

Hybride Finanzinstrumente

Häuselmann

2019

ISBN 978-3-406-73789-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

legenden Zeitwert zu bewerten (IFRS 9.5.2.1(c))⁵⁸³. Die Wertänderungen sind unmittelbar in der GuV zu erfassen (IFRS 9.5.7.1)⁵⁸⁴. Die Ausschüttungen sind wie Dividenden nach IAS 18.30(c) dann erfolgswirksam zu erfassen, wenn ein Rechtsanspruch des Gläubigers auf Zahlung entstanden ist. Bei der Veräußerung oder Tilgung ist die Differenz zwischen letztem Buchwert und dem Kaufpreis bzw. für die Rückgabe erhaltenen Betrag erfolgswirksam zu erfassen (IFRS 9.3.2.12).

Ist ein Genussrecht nach IAS 32.11 als Eigenkapital-Instrument zu qualifizieren, steht dem Bilanzierenden bei der Klassifikation zum Zugangszeitpunkt die sog. FVOCI-Option zu (IFRS 9.4.1.4), so dass die Wertänderungen dann bei der Folgebewertung erfolgsneutral im sonstigen Ergebnis (*other comprehensive income*) zu erfassen sind (IFRS 9.5.7.5). Auch bei Ausübung der FVOCI-Option sind die Ausschüttungen erfolgswirksam im Periodenergebnis zu erfassen. 124

F. Steuerliche Erfassung

I. Steuerlicher Genussrechtsbegriff

Wie das Aktienrecht setzt das Steuerrecht den Begriff des Genussrechts voraus, definiert ihn aber nicht. Der Begriff des ‚Genussrechts‘ wird in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und § 49 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Buchst. c Doppelbuchst. cc EStG sowie in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG gebraucht, der Begriff des ‚Genussscheins‘ in § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG sowie in § 36a EStG und § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a EStG. 125

Der aktienrechtliche Genussrechtsbegriff ist sehr weitgreifend. Ein Rechtsverhältnis kann danach schon dann als Genussrechtsbeziehung zu qualifizieren sein, wenn es auch nur ein einziges aktionärstypisches Vermögensrecht beinhaltet, wie zB ein Bezugsrecht auf Aktien oder das Recht, Einrichtungen der Gesellschaft zu nutzen (→ Kap. 2 Rn. 23)⁵⁸⁵. Dem ist steuerlich nicht notwendigerweise zu folgen, da bei der Bestimmung des Begriffs ‚Genussrecht‘ auf den jeweiligen Normzweck abzustellen ist⁵⁸⁶. Zwar wird dabei auf das handels- und gesellschaftsrechtliche Verständnis des Begriffs zurückzugreifen sein⁵⁸⁷; dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht auch andere Finanzinstrumente in- und ausländischer Schuldner ungeachtet ihrer rechtlichen Form für steuerliche Zwecke als Genussrecht qualifiziert werden könnten. Der steuerliche „**Genussrechtstest**“ ist für jedes Finanzinstrument eigenständig nach Maßgabe der einschlägigen Normen des EStG und KStG vorzunehmen, auch wenn es sich formal nicht als Genussrecht präsentiert⁵⁸⁸. Eine Regelung über die Vergütung einer dauernden 126

⁵⁸³ Vgl. Beck IFRS-Hdb/Hartenberger § 3 Rn. 410; Schmidt Genussrechte mit Kopplung an den Jahresüberschuss – Klassifizierung und Bewertung durch den Inhaber, IRZ 2017, 389.

⁵⁸⁴ Vgl. Beck IFRS-Hdb/Hartenberger § 3 Rn. 412.

⁵⁸⁵ Vgl. MK-AktG/Habersack § 221 AktG Rn. 65.

⁵⁸⁶ Vgl. Hüffer/Koch/Koch § 221 AktG Rn. 23.

⁵⁸⁷ Vgl. Gosch/Gosch § 8 KStG Rn. 149.

⁵⁸⁸ Vgl. Häuselmann Bilanzielle und steuerliche Erfassung von Hybridanleihen, BB 2007, 931. Ebenso Schönfeld/Ditz/Körner Art. 11 DBA Rn. 70; Köhler/Goebel/Kör-

oder zeitweiligen Kapitalbereitstellung muss dabei steuerlich den besonderen Begrifflichkeiten des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG bzw. des § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG entsprechen. Damit steuerlich überhaupt ein Genussrecht angenommen werden kann, müssen somit alternativ oder kumulativ die Tatbestandsmerkmale **Recht auf Beteiligung am Gewinn** und **Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös** erfüllt sein⁵⁸⁹. Dies gilt auch für die Zwecke der Kapitalertragsteuer (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG). Diese beiden Tatbestandsmerkmale sind – wenngleich faktisch zumeist parallel zur aktienrechtlichen Begrifflichkeit – grundsätzlich **steuerlich eigenständig auszulegen**, weil nicht nur die Qualifikation als Genussrecht im *steuerlichen* Sinne in Frage steht, sondern auch die steuerlich relevante Identifikation des Genussrechtstypus „Fremdkapital-Genussrecht“ und „Eigenkapital-Genussrecht“.

127 Die Gewährung von Genussrechtskapital, in welcher Ausprägung auch immer, begründet **keine Mitunternehmerschaft** iSd § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG. Es fehlt an der hierfür erforderlichen (zumindest verdeckten) gesellschaftsrechtlichen Beziehung⁵⁹⁰ und mangels Mitgliedschaft des Genussrechtsgläubigers am Genussrechtsschuldner an dessen Möglichkeit, Mitunternehmerinitiative zu entfalten⁵⁹¹. Ungeachtet dessen wird in der Literatur mit zweifelhaftem Verweis auf den BFH⁵⁹² die Ansicht vertreten, es könne ein mitunternehmerisches Genussrecht („Mitunternehmerschaft im Innenverhältnis“) vorliegen, wenn dem Gläubiger erweiterte, über die in § 233 HGB vorgesehenen Kontroll- und Mitwirkungsrechte hinausgehende Rechte eingeräumt worden sind und ihm zudem eine Weisungsbefugnis hinsichtlich der Geschäftsführung des Schuldners zusteht⁵⁹³.

128 Für die steuerliche Erfassung sowohl auf Gläubiger- als auch auf Schuldnerseite ist es ohne Bedeutung, ob es sich um unverbrieft oder verbrieftes Genussrecht (**Genussscheine**) handelt. Dies gilt auch für die Anwendung des § 17 EStG, obwohl dort explizit von Genussscheinen die Rede ist. Dies wird aus der Systematik des § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG abgeleitet⁵⁹⁴. Auch wenn Genussrechte als Investment-Token „verkörpert“ werden, richtet sich die steuerliche Erfassung nach den allgemeinen Besteuerungsgrundsätzen für Genussrechte⁵⁹⁵.

ner/Körner Handbuch der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2017, 164.

⁵⁸⁹ So die Terminologie des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Formal, aber nicht materiell abweichend die Terminologie des § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG: ‚Recht am Gewinn‘ und ‚Recht am Liquidationserlös‘.

⁵⁹⁰ Vgl. BFH v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, 751.

⁵⁹¹ Vgl. BMF v. 8.12.1986 – IV B 7 – S 2742 – 26/86, BB 1987 (bestätigt durch OFD NRW v. 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, DStR 2016, 1816); DPM/Lang [Juni 2019] § 8 Abs. 3 KStG Teil A Rn. 119 ff.

⁵⁹² Vgl. BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852.

⁵⁹³ Vgl. Blümich/Haep [August 2017] § 15 EStG Rn. 336; Haas Mitunternehmer durch Genußrechte, BB 1982, 1537; Wengel Die handelsrechtliche Eigen- und Fremdkapitalqualität von Genussrechtskapital, DStR 2001, 1316.

⁵⁹⁴ Vgl. HHR/Schmidt [September 2017] § 17 EStG Rn. 146; Korn/Strahl [August 2004] § 17 EStG Rn. 31 mwN.

⁵⁹⁵ Vgl. Wighardt/Krekeler Die Besteuerung blockchainbasierter Vermögenswerte, StB 2019, 16.

II. Abgrenzung von Eigenkapital- zu Fremdkapital-Genussrechten

1. Steuerliches Normengefüge und Rechtsfolgen

Genussrechte begründen Gläubigerrechte schuldrechtlicher Art (→ Kap. 2 Rn. 21). Von daher ist zunächst von einer entgeltlichen Fremdkapital-Überlassung auszugehen, deren Vergütung beim Gläubiger zu steuerpflichtigen Erträgen (Kapitaleinkünfte) und beim Schuldner zu abziehbaren Betriebsausgaben führt. Als Ausnahme zu diesem Grundsatz treffen § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG auf Schuldnerseite und § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG auf Gläubigerseite eine abweichende Regelung für den Fall – und nur für den Fall –, dass die Vertragsbedingungen dem Gläubiger *gleichzeitig* ein „Recht auf Beteiligung am Gewinn“ und ein „Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös“ des Schuldners einräumen (**Eigenkapital-Genussrechte** oder „sozietaire Genussrechte“). Wenn die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG – Recht auf Beteiligung am Gewinn und Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös – nicht gleichzeitig vorliegen, sind Ausschüttungen auf Genussrechte grundsätzlich als Betriebsausgabe abziehbar (§ 4 Abs. 4 EStG), wobei für die Abziehbarkeit ausreicht, wenn eines der beiden Merkmale fehlt (**Fremdkapital-Genussrechte** oder „obligationenartige Genussrechte“)⁵⁹⁶. Gleiches gilt für den Genussrechtsgläubiger, für den die Genussrechtserträge dementsprechend dann „Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen“ (§ 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG) sind.

Dieses Besteuerungskonzept basiert auf der Rechtsprechung des RFH⁵⁹⁷, wurde in § 7 Satz 2 KStG 1934 aufgenommen und fand wortgleich seinen Niederschlag in § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG. Grundgedanke der Vorschrift ist, dass ein Eigenkapital-Genussrecht nur in den Fällen angenommen werden kann, in denen die Steuerkraft der Gesellschaft durch die Genussscheine bzw. die darauf zu leistenden Ausschüttungen letztlich nicht mehr belastet wird als durch die Rechte von Aktionären (Belastung der Kapitalgesellschaft). Auf diesem „Belastungsvergleich“ haben nachfolgend auch der BFH⁵⁹⁸ und die FinVerw.⁵⁹⁹ abgestellt. In seinen jüngeren Urteilen legt der BFH den Fokus jedoch darauf, ob dem Genussrechtsgläubiger eine dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft vermögensmäßig vergleichbare Stellung eingeräumt wird (Stellung der Genussrechtsgläubiger)⁶⁰⁰.

Normadressat des § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG sind **Kapitalgesellschaften** als Genussrechtsschuldner („*Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist*“); Gleiches gilt nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG⁶⁰¹. Nach Ansicht der FinVerw. findet § 8

⁵⁹⁶ Vgl. BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77.

⁵⁹⁷ Vgl. RFH v. 17.4.1934 – I A 316/32, RStBl. 1934, 773.

⁵⁹⁸ BFH v. 28.6.1960 – I 85/60, DB 1960, 1057.

⁵⁹⁹ Vgl. BMF v. 27.12.1995, BStBl. I 1996, 49; BMF v. 8.12.1986 – IV B 7 – S 2742 – 26/86, BB 1987, 667; beide bestätigt durch OFD NRW v. 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, DStR 2016, 1816.

⁶⁰⁰ Vgl. BFH v. 11.2.1987 – I R 43/83, BStBl. II 1987, 643; BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77; BFH v. 12.12.2012 – I R 27/12, BStBl. II 2013, 682. Dazu auch Blümich/Rengers [August 2017] § 8 KStG Rn. 201.

⁶⁰¹ Vgl. HHR/Intemann [Februar 2014] § 20 EStG Rn. 56.

Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG jedoch über seinen Wortlaut hinaus auch auf andere Körperschaften Anwendung⁶⁰².

- 132 Namentlich § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG stehen unabhängig nebeneinander. Die Einordnung eines Genussrechts auf Schuldnerseite als „Eigenkapital-Genussrecht“ bedingt nicht per se die nämliche Einordnung auf Gläubigerseite und vice versa (keine Qualifikationsverkettung).

2. Verhältnis zum Bilanzrecht

- 133 Handelsrechtlich wird hinsichtlich des Bilanzausweises beim Schuldner (und nur bei diesem) zwischen „Genussrechten mit Fremdkapitalcharakter“ und „Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter“ differenziert (→ Kap. 2 Rn. 65 ff.). Es stellt sich damit hinsichtlich der steuerlichen Erfassung *beim Schuldner* die Frage nach der **Maßgeblichkeit** des handelsbilanziellen Ausweises von Genussrechtskapital. Daran schließt sich die Frage nach der Reichweite des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG an.

- 134 Nach Ansicht der FinVerw. ergibt sich „*aufgrund des schuldrechtlichen Charakters eines Genussrechts [dass] Genussrechtskapital nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 EStG in der Steuerbilanz als Verbindlichkeit anzusetzen [sist]. Vergütungen auf dieses Genussrechtskapital sind grundsätzlich als Betriebsausgaben abzugsfähig. Sie mindern, vorbehaltlich § 8 Absatz 3 Satz 2. Alternative KStG, grundsätzlich das Einkommen*“⁶⁰³.

Die FinVerw. hatte zuvor die Ansicht vertreten, dass die handelsrechtliche Behandlung einer Genussrechtsverpflichtung als Eigenkapital aufgrund des Maßgeblichkeitsgrundsatzes auch auf die Steuerbilanz durchschlägt⁶⁰⁴. Auch wenn das Eigenkapital bilanztechnisch als Saldogröße oder Residualgröße zu verstehen sei, so beruhe der Saldo handelsrechtlich wie steuerlich auf den in beiden Systemen identischen – und unstrittig „maßgeblichen“ – Größen ‚Aktiva‘ (Vermögensgegenstände bzw. aktive Wirtschaftsgüter und aktive RAP) und ‚Passiva‘ (Schulden und passive RAP). Dies rechtfertige es, grundsätzlich von der Maßgeblichkeit des handelsbilanziellen Eigenkapitals für das steuerliche Eigenkapital auszugehen – vorbehaltlich abweichender oder weitergehender steuerrechtlicher Regelungen.

Aus § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG ergebe sich dabei nichts anderes. Es handle sich dabei um keine Bilanzierungsvorschrift (1. Gewinnermittlungsstufe), sondern um eine außerbilanzielle Einkommensermittlungsvorschrift (2. Gewinnermittlungsstufe). Die Rechtsfolge von § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG bestehe allein in einer außerbilanziellen Hinzurechnung der dort aufgeführten Genussrechtsvergütungen („*Auch ... Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte ...*“), soweit nicht schon nach § 8 Abs. 3 Satz 1 KStG eine Hinzurechnung aufgrund einer *steuerbilanziellen* Qualifikation als Eigenkapital geboten sei. Die

⁶⁰² Vgl. BMF v. 8.12.1986 – IV B 7 – S 2742 – 26/86, BB 1987, 667 (bestätigt durch OFD NRW v. 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, DStR 2016, 1816). Ebenso DPM/Lang [Juni 2019] § 8 Abs. 3 KStG Teil A Rn. 106. A. A. Gosch/Gosch § 8 KStG Rn. 150; RHN/Neumann § 8 KStG Rn. 1260.

⁶⁰³ So BMF v. 20.6.2018 – IV C 2 – S 2742/12/10003:008, nv; FM Nordrhein-Westfalen v. 18.7.2018 – S 2133-000036-V B 1/S 2741-91-V B 4, DB 2018, 1762.

⁶⁰⁴ Vgl. OFD NRW v. 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, DStR 2016, 1816; OFD Rheinland v. 14.12.2011 – Kurzinformation Nr. 56/2011 (Steuerliche Behandlung der Umwandlung von Darlehen in Genussrechte), DStR 2012, 189. Ebenso RHN/Neumann § 8 KStG Rn. 1254; HHR/Anzinger [April 2018] § 5 EStG Rn. 263 mwN; Kusch Die steuerliche Behandlung von Genussrechten, NWB 2016, 1952.

steuerliche Einordnung von Genussrechtskapital auf Schuldnerseite richte sich nach dem Ausweis in der Handelsbilanz. Die darauf geleisteten Aufwendungen sind bei einem Eigenkapital-Ausweis schon nach Satz 1 des § 8 Abs. 3 KStG nicht abziehbar – im Fall eines handelsrechtlichen Fremdkapital-Ausweises sind sie nicht abziehbar, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des Satz 2 Hs. 2 des § 8 Abs. 3 KStG erfüllt werden⁶⁰⁵.

In der Vergangenheit hat die FinVerw. selbst die steuerbilanzielle Einordnung nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vorgenommen, etwa im Genussrechts-Schreiben von 1986⁶⁰⁶ oder bei der Frage der Zinsschranke⁶⁰⁷. § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG als außerbilanzielle Einkommensermittlungsvorschrift wegen der Parallele zur in § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG geregelten vGA zu qualifizieren, geht auch historisch fehl, weil zwar beide Regelungen im KStG 1934 aufgenommen wurden, die vGA jedoch in § 6 Satz 2 KStG 1934 und die Eigenkapital-Genussrechtsvergütungen in § 7 Satz 2 KStG 1934⁶⁰⁸. Nicht zuletzt ist auf den faktischen Normzusammenhang zwischen § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG und § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG zu verweisen⁶⁰⁹.

In der Literatur wird – letztlich mit demselben Ergebnis – argumentiert, die GoB entfalten nur in Bezug auf das Betriebsvermögen iSd § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG Maßgeblichkeit, nicht jedoch auf das Eigenkapital als Saldoposition⁶¹⁰. Dies sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Steuerrecht in § 4 Abs. 1 Satz 8 EStG einen eigenständigen Einlagebegriff enthalte, für den § 5 Abs. 6 EStG die Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes anordne⁶¹¹, was im Ergebnis eine eigenständige Bestimmung des steuerlichen Eigenkapitals zur Folge habe⁶¹². Andernfalls würde sich eine selbständige steuerliche Gewinnermittlung nach den Grundsätzen der §§ 5 und 6 EStG erübrigen⁶¹³. Tatsächlich sind die Kriterien des IDW für die bilanzielle Erfassung von Genussrechten beim Schuldner (→ Kap. 2 Rn. 66) kein Ausdruck von GoB, die für die steuerliche Gewinnermittlung maßgeblich sein können⁶¹⁴. Die IDW-Grundsätze setzen sich nicht mit dem materiellen Charakter von Genussrechtskapital, sondern lediglich mit dessen Ausweis auseinander. Es handelt sich demnach bestenfalls um „Ausweis-GoB“. Nach hM⁶¹⁵ handelt es sich bei § 8 Abs. 3 Satz 2 Hs. 2 KStG um eine

135

⁶⁰⁵ Vgl. *Kusch* Die steuerliche Behandlung von Genussrechten, NWB 2016, 1952; *Große* Bilanzielle Behandlung von Genussrechten bei Kapitalgesellschaften in Handels- und Steuerbilanz, DStR 2010, 1397.

⁶⁰⁶ Vgl. BMF v. 8.12.1986 – IV B 7 – S 2742 – 26/86, BB 1987, 667 (bestätigt durch OFD NRW v. 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, DStR 2016, 1816).

⁶⁰⁷ Vgl. BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 – S 2742–a/07/10001, BStBl. I 2008, 718 Tz. 11.

⁶⁰⁸ Unzutreffend daher RHN/Neumann § 8 KStG Rn. 1257. Zur Historie vgl. auch BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77.

⁶⁰⁹ Vgl. BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77.

⁶¹⁰ Vgl. BFH v. 30.11.2005 – I R 3/04, BStBl. II 2008, 809.

⁶¹¹ Vgl. BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348; BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.

⁶¹² Im Ergebnis auch BFH v. 30.11.2005 – I R 3/04, BStBl. II 2008, 809. Zuletzt BFH v. 11.11.2014 – I R 53/13, BFH/NV 2015, 686.

⁶¹³ So *Lechner/Haisch* Besteuerung von Debt-Mezzanine-Swaps, Ubg 2012, 115.

⁶¹⁴ Statt aller *Hennrichs/Schlotter* Körperschaftsteuerliche Behandlung von Genussrechten, DB 2016, 2072 mwN.

⁶¹⁵ Vgl. *Gosch/Gosch* § 8 KStG Rn. 149; *Blümich/Rengers* [August 2017] § 8 KStG Rn. 194; *Blümich/Krumm* [März 2018] § 5 EStG Rn. 920 „Genussrechte“; jeweils mwN. Abl. auch *Höng* Der Debt-Mezzanine-Swap in Handels- und Steuerbilanz, Ubg 2014, 27;

Norm, die in Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes und somit ungeachtet der handelsrechtlichen Erfassung eine eigenständige – auch steuerbilanzielle – Qualifizierung des Genussrechtskapitals anordnet. Mit § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG ist ein Regelungssystem etabliert worden, das eine eigene steuerliche Grenze zwischen den Genussrechten mit „Eigenkapital-Rechtsfolgen“ und denen mit „Fremdkapital-Rechtsfolgen“ zieht⁶¹⁶.

3. Recht auf Beteiligung am Gewinn

- 136 Die FinVerw. hat für Genussrechte bislang keine dezidierten Interpretationen dahingehend veröffentlicht, was sie unter ‚Recht auf Beteiligung am Gewinn‘ verstanden wissen will. In Anlehnung an die handels- und gesellschaftsrechtlichen Kriterien (→ Kap. 2 Rn. 24) ist gängiges Verständnis, dass **Gewinnbeteiligung** iSd § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG jede Art der Teilnahme am wirtschaftlichen Erfolg einer Unternehmung ist, bei der der handelsrechtlich verteilbare Gewinn zwischen Gesellschaftern und Genussrechtsinhabern aufgeteilt wird⁶¹⁷. Der Genussrechtsinhaber muss am Risiko des Geschäftsbetriebs nach der Seite der Gewinnerzielung teilnehmen. Der Genussrechtsinhaber ist am Gewinn beteiligt, wenn ihm ein Anspruch auf eine von der Höhe des Gewinns abhängige Vergütung eingeräumt wird (**ergebnisorientierte Vergütung**)⁶¹⁸. Dies ist auch dann der Fall, wenn eine vereinbarte Festvergütung ausdrücklich von einem ausreichenden Gewinn abhängig gemacht wird (**ergebnisabhängige Vergütung**)⁶¹⁹. Eine Gewinnbeteiligung liegt in diesem Fall auch dann vor, wenn der Gläubiger einen Anspruch auf Nachzahlung ausgefallener gewinnabhängiger Vergütungen aus den Gewinnen künftiger Geschäftsjahre hat⁶²⁰. Das ‚Recht auf Beteiligung am Gewinn‘ erfordert keine wie auch immer geartete Verlustbeteiligung des Gläubigers⁶²¹.

Lechner/Haisch Besteuerung von Debt-Mezzanine-Swaps, Ubg 2012, 115; *Kroener/Momen* Debt-Mezzanine-Swap – Die OFD Rheinland auf dem Irrweg?, DB 2012, 829; *Breuninger/Ernst* Debt-Mezzanine-Swap und die Unmaßgeblichkeit der Maßgeblichkeit, GmbHR 2012, 494; *Richter* Anmerkung zur abgestimmten Verfügung der OFD Nordrhein-Westfalen v. 12.5.2016 bzgl. der Behandlung von Genussrechten – Das Ende für den Debt-Mezzanine-Swap?, DStR 2016, 2058; *Altwater/Hübner* Bilanzsteuerliche Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital – das Maßgeblichkeitsprinzip bei Genussrechten und stillen Beteiligungen, RdF 2017, 65.

⁶¹⁶ So zu Recht *Hemrichs/Schlatter* Körperschaftsteuerliche Behandlung von Genussrechten, DB 2016, 2072.

⁶¹⁷ Vgl. *Blümich/Rengers* [August 2017] § 8 KStG Rn. 202; *Linscheid* Die steuerliche Behandlung des Genussrechtskapitals der Kapitalgesellschaft, DB 1992, 1853.

⁶¹⁸ Vgl. RfH v. 17. 4. 1934 – I A 316/32, RStBl. 1934, 773.

⁶¹⁹ Vgl. dazu BMF v. 29.11.2017 – IV C 5 – S 2430/17/10001 (Anwendung des Fünften Vermögensbildungsgesetzes (5. VermBG)), BStBl. I 2017, 1626 Abschn. 4 (6); BFH v. 26.8.2010 – I R 53/09, BStBl. II 2019, 147; *DPM/Lang* [Juni 2019] § 8 Abs. 3 KStG Teil A Rn. 110.

⁶²⁰ Vgl. BFH v. 26.8.2010 – I R 53/09, BStBl. II 2019, 147; *HHR/Janetzko* [März 2017] § 8 KStG Rn. 184.

⁶²¹ Vgl. *Gosch/Gosch* § 8 KStG Rn. 151; *HHR/Janetzko* [März 2017] § 8 KStG Rn. 184.

Als Bezugsgröße der Gewinnbeteiligung sind verschiedene Jahresabschlussbezogene Größen denkbar: der (handelsrechtliche) Bilanzgewinn iSd § 268 Abs. 1 Satz 2 HGB bzw. § 158 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 AktG; der (handelsrechtliche) Jahresüberschuss iSd § 275 Abs. 2 Nr. 20 HGB; der Steuerbilanz-Gewinn iSd § 5 Abs. 1 Satz 1 iVm § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG; die ausgeschüttete Dividende oder eine andere aus dem Jahresabschluss abgeleitete Kennziffer wie zB die Gesamtkapitalrendite eines Unternehmens (→ Kap. 2 Rn. 24)⁶²². 137

Aktienrechtlich liegen Genussrechte auch dann vor, wenn als Bezugsgröße das **Ergebnis einer Sparte** oder **eines Teilbetriebes** des Genussrechtsschuldners genommen wird („*tracking stock*“; → Kap. 9 Rn. 20). § 221 AktG ist nach hM zudem dann anzuwenden, wenn auf das **Ergebnis eines verbundenen Unternehmens** oder **Ergebnis des Gesamtkonzerns** abgestellt wird, ferner dann, wenn auf das **Durchschnittsergebnis mehrerer Unternehmen** abgestellt wird und der Emittent eines von ihnen ist⁶²³. Aus dem Normzweck des § 221 AktG mag eine solch ausgedehnte Auslegung gerechtfertigt sein⁶²⁴. Auch solche (aktienrechtliche) Genussrechte als Genussrechte iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG bzw. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG anzusehen, hieße den Wortlaut beider Normen („... *Beteiligung am Gewinn der Kapitalgesellschaft* ...“) zu überspannen⁶²⁵. Die steuerlichen Regelungen stellen insoweit einengende, spezifische Anforderungen an die Ausgestaltung von Genussrechten⁶²⁶. Der Wortlaut der Norm schließt Vergütungen aus, die Ergebnisse oder Ergebniskomponenten dritter – wenn auch verbundener – Unternehmen zur Grundlage haben. Erst recht kann keine Gewinnbeteiligung iSd § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG angenommen werden, wenn eine solche „drittbezogene“ Vergütung auch im Verlustfall zu einer Zahlungsverpflichtung des Schuldners führt. Dies ist mit dem Wesen der Gewinnbeteiligung nicht vereinbar. Eine „*Beteiligung am Gewinn der Kapitalgesellschaft*“ kann nicht angenommen werden, wenn sich die Vergütung ohne jegliche Einschränkungen auf das Ergebnis einer Sparte oder eines Teilbetriebes des Schuldners bezieht⁶²⁷. Unproblematisch sind Bezugsgrößen wie ein Spartenergebnis allenfalls dann, wenn sie ihrerseits unter dem Vorbehalt eines ausschüttbaren Gewinns stehen⁶²⁸. 138

Auch im Übrigen stellt jede Vergütung, die unabhängig vom Erfolg, insbesondere auch in Verlustjahren, zu zahlen ist (Ergebnisunabhängigkeit der Vergütung), keine ‚Beteiligung am Gewinn‘ iSd § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG bzw. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG dar⁶²⁹. Ist die Gewinnbeteiligung so ausgestaltet, dass dem Ge- 139

⁶²² Vgl. Blümich/Rengers [August 2017] § 8 KStG Rn. 202.

⁶²³ Vgl. MK-AktG/Habersack § 221 AktG Rn. 56 und 96 mwN.

⁶²⁴ Vgl. Hüffer/Koch/Koch § 221 AktG Rn. 23 ff.

⁶²⁵ Im Ergebnis ebenso Gosch/Gosch § 8 KStG Rn. 151; HHR/Janetzko [März 2017] § 8 KStG Rn. 184.

⁶²⁶ Vgl. MK-AktG/Habersack § 221 AktG Rn. 64.

⁶²⁷ Vgl. Gosch/Gosch § 8 KStG Rn. 151; HHR/Janetzko [März 2017] § 8 KStG Rn. 184.

⁶²⁸ Vgl. dazu Köhler/Goebel/Körner/Körner Handbuch der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2017, 167f.; Schönfeld/Ditz/Schönfeld Art. 10 DBA Rn. 164.

⁶²⁹ Vgl. dazu BMF v. 29.11.2017 – IV C 5 – S 2430/17/10001 (Anwendung des Fünften Vermögensbildungsgesetzes (5. VermBG)), BStBl. I 2017, 1626 Abschn. 4 (6); BFH v. 26.8.2010 – I R 53/09, BStBl. II 2010, 147.

nussrechtsinhaber neben einer **Mindestverzinsung** (*floor*) zusätzlich eine gewinnabhängige Komponente gezahlt wird, kann es auch in Verlustjahren zu einer wirtschaftlichen Belastung der Gesellschaft kommen, so dass die Annahme einer ‚Gewinnbeteiligung‘ in Zweifel zu ziehen ist. Bei der Koppelung von fester Verzinsung und Anteil am Reingewinn kommt es dann nach Ansicht der Rechtsprechung darauf an, ob das eine oder andere Element wirtschaftlich bedeutender ist⁶³⁰. Jedenfalls fehlt es bei einer „Mindestverzinsung“, die der einer typischen Unternehmensanleihe vergleichbar ist, in Kombination mit einem nur marginalen gewinnabhängigen Zuschlag an einer Teilnahme am Unternehmensrisiko⁶³¹.

- 140 Im Fall eines Wandelgenussrechts bzw. Wandelgenussscheins begründen die Wandlungsrechte allein grundsätzlich keine Gewinnabhängigkeit iSd § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG⁶³².

4. Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös

- 141 Der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG gebrauchte Begriff ‚Liquidationserlös‘ ist ein steuerlicher Begriff, der nicht definiert ist. Als Liquidationserlös wird allgemein das Abwicklungs-Endvermögen im Sinne des § 11 Abs. 3 KStG verstanden, dh das nach der Befriedigung der Gläubiger verbliebene, zur Verteilung an die Anteilseigner kommende Vermögen⁶³³. Dass das Genussrechtskapital (Nominalkapital) selbst aus dem Liquidationserlös zurückzuzahlen ist, ist noch keine Beteiligung am Liquidationserlös⁶³⁴. Von der Literatur wird unter ‚Beteiligung am Liquidationserlös‘ letztlich die Beteiligung am *Liquidationsmehrerlös*, dh am Liquidationsüberschuss verstanden. Es wird vorausgesetzt, dass dem Genussrechtsgläubiger über die Rückzahlung des Genussrechtskapitals (Nominalbetrag) hinaus auch eine **Beteiligung an den stillen Reserven** eingeräumt worden ist⁶³⁵. In diesem Fall nehmen auch die Rechtsprechung und die FinVerw. ein Eigenkapital-Genussrecht an⁶³⁶. Eine Beteiligung am Liquidations(mehr)erlös liegt der Sache nach auch dann vor, wenn sie der Höhe nach (prozentual oder in einem absoluten Betrag) beschränkt ist; auch bei einer nur **teilweisen Beteiligung an den stillen Reserven** liegt eine Beteiligung am Liquidationserlös im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG vor⁶³⁷.

⁶³⁰ Vgl. BFH v. 28.6.1960 – I 85/60, DB 1960, 1057.

⁶³¹ Ebenso DPM/Lang [Juni 2019] § 8 Abs. 3 KStG Teil A Rn. 109; HHR/Janetzko [März 2017] § 8 KStG Rn. 184.

⁶³² Vgl. Köhler/Goebel/Körner/Körner Handbuch der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2017, 168f. mit Verweis auf § 50g Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b EStG (dazu auch BT-Drs. 15/3697 v. 6.9.2004 (RegE zum EG-Amtshilfe-Anpassungsgesetz), 21f.).

⁶³³ Vgl. HHR/Janetzko [März 2017] § 8 KStG Rn. 187.

⁶³⁴ Vgl. DPM/Lang [Juni 2019] § 8 Abs. 3 KStG Teil A Rn. 112.

⁶³⁵ Vgl. unter anderem Blümich/Rengers [August 2017] § 8 KStG Rn. 203; RHN/Neumann § 8 KStG Rn. 1267; Gosch/Gosch § 8 KStG Rn. 151.

⁶³⁶ Vgl. RFH v. 17.4.1934 – I A 316/32, RStBl. 1934, 773; BFH v. 28.6.1960 – I 85/60, DB 1960, 1057; BMF v. 8.12.1986 – IV B 7 – S 2742 – 26/86, BB 1987, 667 (bestätigt durch OFD NRW v. 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, DStR 2016, 1816).

⁶³⁷ Vgl. BMF v. 17.2.1986 – IV B 7–S 2742–1/86, BeckVerw 095225 (bestätigt durch OFD NRW v. 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, DStR 2016, 1816).