkennung eines Verlustes aus § 17 EStG scheitere daran, dass der Kläger nicht unmittelbar an der P GmbH beteiligt gewesen sei. Der im Erörterungstermin vorgelegte Treuhandvertrag vom 01.12.1998 könne steuerlich nicht berücksichtigt werden. Eine verdeckte Treuhand sei steuerlich nicht anzuerkennen. Dies folge aus § 54 EStDV; der Treuhandvertrag sei dem für die Besteuerung der P GmbH zuständigen FA nicht mitgeteilt worden. 27

Die Anerkennung eines Verlustes aus Gewerbebetrieb würde, so trägt der Beklagte weiter vor, zudem voraussetzen, dass eine entsprechende Gewinnermittlung vorgelegt würde. 28

Als der Kläger der P GmbH die Darlehen gewährt habe, habe sich diese noch nicht in einer Krise befunden. Dies ergebe sich aus der Strafanzeige der Rechtsanwälte Q gegen Herrn H vom 24.03.2000. Danach sei am 07.10.1999 mit der Firma H GmbH ein Vertrag geschlossen worden. Aufgrund dieses Vertrages habe die P GmbH u. a. am 01.11.1999 160.000,00 DM netto als Vorkasse zu zahlen gehabt. Zu diesem Zeitpunkt habe die P GmbH noch nicht gewusst, dass sie einem Betrüger aufgesessen sei. Dies sei der P GmbH erst im Jahr 2000 29

bekannt geworden. Zu diesem Zeitpunkt seien aber die Darlehen bereits zum überwiegenden Teil geflossen gewesen. Es handele sich bei den Darlehen auch nicht um Finanzplandarlehen, weil in den jeweiligen Darlehensverträgen eine Kündigungsfrist von lediglich einem Monat vereinbart worden sei. Die P GmbH und der Kläger hätten sich auch nicht an die in der Gesellschafterversammlung vom 05.01.1999 getroffene Vereinbarung gehalten. Nach dieser sei ein ordentliches Kündigungsrecht während einer Krise der Gesellschaft ausgeschlossen gewesen. Im Gegensatz hierzu sei in den einzelnen Darlehensverträgen jeweils eine Kündigungsfrist von einem Monat vereinbart worden. Da der Gesellschafterbeschluss vom 05.01.1999 nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei, könne er steuerlich nicht anerkannt werden. Dies ergebe sich aus den Grundsätzen, die für Verträge zwischen Angehörigen gelten.

Da der Kläger lediglich mit 10 v. H. an der P GmbH beteiligt gewesen und er auch nicht deren Geschäftsführer gewesen sei, griffen für ihn die Regeln über den Eigenkapitalersatz nicht ein. Das dieser Ansicht entgegenstehende Urteil des FG Düsseldorf vom 07.10.2005, 11 K 2558/04 E werde von der Verwaltung abgelehnt. 30

Auf eine Anfrage des Gerichts hat Frau E bestätigt, dass der Treuhandvertrag zwischen ihr und dem Kläger, wie vom Kläger behauptet, abgeschlossen worden sei. Der Grund für den Abschluss des Treuhandvertrages habe darin gelegen, dass der Kläger wegen einer Konkurrenzsituation mit Geschäftspartnern seine Beteiligung an der P GmbH nicht habe aufdecken wollen. 31

Die Steuerakten der P GmbH wurden beigezogen. Aus diesen ist lediglich erkennbar, dass zwischen der P GmbH und der T GmbH ein umsatzsteuerliches und gewerbesteuerliches Organschaftsverhältnis bestand. Darüber, ob Frau E ihre Beteiligung an der P GmbH lediglich treuhänderisch für den Kläger hielt, ergibt sich aus den Steuerakten der P GmbH nichts. 32

Entscheidungsgründe 33

Die Klage ist begründet. 34

Der geltend gemachte Auflösungsverlust ist in vollem Umfang anzuerkennen, weil der Kläger aufgrund des mit Frau E abgeschlossenen Treuhandvertrags unmittelbar an der P GmbH beteiligt war, es sich bei den vom Kläger gewährten Darlehen um Finanzplandarlehen handelte und die Vorschrift des § 32 a Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) schon deswegen im Streitfall einer Berücksichtigung des geltend gemachten Verlustes nicht entgegensteht, weil sie (zivilrechtlich und steuerrechtlich) auf Finanzplandarlehen keine Anwendung findet, und sie zudem für den Kläger als wirtschaftlichem Alleingesellschafter der P GmbH nicht einschlägig ist. 35

1. Nach § 17 Abs. 1 und Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes der im Veranlagungszeitraum 2000 geltenden Fassung - EStG - (die im Streitfall gemäß § 52 Abs. 34a EStG und § 34 KStG der im Veranlagungszeitraum 2001 geltenden Fassungen zur Anwendung gelangt) gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Auflösung von Kapitalgesellschaften, wenn der Gesellschafter innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft wesentlich beteiligt war und er die Beteiligung in seinem Privatvermögen hält. Entsprechendes gilt für die aus der Auflösung einer Kapitalgesellschaft entstehenden Verluste (vgl. z. B. Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 04.11.1997 VIII R 18/94, BFHE 184, 374, BStBl II 1999, 344 m. w. N.). 36

a) Der Kläger war wesentlich und unmittelbar an der P GmbH beteiligt.

Eine wesentliche Beteiligung ist gegeben, wenn der Veräußerer an der Gesellschaft zu mindestens 10 v. H. unmittelbar oder mittelbar beteiligt war (§ 17 Abs. 1 Satz 4 EStG). Für die Frage, ob die Grenze von 10 v. H. überschritten ist, sind zwar eine unmittelbare und eine mittelbare Beteiligung zusammen zu rechnen. Rechtlich relevant für eine Besteuerung nach § 17 EStG ist eine mittelbare Beteiligung allerdings nur dann, wenn auch eine unmittelbare Beteiligung vorliegt (vgl. hierzu Weber-Grellet in Schmidt EStG 26. Auflage § 17 EStG Rz. 67). 38

Im Streitfall war der Kläger zu mehr als 10 v. H. mittelbar an der P GmbH beteiligt, da die K GmbH 90 v. H. der Anteile an der P GmbH hielt und die K GmbH ihrerseits zu 10 v. H. dem Kläger und zu 90 v. H. der T GmbH gehörte, deren Alleingesellschafter der Kläger war. Der Kläger war aber auch unmittelbar an der P GmbH beteiligt. Unmittelbar ist jemand dann und insoweit an einer Kapitalgesellschaft beteiligt, als ihm deren Anteile gemäß § 39 der Abgabenordnung (AO) zuzurechnen sind (vgl. hierzu Weber-Grellet in Schmidt EStG 26. Auflage § 17 EStG Rz. 66). Gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO sind bei Treuhandverhältnissen Wirtschaftsgüter dem Treugeber zuzurechnen. Im Streitfall lag in Höhe von 10 v. H. ein Treuhandverhältnis an den Anteilen an der P GmbH vor. Denn aufgrund des zwischen dem Kläger und Frau E geschlossenen Treuhandvertrages vom 1.12.1998 hielt Frau E ihre Anteile an der P GmbH lediglich treuhänderisch für den Kläger. 39

Dieser Treuhandvertrag war zivilrechtlich wirksam. Zwar bestimmt § 15 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 GmbHG, dass eine Abtretung von Gesellschaftsanteilen durch Gesellschafter durch einen in notarieller Form geschlossenen Vertrag zu erfolgen hat und dass auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Gesellschaftsanteils begründet wird, der notariellen Form bedarf. Dieses Formerfordernis gilt aber nicht für einen Treuhandvertrag, der vor der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags geschlossen wird (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 19.04.1999, II ZR 365/97, NJW 1999, 2594). Im Streitfall wurde der Treuhandvertrag bereits am 1.12.1998 und damit vor der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags am 22.12.1998 geschlossen. Der Senat hat auch keine Zweifel daran, dass der vom Kläger vorgelegte Treuhandvertrag tatsächlich am 1.12.1998 abgeschlossen wurde. Denn Frau E hat den Abschluss dieses Treuhandvertrags gegenüber dem Gericht schriftlich bestätigt (Schreiben vom 08.06.2007, Blatt 106 GA). Beide Beteiligte haben daraufhin auf eine entsprechende Vernehmung der Frau E, die vom Gericht bereits als Zeugin geladen worden war, verzichtet. Da der Kläger und Frau E zwischenzeitlich auch ihre Zusammenarbeit beendet haben, und der Kläger Frau E sogar schriftlich darauf hingewiesen hat, dass der Verlust aus der Treuhandbeteiligung ihm und nicht ihr zustünde (Schreiben vom 25.04.2003, welches vom Kläger im Termin der mündlichen Verhandlung am 18.06.2007 vorgelegt wurde, vgl. Blatt 113 GA) ist die Zeugin E glaubwürdig und ihre schriftliche Bestätigung glaubhaft. 40

Zu Unrecht vertritt der Beklagte die Ansicht der vorgelegte Treuhandvertrag könne steuerlich nicht berücksichtigt werden. Der Beklagte macht hierzu geltend, eine verdeckte Treuhand sei steuerlich nicht anzuerkennen. Dies folge aus § 54 der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV); der Treuhandvertrag sei dem für die Besteuerung der P GmbH zuständigen Finanzamt (FA) nicht mitgeteilt worden. Dies ergäbe sich aus der Akte der P GmbH (St. Nr. 215/5917/0637). Nach § 54 EStDV seien die Notare verpflichtet, dem für die Besteuerung der Kapitalgesellschaft zuständigen FA u. a. beglaubigte Abschriften von Urkunden, die die Verfügung über Anteile an Kapitalgesellschaften zum Gegenstand hätten, vorzulegen. Sinn und Zweck dieser Regelung sei, dass das für die Besteuerung der 41

Kapitalgesellschaft zuständige FA jederzeit über den Gesellschafterbestand unterrichtet sei. Deshalb müsse eine gleiche Verpflichtung auch dann gelten, wenn aufgrund einer Treuhandvereinbarung ein Gesellschaftsanteil nicht mehr dem zivilrechtlichen Eigentümer, sondern einem Dritten als wirtschaftlichem Eigentümer zuzurechnen sei. Würde man eine verdeckte Treuhand anerkennen, würden die Ermittlungsmöglichkeiten des für die Besteuerung der Kapitalgesellschaft zuständigen FA in unzumutbarer Weise eingeschränkt.

Der Beklagte verweist hierzu auf das Urteil des Finanzgerichts (FG) Köln vom 21.04.2005 10 K 1336/00, EFG 2005, 1195. Gerade der vorliegende Fall zeige, dass das FG Köln zu Recht verdeckten Treuhandverhältnissen eine Anerkennung verweigert habe. 42

Im Streitfall kann das Argument des Beklagten schon deswegen nicht greifen, weil der Abschluss des vorgelegten Treuhandvertrags, wie oben ausgeführt, nicht formbedürftig war. Nach Ansicht des Senats enthält die Vorschrift des § 54 EStDV aber auch nur eine Anweisung an den beurkundenden Notar. Auswirkungen für die Rechtswirksamkeit eines Vertrages folgen aus dieser Vorschrift nicht. 43

Auch inhaltlich entsprach der vom Kläger vorgelegte Treuhandvertrag den Anforderungen, die der BFH für die Anerkennung einer Treuhand aufstellt (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 15.07.1997, VIII R 56/93, BFHE 183, 518,, BStBl II 1998, 152). Insbesondere enthielt er eine vollständige Weisungsgebundenheit des Treuhänders und dessen Verpflichtung zur jederzeitigen Rückgabe des Treuguts. 44

Das Treuhandverhältnis wurde auch tatsächlich vollzogen. Da der Kläger die Beteiligung an der P GmbH in seinem Privatvermögen hielt, genügte es, dass er in seiner Einkommensteuererklärung die zutreffenden Folgerungen zog (vgl. hierzu Kruse in Tipke/Kruse AO/FGO (Finanzgerichtsordnung) § 39 AO Rz. 40 m. w. N.). Hingegen war die vom Beklagten geforderte Vorlage einer Gewinnermittlung nicht erforderlich. Es ist auch unerheblich, dass aus den Steuerakten der P GmbH nicht erkennbar war, dass Frau E ihre Beteiligung treuhänderisch für den Kläger hielt. 45

Es gereicht dem Kläger auch nicht zum Nachteil, dass er den Treuhandvertrag mit Frau E erst in einem Erörterungstermin am 26.03.2007, und damit mehrere Jahre nach Klageerhebung, vorgelegt hat. Hierdurch verhielt sich der Kläger nicht treuwidrig. Denn das Verhalten des Klägers war nicht widersprüchlich. Die Vorlage des Treuhandvertrags stützte die von Beginn an vorgetragene Ansicht des Klägers, dass der Verlust aus der treuhänderischen Beteiligung von Anfang an ihm und nicht Frau E zustand. Allerdings hätte die späte Vorlage des Treuhandvertrags bei einer Abhilfe des Beklagten zu einer Kostentragungspflicht des Klägers geführt (§ 138 Abs. 2 Satz 2 FGO i. V. m. § 137 FGO). 46

b) Zu Recht hat der Kläger den ihm entstandenen Auflösungsverlust im Streitjahr 2001 und nicht in einem der beiden Vorjahre geltend gemacht. Denn die P GmbH wurde gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG erst mit Rechtskraft des Beschlusses vom 30.11.2001, mit dem das Amtsgericht in dem Insolvenzeröffnungsverfahren über ihr Vermögen ihren Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ablehnte, aufgelöst. Im Jahr 2000 erzielte die P GmbH noch Erlöse in Höhe von 984.967,09 DM. 47

2. Auflösungsgewinn ist der Betrag, um den der gemeine Wert des dem Steuerpflichtigen zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens die Anschaffungskosten übersteigt (§ 17 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 EStG). 48

Die Anschaffungskosten der Beteiligung des Klägers sind um den Nennwert der von dem Kläger zu Verfügung gestellten Darlehen zu erhöhen.

Zu den Anschaffungskosten einer Beteiligung gehören nach ständiger Rechtsprechung des BFH auch nachträgliche Aufwendungen auf die Beteiligung, wenn sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und weder Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen noch Veräußerungskosten sind. Unter diesen Umständen zählt zu diesen Aufwendungen auch die Wertminderung des Rückzahlungsanspruchs aus einem der Gesellschaft gewährten Darlehen (BFH Urteil vom 04.11.1997 VIII R 18/94, BFHE 184, 374, BStBl II 1999, 344).

a) Ein Darlehen ist durch das Gesellschaftsverhältnis u. a. dann veranlasst, wenn es von vornherein in die Finanzplanung der Gesellschaft in der Weise einbezogen ist, dass die zur Aufnahme der Geschäfte erforderliche Kapitalausstattung der Gesellschaft durch eine Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung erreicht werden soll. Solche von den Gesellschaftern gewährten "finanzplanmäßigen" Kredite zur Finanzierung des Unternehmenszwecks werden nach Gesellschaftsrecht den Einlagen gleichgestellt (sog. "gesplittete" Pflichteinlage, vgl. BFH Urteil vom 04.11.1997 VIII R 18/94, BFHE 184, 374, BStBl II 1999, 344 m. w. N.). Das gilt grundsätzlich für jede GmbH und unabhängig davon, ob die kapitalersetzende Finanzierung im Gesellschaftsvertrag niedergelegt ist; entscheidend ist, ob sich die planmäßige Gesellschafterfinanzierung aus einer Gesamtwürdigung des Gesellschaftsvertrages und/oder des Darlehensvertrages und der im Zeitpunkt des Abschlusses dieser Verträge vorliegenden Umstände ergibt (BFH Urteil vom 04.11.1997 VIII R 18/94, BFHE 184, 374, BStBl II 1999, 344 m. w. N.).

Liegt ein in diesem Sinne krisenunabhängiges Finanzplandarlehen vor, ist es nicht nur von vornherein --also mit seiner Hingabe-- gesellschaftsrechtlich als Haftkapital gebunden; es ist auch für die einkommensteuerrechtliche Beurteilung davon auszugehen, dass es mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wurde. Dementsprechend erhöhen sich im Falle seines Verlustes die Anschaffungskosten der Beteiligung nicht nur in Höhe seines Wertes im Zeitpunkt der Krise, sondern in Höhe seines Nennwertes (BFH Urteil vom 04.11.1997 VIII R 18/94, BFHE 184, 374, BStBl II 1999).

Auch bei den vom Kläger gewährten Darlehen handelt es sich um ein solche "Finanzplankredite". Für diese Beurteilung sprechen folgende Indizien (vgl. hierzu BFH Urteil vom 04.11.1997 - VIII R 18/94, BFHE 184, 374, BStBl II 1999 m. w. N.):

Die Darlehen waren für die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks unentbehrlich; die P GmbH hätte ohne den Kredit den beabsichtigten Aufbau ihres Geschäfts nicht in Angriff nehmen können. So hat die P GmbH mit Rechnung vom 21.10.1999 zwei Mail- und Webserver mit einem Anschaffungswert in Höhe von 116.000.- DM gekauft. Hierfür wurde das von dem Kläger am 28.10.1999 gewährte Darlehen von 300.000 DM benötigt. Außerdem hatte die P GmbH am 1.11.1999 an die H GmbH 160.000.- DM als Vorauskasse zu leisten. Auch diesen Betrag hätte die P GmbH ohne die von dem Kläger heraus gelegten Darlehen – das nächste Darlehen in Höhe von 130.000.- DM wurde deshalb am 2.11.1999 gezahlt - nicht bezahlen können. Zwar erzielte die P GmbH im Jahr 1999 Erlöse in Höhe von 270.775,40 DM. Diese wurden aber durch laufende Kosten aufgezehrt. Der Jahresfehlbetrag des Jahres 1999 betrug 294.373,38 DM.

Dies war auch der Grund warum unmittelbar nach Gründung die P GmbH am 22.12.1998 in einem Gesellschafterbeschluss am 5.1.1999 beschlossen wurde, dass der Kläger in den Monaten Oktober bis Dezember 1999 der P GmbH 574.000 DM zu Verfügung stellen sollte.

Ein außen stehender Kreditgeber hätte der P GmbH bei einem Stammkapital von 50 000.- DM zudem keinen Kreditrahmen von 600.000.- DM eingeräumt; die Gesellschaft war wegen fehlender Sicherheiten im Zeitpunkt ihrer Gründung und ihres ersten Geschäftsjahres für ein Darlehen in dieser Höhe nicht kreditwürdig. 56

Die Darlehen sollten erkennbar nicht nur einen vorübergehenden Geldbedarf ausgleichen. Zwar befand sich in allen Darlehensverträgen die Bestimmung, dass die Darlehen mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zurückgezahlt werden sollten. Bei wirtschaftlicher Betrachtung musste dem Kläger aber bewusst sein, dass eine derartige Rückzahlung der P GmbH nicht möglich sein würde, da diese Gesellschaft im Gründungsjahr Verluste erzielte und über kein nennenswertes Vermögen verfügte. Der Kläger hat zudem glaubhaft versichert, dass der Kündigungsfrist keine wirtschaftliche Bedeutung zukommen sollte und dass diese Klausel, ohne sein Zutun und ohne dass er dies bemerkt hätte, lediglich formularmäßig aufgenommen wurde. Für diese Behauptung des Klägers spricht auch die Tatsache, dass selbst bei dem im April 2001 abgeschlossenen Darlehensvertrag eine einmonatige Kündigungsfrist vereinbart wurde, obwohl dem Kläger bei Herausgabe des zuletzt genannten Darlehens von Anfang an klar sein musste, dass er sein Geld nie zurückerhalten würde. Für diese Beurteilung sprechen auch die Ausführungen im Gesellschafterbeschluss vom 5.1.1999, der von einer langfristigen Bindung der zu Verfügung gestellten Darlehen ausgeht. 57

Die Darlehen wurden zudem auch nicht zu marktüblichen Bedingungen gewährt. Denn ein Außenstehender Dritter hätte die Darlehen nicht ohne Vereinbarung eines bestimmten Zinses gewährt. Die von dem Kläger im Jahr 1999 abgeschlossenen Darlehensverträge enthielten überhaupt keine Vereinbarung über eine Verzinsung. In dem im Jahr 2001 abgeschlossenen Darlehensvertrag wird eine Verzinsung sogar ausdrücklich ausgeschlossen. 58

b) Da es sich bei den vom Kläger gewährten Darlehen in vollem Umfang um Finanzplandarlehen handelt, mag es dahingestellt bleiben, ob es sich bei ihnen zusätzlich um krisenbestimmte Darlehen handelte. Zwar wurden in dem Gesellschafterbeschluss vom 5.1.1999 die Kündigungsmöglichkeiten des Klägers stark eingeschränkt. So wurde ein außerordentliches Kündigungsrecht völlig und ein ordentliches Kündigungsrecht zumindest während einer Krise ausgeschlossen. Im Widerspruch zu diesem Gesellschafterbeschluss stehen aber die Bestimmungen in den einzelnen Darlehensverträgen, wonach für den Kläger die Möglichkeit bestand, die Darlehen innerhalb 1 Monats zu kündigen. Für die im Jahr 1999 hingegebenen Darlehen ist zudem zweifelhaft, ob sie in der Krise hingegeben wurden. Denn es ist nach Aktenlage unklar, wann genau Frau E und dem Kläger bewusst wurde, dass der mit der Firma H GmbH mit der P GmbH abgeschlossene Vertrag vom 7.10.1999 von der anderen Seite nicht erfüllt werden konnte. Das im Jahr 2001 hingegeben Darlehen wurde hingegen unzweifelhaft in der Krise hingegeben. Denn zu diesem Zeitpunkt war die P GmbH offenkundig zahlungsunfähig und überschuldet. 59

3. Die Vorschrift des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG steht einer Anerkennung des geltend gemachten Verlustes nicht im Wege. § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG bestimmt, dass die Regeln über den Eigenkapitalersatz nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter gelten, der mit 10 v. H. oder weniger am Stammkapital beteiligt ist. Sie könnte daher auf den Kläger Anwendung finden, der lediglich zu 10 v. H. unmittelbar an der P GmbH beteiligt und nicht deren Geschäftsführer war. 60

Die Vorschriften des Eigenkapitalersatzrechts finden aber auf Finanzplankredite keine Anwendung. Zwar geht der BFH bisher für die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe der Darlehensausfall eines Klägers seinen Auflösungsverlust erhöht, davon aus, dass auf der Grundlage einer Auslegung des Begriffs der (nachträglichen) Anschaffungskosten auf die 61

Beteiligung (vgl. § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG) Wertminderungen des Rückzahlungsanspruchs aus einem der Gesellschaft gewährten Darlehen nur zu berücksichtigen sind, wenn sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sind und, dass hierfür die Rechtsprechung des BGH zu kapitalersetzenden Darlehen zugrunde zu legen ist (vgl. BFH Urteil vom 13.07.1999 VIII R 31/98, BFHE 189, 390, BStBl II 1999, 724). Diese Rechtsprechung des BGH ist u. a. durch die Vorschrift des § 32a GmbHG kodifiziert worden.

Indes hat der BGH mit Urteil vom 28.06.1999 II ZR 272/98, NJW 1999, 2809 entschieden, dass der Finanzplankredit keine eigenständige Kategorie des Eigenkapitalersatzrechts ist. Die Vorschrift des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG findet deshalb auf Finanzplankredite keine Anwendung (vgl. Sieger/Aleth, Finanzplankredite: Stand der Rechtsprechung und offene Fragen, GmbHR 2000, 462). Kennzeichnend für den Finanzplankredit ist die Absicht der Beteiligten, einem formell als Fremdkapital ausgestellten Gesellschaftsdarlehen materiell Eigenkapitalcharakter zuzuweisen. Besteht aber auf Seiten des Gesellschafters die Absicht, das Gesellschafterdarlehen materiell als Eigenkapital zu gewähren, so fehlt es an dem Schutzbedürfnis, das unter anderem Grund für die Privilegierung gemäß § 32 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ist (vgl. Sieger/Aleth, Finanzplankredite: Stand der Rechtsprechung und offene Fragen, GmbHR 2000, 462).

Im Streitfall hindert die Vorschrift des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG noch aus einem weiteren Grund nicht die Berücksichtigung des geltend gemachten Verlustes. Diese Vorschrift ist auf den Kläger nicht anwendbar, weil er wirtschaftlich Alleingesellschafter der P GmbH war. Der Kläger war zudem gegenüber Frau E weisungsbefugt und hatte deshalb eine Stellung, welche der eines Geschäftsführers entsprach. Auf Geschäftsführer findet die Privilegierung des § 32a Abs. 3 Satz 2 GmbHG aber keine Anwendung.

Schließlich spricht gegen eine Anwendung der Vorschrift des § 32a Abs. 3 Satz 2 EStG im Streitfall, dass die Anbindung an das Kapitalersatzrecht der falsche Weg ist, die nachträglichen Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 EStG zu ermitteln. Während das Kapitalersatzrecht dem Gläubigerschutz dient, werden die Anschaffungskosten ermittelt, um einen Veräußerungsgewinn i. S. d. § 17 EStG zu ermitteln (so zutreffend FG Düsseldorf Urteil vom 17.10.2005 11 K 2558/04, EFG 2006, 110).

4. Es mag im Streitfall dahingestellt bleiben, in welcher genauen Höhe von dem Kläger Darlehen zu Verfügung gestellt wurden. Der Kläger hat für den Zeitraum von Oktober bis Dezember Darlehenszahlungen in Höhe von 574.000.- DM nachgewiesen und für das Jahr 2001 einen Darlehensvertrag über 25.000.- DM vorgelegt. Da der in dem angefochtenen Einkommensteueränderungsbescheid 2001 vom 31.10.2003 berücksichtigte Gesamtbetrag der Einkünfte lediglich 262.756.- DM beträgt, kann der geltende gemachte Darlehensverlust im Streitjahr 2001 lediglich in dieser Höhe berücksichtigt werden.

5. Das Gericht ist dem Antrag des Beklagten, ein Ruhen des Verfahrens anzuordnen nicht gefolgt. Da der Kläger den Treuhandvertrag vor Beurkundung des Gesellschaftsvertrags abschloss, und dieser Vertrag deshalb nicht beurkundungspflichtig war, steht § 54 EStDV einer Anerkennung des geltend gemachten Verlustes bereits aus diesem Grund nicht entgegen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von jenem, welcher dem Urteil des FG Köln vom 21.04.2005, 10 K 1336/00, EFG 2005, 1195 zugrunde lag. Das gegen das Urteil des FG Düsseldorf vom 17.10.2005 11 K 2558/04, EFG 2006, 110 angestrebte Revisionsverfahren ist für das vorliegende Verfahren schon deswegen ohne Bedeutung, weil die Vorschrift des § 32 Abs. 3 Satz 2 GmbHG auch wegen der beherrschenden Stellung des Klägers und wegen des Charakters der ausgelegten Darlehen als Finanzplankredite nicht einschlägig ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 151 Abs. 3, 155 FGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen (§ 115 Abs. 2 Nr. 1 FGO). Insbesondere hat die Sache keine grundsätzliche Bedeutung.