

# Beschluss vom 16. March 2012, IX B 142/11

## Auflösungsverlust i.S. von § 17 Abs. 1, 2 und 4 EStG

BFH IX. Senat

EStG § 17 Abs 4, EStG § 17 Abs 1, EStG § 17 Abs 2

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht , 04. May 2011, Az: 1 K 241/07

## Leitsätze

NV: Finanzierungsmaßnahmen eines Gesellschafters bilden nachträgliche Anschaffungskosten, wenn sie zu funktionalem Eigenkapital führen .

## Gründe

- 1 Die Beschwerde hat keinen Erfolg.
- 2 Soweit sich der Kläger und Beschwerdeführer (Kläger) auf Divergenz (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 2. Alternative der Finanzgerichtsordnung --FGO--) zur Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) beruft, fehlt es an der Herausarbeitung eines abstrakten Rechtssatzes des angegriffenen Urteils einerseits und eines solchen einer konkreten Rechtsprechung des BFH andererseits, die in grundsätzlicher Weise voneinander abweichen würden.
- 3 Nach neuerer Rechtsprechung des BFH (vgl. insbesondere Urteile vom 22. April 2008 IX R 75/06, BFH/NV 2008, 1994; vom 19. August 2008 IX R 63/05, BFHE 222, 474, BStBl II 2009, 5; vom 7. Dezember 2010 IX R 16/10, BFH/NV 2011, 778) rechnen Finanzierungshilfen eines Gesellschafters zugunsten seiner Gesellschaft zu den nachträglichen Anschaffungskosten, wenn sie funktionales Eigenkapital darstellen. Maßgebend dafür ist, ob ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem er der Gesellschaft als ordentlicher Kaufmann Eigenkapital zugeführt hätte (Krise), stattdessen ein Darlehen gewährt. Mit dem Ausdruck krisenbestimmtes Darlehen wird ebenso wie mit dem Finanzplandarlehen im Kern eine Situation bezeichnet, in der die Darlehensgewährung in der Weise in die Finanzplanung der Gesellschaft einbezogen ist, dass die zur Aufnahme der Geschäfte notwendige Kapitalausstattung durch eine Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung erreicht werden soll. Das Darlehen soll seiner Bestimmung nach in der Krise der Gesellschaft stengelassen werden; es ist nicht einseitig vom Gesellschafter kündbar. Ob es sich im Einzelfall in diesem Sinne um funktionales Eigenkapital handelt, hat das Finanzgericht (FG) aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Vorliegend wendet sich der Kläger gegen diese finanzgerichtliche Gesamtwürdigung. Dies kann die Revisionszulassung nicht rechtfertigen.
- 4 Gleiches gilt für den gerügten Sachaufklärungsmangel (§ 76 Abs. 1 FGO). Wie der Beklagte und Beschwerdegegner (das Finanzamt) zutreffend ausführt, ist nicht davon auszugehen, dass das finanzgerichtliche Urteil bei expliziter Einbeziehung des streitbefangenen Faxes des Klägers zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre. Zudem hat der Kläger sein Rügerecht dadurch verloren, dass er in der mündlichen Verhandlung die Berücksichtigung des übersandten Faxes nicht geltend gemacht hat. Bei verzichtbaren Verfahrensmängeln (§ 155 FGO i.V.m. § 295 der Zivilprozessordnung), zu denen auch die Verletzung der Sachaufklärungspflicht gehört, geht das Rügerecht nämlich schon durch das bloße Unterlassen einer rechtzeitigen Rüge verloren. Anders kann dies bei einem fachkundig vertretenen Verfahrensbeteiligten nur dann sein, wenn er aufgrund des Verhaltens des FG die Rüge für entbehrlich halten durfte. Hierfür ist im Streitfall nichts ersichtlich.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)