

# 02.23

# KSI

## Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

### Wirtschaft Recht Steuern

19. Jahrgang  
März/April 2023  
Seiten 49–96

[www.KSIdigital.de](http://www.KSIdigital.de)

#### Herausgeber:

*Peter Depré*, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

*Dr. Lutz Mackebrandt*, Unternehmensberater

*Gerald Schwamberger*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

#### Herausgeberbeirat:

*Prof. Dr. Markus W. Exler*, Fachhochschule Kufstein

*Prof. Dr. Paul J. Groß*, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

*WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth*, Ehrenpräsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

*Dr. Harald Krehl*, Senior Advisor, Wendelstein

*Prof. Dr. Jens Leker*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Prof. Dr. Andreas Pinkwart*, HHL Leipzig Graduate School of Management

*Prof. Dr. Florian Stapper*, Rechtsanwalt, Stapper/Jacobi/Schädlich Rechtsanwälte-Partnerschaft, Leipzig

*Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck*, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

*Prof. Dr. Henning Werner*, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

#### Strategien Analysen Empfehlungen

Von ESG über die Liquiditätsbilanz bis hin zum Obstruktionsverbot [Bernhard Steffan, 53]

Steuerliche Behandlung von Genussrechtskapital [Dr. Raoul Kreide / Stephan Wachsmuth, 58]

Erhöhte Zugangsvoraussetzungen zu Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung [Laura Hinck, 68]

#### Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Transformationstreiber Nachhaltigkeit [Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 74]

Auswirkungen von CO<sub>2</sub>-Neutralität auf die Sanierungsfähigkeit und die zugrundeliegende Unternehmensplanung [Matthias Müller / Casper Stadel, 79]

Nachgefragt: Krise als Innovationsbeschleuniger?! [Beantwortet von Annabell Pehlivan, 83]

Zur Bedeutung des Faktors Mensch („People Dimension“) bei der Krisenbewältigung [Martina Rauch, 85]

Aktuelle Rechtsprechung zur Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzpraxis [Zusammengestellt und kommentiert von Dr. Oliver Jenal und Dr. Wolfgang Popp, 87]

# Steuerliche Behandlung von Genussrechtskapital

## Eigen- oder Fremdkapital – das ist hier die Frage

Dr. Raoul Kreide und Stephan Wachsmuth\*

**Genussrechte spielen bei der Unternehmensfinanzierung eine wichtige Rolle. Mit dem nun vorgelegten Entwurf eines BMF-Schreibens<sup>1</sup> will die Finanzverwaltung Klarheit über die ertragsteuerliche Behandlung von Genussrechtskapital schaffen. Die Finanzverwaltung strebt dabei langfristig einen „großen Wurf“ an; für den Entwurf gilt aber zunächst „Der Weg ist das Ziel“ – nachfolgend eine Analyse des Diskussionsstands.**

### 1. Einführung: Genussrechtskapital in der Sanierung

Genussrechte sind ein wichtiges Element der Unternehmensfinanzierung. Inhaltlich handelt es sich um eine mezzanine Finanzierungsform, die als „Hybrid“ Elemente der Fremd- wie auch der Eigenkapitalfinanzierung vereint. Im Ausgangspunkt einem Darlehen ähnlich vermitteln Genussrechte eine zusätzliche Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg (Vermögensrechte), die typischerweise nur Gesellschaftern zusteht.<sup>2</sup> Mitgliedschaftsrechte (insbesondere das Stimmrecht) bleiben dem Genussrechtsinhaber hingegen verwehrt. Trotz der Bedeutung in der Praxis fehlt es an einer gesetzlichen Definition. Ihre Ausgestaltung richtet sich daher nach den vertraglichen Regelungen. Damit sind alle Gestaltungsvarianten denkbar, die zivilrechtlich wirksam (§§ 138, 242 BGB) vereinbart werden können. Vor allem, wenn Verbraucher als Investoren beteiligt sind, ist das AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB) zu beachten. Dies gilt insbesondere, da Genussrechte regelmäßig nachrangig ausgestaltet werden und damit ein Risiko des Totalverlusts in sich tragen.

In der Unternehmenssanierung begegnen einem Genussrechte oft im Kapitalbestand,

weil Unternehmen Kapital über Genussrechte einwerben. Oftmals, weil das Risiko-profil des Geschäftsmodells oder des Unternehmens, z. B. als „start-up“, eine klassische Fremdkapitalfinanzierung nicht erlaubt. Genussrechte werden daher häufig eingesetzt, um innovative Ideen durch crowdfunding oder andere Formen der kleinteiligen, breiten Investorenansprache zu finanzieren. Auf dem internationalen Kapitalmarkt spielen (börsennotierte) Genussrechte hingegen keine Rolle, da diese im Inland kapitalertragsteuerpflichtig sind. Sie sind jedoch ein wichtiges Instrument, um bei entsprechender Gestaltung ein höheres handelsrechtliches Eigenkapital (oder im Bankenbereich ein höheres aufsichtsrechtliches Ergänzungskapital<sup>3</sup>) nachzuweisen.

Zugleich ermöglichen Genussrechte aber auch in der Unternehmenskrise eine schnelle und flexible Finanzierung. Ohne die Hürden gesellschaftsrechtlicher Kapitalmaßnahmen können Investoren risikoadäquat am Unternehmenserfolg beteiligt werden. Für das Schuldner-Unternehmen ist dabei relevant, dass das mit einem Rang-

rücktritt versehene Genussrecht im Überschuldungsstatus nicht zu berücksichtigen ist (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO).

### 2. Steuerliche Einordnung von Genussrechtskapital

Je nach Ausgestaltung können Genussrechte als Eigenkapital oder als Fremdkapital zu qualifizieren sein. Die handelsbilanzielle Praxis orientiert sich dabei an der Konkretisierung einheitlicher Abgrenzungskriterien durch das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW).<sup>4</sup> Nach dessen Kriterien führen

- Nachrangigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Insolvenz- oder Liquidationsfall,
- Erfolgsabhängigkeit durch Vergütung nur aus ausschüttungsfähigem Eigenkapital,
- Kapitalverzehr durch Beteiligung an Verlusten sowie
- die Langfristigkeit der Überlassung (Laufzeit von mind. fünf Jahren und 2-jährige Kündigungsfrist)

zur Beurteilung als Eigenkapital.

\* Dr. Raoul Kreide und Stephan Wachsmuth, LL.M., beraten als Rechtsanwälte der Wirtschaftskanzlei GSK Stockmann zu steuerlichen Restrukturierungsfragen.

1 Vgl. BMF, Entwurf eines Schreibens zur ertragsteuerlichen Behandlung von Genussrechtskapital vom November 2022, IV C 6 – S 2133/19/10004 :002, abrufbar unter [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF\\_Schreiben/Steuerarten/Einkommensteuer/2022-11-09-ertragsteuerliche-behandlung-von-genussrechtskapital.pdf](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Einkommensteuer/2022-11-09-ertragsteuerliche-behandlung-von-genussrechtskapital.pdf) (im Folg. kurz: „BMF, Novemberentwurf“), abgerufen am 10.02.2023, 11:45 Uhr.

2 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rz. 1.

3 Vgl. Art. 62 ff. CRR; es bildet zusammen mit dem Kernkapital die Eigenmittel der Bank, die unter Risikogesichtspunkten („BASEL-Kriterien“) vorzuhalten sind.

4 Vgl. Verlautbarung IDW/HFA 1/94, WPg 1994 S. 419.

Die entscheidende Frage ist nunmehr, ob das Steuerrecht dieser Bewertung folgt oder eigene Kriterien heranzieht. Daran hängen unmittelbare wirtschaftliche Folgen: Handelt es sich um Fremdkapital, ist in der Steuerbilanz eine Verbindlichkeit auszuweisen. Nur dann kann ein Zinsaufwand als Betriebsausgabe abzugsfähig sein (§ 4 Abs. 4 EStG). Umgekehrt kann ein eigenkapitalähnliches Genussrecht die steuerliche Privilegierung nach § 8b KStG in Anspruch nehmen, während der Inhaber eines Fremdkapital-Genussrechts seine Zinserträge voll versteuern muss.<sup>5</sup>

### 3. Bisherige Entwicklung (Debt-Mezzanine-Swap)

Steuerlich steht insbesondere die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 KStG und ihres „Genussrechtstests“ im Fokus, welche nach einer grundlegenden Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) aus dem Jahr 1994<sup>6</sup> den Rahmen für die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital vorgab. Hiernach liegt nur dann ein eigenkapitalähnliches Genussrecht vor, wenn eine Beteiligung des Genussrechtsgläubigers am Gewinn und zugleich auch am Liquidationserlös des Schuldners gegeben war. Somit bestand keine Deckungsgleichheit zwischen dem handelsrechtlichen und steuerlichen Verständnis. In der Literatur bildete sich jedoch zunehmend eine Gegenauffassung,<sup>7</sup> welche aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips des § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG eine Einheit zum Handelsrecht herstellen wollte und dies auch in vereinzelter Rechtsprechung des BFH<sup>8</sup> angelegt sah.

In der Sanierungspraxis ist diese Einordnung entscheidend, wenn die Umwandlung von Darlehen in Mezzanine-Kapital angedacht ist (Debt-Mezzanine-Swap). Wird ein Genussschein als Eigenkapital qualifiziert, führt ein solcher Wechsel zu einem Sanierungsgewinn. Nur wenn es sich um das Darlehen eines Gesellschafters handelt, lässt sich der werthaltige Teil des Darlehens als gewinnneutrale Einlage qualifizieren.<sup>9</sup> Ansonsten wäre die Wirkung einem (i. d. R. ertragswirksamen) Forderungsverzicht gleichzustellen, weil durch die Eigenkapitalqualifikation keine wirtschaftliche Belastung der Gesellschaft mehr gegeben ist; nur der Gewinn wird anders verteilt. Durch die ertragswirksame Ausbuchung ist im

#### Genussrechts-Verfügung 2011

*In jüngster Zeit ist vermehrt die Frage gestellt worden, ob es möglich ist, in der Krise befindliche Kapitalgesellschaften unter Einsatz von Genussrechten steuerneutral zu entschulden. Dazu werden nicht werthaltige Gesellschafterdarlehen in Genussrechte umgewandelt (sog. „Debt-Mezzanine-Swap“). Die Genussrechte werden dabei gezielt so ausgestaltet, dass sie handelsbilanziell als Eigenkapital zu werten sind (siehe dazu die Stellungnahme des Hauptfachausschusses des IDW, HFA 1/1994, WPg 1994 S. 419), aber zugleich die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 2, Halbs. 2 KStG nicht erfüllen. Es fehlt i. d. R. an einer Beteiligung am Liquidationserlös. Hier wird die Auffassung vertreten, dass die Genussrechte handelsrechtlich Eigenkapital, steuerlich aber Fremdkapital darstellen und deshalb in der Steuerbilanz ein erfolgsneutraler Passivtausch zu erfolgen habe.*

*Dieser Sichtweise ist nicht zu folgen.*

*Die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2, Halbs. 2 KStG beinhaltet nur Regelungen zur Einkommensermittlung und trifft keine Aussage zur steuerbilanziellen Behandlung der Genussrechte. Die Rechtsfolge dieser Vorschrift besteht also nur in einer außerbilanziellen Hinzurechnung der Genussrechtsvergütungen (vgl. BFH-Urteil vom 29.6.1994, BStBl. II 2002 S. 366, und BMF-Schreiben vom 28.5.2002, BStBl. I S. 603[2]).*

*Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine handelsbilanzielle Umqualifizierung der Verbindlichkeit in Eigenkapital infolge des Maßgeblichkeitsprinzips auch eine steuerbilanzielle Umqualifizierung in Eigenkapital nach sich zieht. Infolge einer solchen Umqualifizierung kommt es zu einem handels- und steuerbilanziellen Ertrag, der im Falle fehlender Werthaltigkeit der Forderung nicht durch den Abzug einer verdeckten Einlage außerbilanziell kompensiert wird.*

Abb. 1: Genussrechts-Verfügung v. 14.12.2011

zweiten Schritt weitere Gestaltungsarbeit erforderlich, da eine liquiditätszehrende Steuerbelastung die beabsichtigten Sanierungseffekte konterkarieren würde. Während man sich früher auf den Sanierungserlass berief, ist die Steuerfreiheit heute gewährleistet, wenn die Voraussetzungen der §§ 3a EStG, 7b GewStG erfüllt werden.

Um die verbleibenden Unsicherheiten bei der Steuerfreistellung eines Sanierungsgewinns zu vermeiden, wurde daher angestrebt, einen Genussschein derart auszugestalten, dass er handelsrechtlich (nach den Kriterien des IDW) als Eigenkapital zu qualifizieren ist, steuerlich aber weiterhin als Fremdkapital zu behandeln bliebe. Für die Anwendungspraxis überraschend hatte sich dann jedoch 2011 zunächst die OFD Rheinland dieser Gestaltung entgegengestellt (vgl. Abb. 1).<sup>10</sup> 2016 schloss sich schließlich auch die übrige Finanzverwaltung die-

5 Beteiligungähnliche Genussrechte i. S. des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG unterfallen dem § 8b Abs. 1 KStG i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Bei nicht dem § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG unterfallenden Genussrechten liegen hingegen Einkünfte gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG vor. § 8b Abs. 1 KStG ist insoweit nicht anwendbar; BeckOK, KStG/Pohl, § 8b Rn. 336.

6 Vgl. BFH-Urteil vom 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996 S. 77.

7 Vgl. Haase, StuB 2009 S. 495, 497; Große, DStR 2010 S. 1397, 1398 f.

8 Vgl. BFH-Urteil vom 5.2.1992 – I R 127/90, BStBl. II 1992 S. 532 (Abschn. II. D. Nr. 4 b).

9 Vgl. BFH-Urteil v. 15.4.2015 – I R 44/14, BStBl. II 2015 S. 769; vgl. auch BMF v. 7.6.2022 – IV C 6 – S 2244/20/10001 :001, BStBl. I 2022 S. 897, Rn. 6.

10 Vgl. OFD Rheinland, Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 56/2011 vom 14.12.2011, betr. steuerliche Behandlung der Umwandlung von Darlehen in Genussrechte, DStR 2012 S. 189.

### Genussrechts-Verfügung 2016

*Ein Genussrecht, das unter Beachtung des Vorsichtsprinzips einschließlich der durch den IDW/IDWPS HFA 1/1994 (WPg 1994 S. 419) aufgestellten Kriterien (Nachrangigkeit, Erfolgsabhängigkeit der Vergütung und Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe sowie Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung) schon in der Handelsbilanz nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung keine Verbindlichkeit darstellt, darf auch in der Steuerbilanz nicht als Verbindlichkeit ausgewiesen werden. In diesen Fällen liegt steuerliches Eigenkapital vor, welches im Zeitpunkt der Begründung als Einlage in Höhe des werthaltigen Teils zu behandeln ist.*

*Ausschüttungen jeder Art auf diese Genussrechte stellen eine Einkommensverwendung dar, die das Einkommen der ausschüttenden Körperschaft nicht mindern darf (§ 8 Abs. 3 Satz 1 KStG). Aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 1 KStG ergibt sich generell ein Abzugsverbot für „Ausschüttungen“ auf steuerliche EK-Instrumente.*

*Unabhängig davon dürfen Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, die in der Handelsbilanz als Fremdkapital behandelt werden, mit denen aber das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, das Einkommen der ausschüttenden Körperschaft nicht mindern (§ 8 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 KStG). Die zur Auslegung des § 8 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 KStG ergangenen BMF-Schreiben haben weiterhin Gültigkeit (BMF v. 17.2.1986 – IV B 7 – S 2742–1/86; BMF v. 8.12.1986 – IV B 7 – S 2742–26/86 und BMF v. 27.12.1995 – IV B 7–S 2742–76/95, BStBl. I 1996 S. 49).*

Abb. 2: Genussrechts-Verfügung v. 12.5.2016

sem Standpunkt an.<sup>11</sup> Kernaussage der Finanzverwaltung war (vgl. Abb. 2), dass die Kriterien des IDW als Grundsätze ordnungsgemäßer Bilanzierung (GoB) anzusehen wären und diese Wertung über die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EStG, ggf. i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG) auch in die steuerliche Gewinnermittlung zu übernehmen sei.

Wird das Genussrecht schon handelsrechtlich als Eigenkapital angesehen, sind Vergütungen (Zinsen) nicht als Betriebsausgabe abziehbar (vgl. § 8 Abs. 3 Satz 1 KStG). Die Konsequenzen gehen jedoch weit darüber hinaus. Die in die Steuerbilanz zu übertragende Qualifikation als Eigenkapital führt dazu, dass die bislang passivierte Verbindlichkeit auszubuchen ist.

Die Literatur sah hierin aber zu Recht einen Wertungswiderspruch mit der gesetzlichen Vorgabe des § 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 KStG.<sup>12</sup> Teilweise wurde die Vorschrift auch als Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes angesehen. Die aufkommende Kritik veranlasste die Finanzverwaltung jedoch, ihre umstrittene Auffassung schon im Jahr 2018 wieder aufzugeben.<sup>13</sup> Nunmehr sollte Genussrechtskapital nach den GoB grundsätzlich immer als Verbindlichkeit anzusetzen sein, weil Genussrechte einen schuldrechtlichen Charakter hätten (vgl. Abb. 3).

Nach verbreitetem Verständnis<sup>14</sup> ging die Praxis daraufhin dazu über, Genussrechte

aufgrund dieses schuldrechtlichen Charakters auf der ersten Stufe der Gewinnermittlung nach den GoB in der Steuerbilanz als Verbindlichkeiten zu passivieren und Zahlungen ergebniswirksam zu behandeln. Auf der zweiten Stufe der Einkommensermittlung war dann nach § 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 KStG zu beurteilen, ob ggf. eigenkapitalähnliche Genussrechte vorliegen, für welche ein Betriebsausgabenabzug außerbilanziell zu korrigieren wäre.<sup>15</sup>

Weitere Erkenntnisse ergaben sich aus der Entscheidung des I. Senats des BFH aus dem Jahr 2019, die auch den nun vorgelegten Entwurf mitgeprägt hat.<sup>16</sup> Der BFH hatte aus Sicht eines Gläubigers zu entscheiden, ob es sich um beteiligungsähnliches Genussrechtskapital und damit Beteiligungseinkünfte oder Zinsen aus obligationsähnlichem Genussrechtskapital handelt. Nur für diese Unterscheidung, nicht aber für die Unterscheidung zwischen Eigen- und Fremdkapital, griff der BFH auf den Genussrechtstest zurück. Zudem stellte er klar, dass die Beteiligung am Liquidationserlös für das beteiligungsähnliche Genussrecht i. S. von § 11 KStG die damit verbundene Beteiligung an den stillen Reserven erfordere und dass eine Gewinnbeteiligung zusammen mit einer Stellung als (ansonsten) Alleingesellschafter, langer Laufzeit und Wandlungsmöglichkeit nicht ausreiche.

11 Vgl. OFD NRW, Koordinierter Erlass des Bundes und der Länder vom 12.5.2016 – S 2742–2016/0009–St 131, Körperschaftsteuerliche Behandlung von Genussrechten, DStR 2016 S. 1816.

12 Vgl. Breuninger/Ernst, GmbHR 2012 S. 494; Momen/Kroener, DB 2012 S. 829; Richter, DStR 2016 S. 2058, Anzinger, RdF 2018 S. 64.

13 Vgl. FinMin NRW, bundeseinheitliche Vfg. vom 18.7.2018 – S 2133–000036 – V B 1, DB 2018 S. 1762.

14 Vgl. v. Wollfersdorf, StuB 2018 S. 801; Karcher, DStR 2020 S. 1945.

15 Vgl. v. Wollfersdorf, StuB 2018 S. 801, 802f.

16 Vgl. BFH-Urteil vom 14.8.2019 – I R 44/17, BFH/NV 2020 S. 807.

#### 4. Auffassung der Finanzverwaltung gem. BMF-Entwurf

Bei dem nun vorgelegten Entwurf<sup>17</sup> handelt es sich um die in der Genussrechts-Verfügung aus 2018 angekündigte abschließende Bewertung, in die man Rückmeldungen zur 2018 veröffentlichten Auffassung einarbeiten wollte (vgl. Abb. 3). Zugleich nutzt man die Gelegenheit, um das alte BMF-Schreiben aus 1995 aufzuheben<sup>18</sup> und, soweit geboten, zusammen mit der neueren Rechtsprechung in dieses Schreiben einzuarbeiten. Dabei wollte das BMF einen „größeren Wurf“ erstellen als lediglich die OFD-Verfügung als BMF-Schreiben zu wiederholen.

##### 4.1 Anwendungsbereich und Definition

Der Begriff des Genussrechts ist gesetzlich nicht normiert, auch wenn dieser in verschiedenen Gesetzen vorausgesetzt wird (im Steuerrecht in §§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, 17 Abs. 1 Satz 3, 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, 43 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG, ferner in §§ 285 Nr. 15a HGB, 221 Abs. 3 und 4 AktG).<sup>19</sup> Der Bezeichnung als „Genussrecht“ soll allenfalls indizielle Bedeutung zukommen.<sup>20</sup> Hier setzt der BMF-Entwurf an und definiert im Gleichklang mit der allgemeinen Auffassung Genussrechte für steuerliche Zwecke bilanziell als schuldrechtliche Gläubigerrechte, durch die dem Rechteinhaber grundsätzlich Vermögensrechte zugestanden werden, die typischerweise nur Gesellschaftern zustehen.<sup>21</sup> In Abgrenzung zu „echten“ Eigenkapitalinstrumenten dürfen jedoch keine mitgliedschaftlichen Verwaltungsrechte eingeräumt werden. Hierzu gehören klassischerweise die Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsführung, Kontrollrechte, Stimmrechte und die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen.

Vielmehr stellt der Entwurf in den Mittelpunkt, dass es sich um einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung des überlassenen Kapitals handelt, für den der Genussrechtsinhaber einen vertraglichen Anspruch auf eine Verzinsung erhält. Von einem klassischen Fremdkapitaldarlehen grenzt sich das Genussrecht jedoch typischerweise durch die Partizipation an den gesellschaftlichen Vermögensrechten ab, einhergehend mit Regelungen zur Verlustbeteiligung, zu Laufzeit und Kündigungsrechten, zu Informations- und Kontrollrech-

#### Genussrechts-Verfügung 2018

*Genussrechtskapital ist nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG in der Steuerbilanz als Verbindlichkeit anzusetzen.*

*Vergütungen auf dieses Genussrechtskapital sind grundsätzlich als Betriebsausgaben abzugsfähig. Sie mindern, vorbehaltlich § 8 Abs. 3 Satz 2 2. Alternative KStG, grundsätzlich das Einkommen. Diese Rechtsauffassung soll im Nachgang zu den Antwortschreiben des BMF an die Verbände durch ein BMF-Schreiben kommuniziert werden.*

*Diesen Beschlüssen liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Genussrechte einen schuldrechtlichen Charakter haben.*

*Die Beschlüsse betreffen allein die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital bei Genussrechten. Inwieweit diese Verbindlichkeit in der Bilanz im Einzelfall anzusetzen ist oder ein Passivierungsverbot besteht, war nicht Gegenstand der Entscheidung und ist nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung zu beurteilen.*

Abb. 3: Genussrechts-Verfügung v. 18.7.2018

ten und häufig zum Rangrücktritt. Die im Entwurf niedergelegte Definition deckt sich weitgehend mit dem bisherigen Verständnis von Rechtsprechung und Literatur.<sup>22</sup>

Der BMF-Entwurf will gleichermaßen beteiligungsähnliches Genussrechtskapital i. S. von § 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG sowie auch obligationsähnliches Genussrechtskapital, d. h. solches, mit dem nicht das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös verbunden ist, erfassen.<sup>23</sup> Mit anderen Worten: Die Grundaussagen des Entwurfs gelten unabhängig von dem – früher bestimmenden – Ergebnis des „Genussrechtstests“ in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Mangels ausdrücklicher Begrenzung in seinem Anwendungsbereich ist davon auszugehen, dass der Entwurf nicht auf Kapitalgesellschaften beschränkt ist und auch solche Genussrechte umfasst, welche von anderen Körperschaften, (Handels-)Personengesellschaften und Einzelkaufleuten ausgegeben werden.

##### 4.2 Abgrenzung zu anderen Kapitalüberlassungen

Wesentliches Abgrenzungsmerkmal des Genussrechts von einer Beteiligung als stille Gesellschaft ist der schon in deren Namen sichtbare mitgliedschaftliche Zusammenschluss zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks (§§ 230 Abs. 1 HGB, 705 BGB), der über die bloße Kapitalhingabe hinausgeht.<sup>24</sup> Verbunden ist dies mit einer

17 Siehe Fn. 1.

18 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rn. 37, wonach BMF-Schreiben vom 27.12.1995, BStBl. I 1996 S. 49, aufgehoben wird. Es handelt sich hierbei um den Nichtanwendungserlass zum BFH-Urteil vom 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996 S. 77.

19 Vgl. Brandis/Heuermann/Rengers, 164. EL November 2022, § 8 KStG Rn. 192.

20 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rz. 1, 2.

21 Vgl. ebenda, Rz. 1.

22 Vgl. BFH-Urteil vom 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996 S. 77; vom 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008 S. 852; vom 14.8.2019 – I R 44/17, BFH/NV 2020 S. 807; Brandis/Heuermann/Rengers, 164. EL November 2022, § 8 KStG Rn. 192.

23 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rz. 4.

24 Vgl. BFH-Urteil vom 22.7.1997 – VIII R 57/95, BStBl. II 1997 S. 755; vom 28.11.2019 – IV R 54/16, BFH/NV 2020 S. 420; vom 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2005 S. 852.

In der Praxis wird der Genusstest heute schon zur Abgrenzung auch für andere Hybridfinanzierungen angewendet.

begrenzten Beteiligung an Verwaltungsrechten. Die „atypisch“ stille Gesellschaft, die vor allem durch eine (auf seine Einlage beschränkte) Beteiligung an den Unternehmensverlusten sowie an stillen Reserven gekennzeichnet ist, wird steuerlich als Eigenkapital (Mitunternehmerschaft) behandelt. Hingegen besitzt eine nach dem Leitbild der §§ 235 f. HGB ausgestaltete, „typische“ stille Gesellschaft in aller Regel Fremdkapitalcharakter.<sup>25</sup>

Bei einem partiarischen Darlehen wird die Kapitalüberlassung nicht oder zumindest nicht ausschließlich<sup>26</sup> durch einen festen Zins vergütet, sondern mit einem Anteil am erwirtschafteten Erfolg des Darlehensnehmers.<sup>27</sup> Dies kann ein Anteil am Gewinn oder Umsatz sein oder am Erfolg eines bestimmten, im Regelfall des konkret finanzierten, Geschäfts.<sup>28</sup> Jedoch kennt das partiarische Darlehen keine Verlustbeteiligung und es fehlt ein mit dem Darlehensnehmer gemeinsam verfolgter Zweck<sup>29</sup> i. S. von § 705 BGB.<sup>30</sup> Damit ist das klassische partiarische Darlehen grundsätzlich als Fremdkapital anzusehen. Kommt es dennoch zur Verlustbeteiligung, so liegt ein Indiz vor, dass es sich – unabhängig von der Bezeichnung des Finanzierungsinstruments – um ein Genussrecht handelt.<sup>31</sup> Dies gilt insbesondere, wenn zusätzlich eine Beteiligung auch am Liquidationserlös eingeräumt wird.

Angesichts der in sich verschwimmenden Gestaltungsformen (vgl. zur Abgrenzung Abb. 4) verwundert, dass die weiteren Hybridinstrumente „stille Gesellschaft“ und „partiarisches Darlehen“ vom Entwurf nicht erfasst sein sollen.<sup>32</sup> Deren Behandlung soll sich weiterhin nach allgemeinen Grundsätzen richten.<sup>33</sup> Der Eingangssatz, nachdem es um die Zuordnung von Kapital, „insbesondere ... durch die Einräumung von Genussrechten“, geht, deutet jedoch darauf hin, dass bestimmte Aussagen, etwa zur fehlenden wirtschaftlichen Belastung, auch auf andere Hybridinstrumente übertragbar sein sollen. Dies wäre wünschenswert, um auch dort eine klare Regelung zur Hand zu haben und abweichende Beurteilungen zwischen diesen im Einzelfall schwer abgrenzbaren Finanzierungsinstrumenten zu vermeiden. In der Praxis wird der Genusstest aber heute schon zur Abgrenzung auch für andere Hybridfinanzierungen angewendet. Der Entwurf spricht zudem davon, dass die Bezeichnung als Genussrecht allenfalls ein Indiz dar-

25 Vgl. BFH-Urteil vom 27.3.2012 – I R 62/08, BStBl. II 2012 S. 745, Rn. 13; BFH-Urteil vom 28.11.2019 – IV R 54/16, BFHE 266 S. 250, Rn. 46.  
26 Der Fall einer Kombination aus fester und erfolgsabhängiger Vergütung wird im Entwurf nicht thematisiert. Hier wäre eine Regelung wünschenswert; so auch IDW, Stellungnahme vom 30.11.2022, S. 5.  
27 Vgl. BFH-Urteil vom 22.6.2010 – I R 78/09, BFH/NV 2011 S. 12; BMF, Novemberentwurf, Rz. 7.  
28 Vgl. BFH-Urteil vom 22.6.2010 – I R 78/09, BFH/NV 2011 S. 12, Rz. 17.  
29 Soweit ersichtlich wurde noch nicht diskutiert, ob die nach § 3a Abs. 2 EStG geforderte Sanierungsabsicht schon ausreicht, um einen gemeinsamen Zweck i. S. des § 705 BGB zu begründen. Das Erfordernis ist jedenfalls ernstzunehmen, wie die Entscheidung des BFH, Beschluss vom 27.11.2020 – X B 63/20, ZlInsO 2021 S. 75, zeigt. Zur Abgrenzung eines gemeinsamen Zwecks von nur gemeinsamem Interesse siehe BGH-Urteil vom 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127 S. 176.  
30 Vgl. BFH-Urteil vom 28.11.2019 – IV R 54/16, BFH/NV 2020 S. 420, Rz. 33.  
31 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rz. 7.  
32 Kritisch hinsichtlich unklarer Abgrenzungsfragen und deren Konsequenzen Anzinger, RdF 2018 S. 65.  
33 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rn. 1, 2.

KRITERIEN	Eigenkapital	Atypisch stille Gesellschaft	Genussschein	Typisch stille Gesellschaft	Partiarisches Darlehen	Fremdkapital
Rechtsnatur der Beteiligung	gesellschaftsrechtlich	gesellschaftsrechtlich	schuldrechtlich	schuldrechtlich	schuldrechtlich	schuldrechtlich
Gemeinsamer Zweck	ja	ja	nein	ja	nein	nein
Teilnahme Gesellschafterversammlung	ja	nein	nein	nein	nein	nein
Stimmrechte	ja	nein, aber mitgliederschaftsähnliches Mitspracherecht	nein	nein	nein	nein
Kontrollrechte	ja	teilweise	teilweise	teilweise	nein	nein
Informationsrechte	ja	ja	ja	ja	ja	ja
Dauer der Kapitalüberlassung	unbegrenzt, unkündbar	i. d. R. feste Laufzeit, kündbar	i. d. R. feste Laufzeit, kündbar	feste Laufzeit, kündbar	feste Laufzeit, kündbar	feste Laufzeit, kündbar
Rückzahlungsverpflichtung außerhalb der Beendigung der Unternehmung (Liquidation)	nein	ja	ja	ja	grds. feste Tilgungsrate	grds. feste Tilgungsrate
Vergütung	Gewinnbeteiligung	Gewinnbeteiligung	Gewinnbeteiligung	Gewinnbeteiligung	erfolgsabhängige Verzinsung	feste Verzinsung
Verlustbeteiligung	ja	ja, i. H. der Einlage	je nach Ausgestaltung	nein	nein	nein

Abb. 4: Idealtypische Eigenschaften hybrider Finanzinstrumente (im Einzelfall abweichend durch vertragliche Gestaltung)

stellt und die Zuordnung nach den Kriterien des Entwurfsschreibens zu erfolgen hat.<sup>34</sup>

### 4.3 Zwei-Stufen-Konzept

Der Entwurf unterteilt die materielle Prüfung in zwei Schritte. Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob es sich um Eigen- oder Fremdkapital handelt. Dabei erfolgt die Einordnung ausschließlich nach den (handelsrechtlichen) GoB. Der in der Literatur vertretenen Ansicht, es handele sich bei § 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. KStG um eine Bilanzierungsvorschrift oder einen GoB, wird eine klare Absage erteilt.<sup>35</sup> Ebenso sieht die Finanzverwaltung die Abgrenzungskriterien des IDW in HFA 1/94 nicht als GoB an. Kommt man nach den GoB zum Ergebnis, dass Eigenkapital gegeben ist, so schlägt dieses über die Maßgeblichkeit auf die Steuerbilanz durch.

Handelt es sich hingegen um Fremdkapital, ist auf einer zweiten Prüfungsstufe zu fragen, ob dieses Fremdkapital in der Steuerbilanz als Verbindlichkeit auszuweisen ist oder nicht. Schon handelsrechtlich besteht seit jeher eine Ausnahme, wenn keine wirtschaftliche Belastung gegeben ist. Dies zeigt sich beispielsweise an den Abgrenzungsfragen zur Bilanzierung von Verpflichtungen aus einem Besserungsschein.<sup>36</sup> Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass ein Gläubiger von seinem Rückzahlungsanspruch auch Gebrauch machen wird und damit auch eine wirtschaftliche Belastung vorliegt.<sup>37</sup> Ein Rangrücktritt schließt die wirtschaftliche Belastung jedoch ebenso wenig aus wie die Tatsache, dass der Schuldner gar kein ausreichendes Vermögen besitzt, um die Verbindlichkeit zu tilgen.<sup>38</sup> Die Finanzverwaltung folgt damit über die zitierten BFH-Urteile hinaus auch der Entscheidung des BFH zum Rangrücktritt aus dem Jahr 2020.<sup>39</sup> Dort war in einem Konzernsachverhalt ein Rangrücktritt auf das Darlehen der Konzernmutter erklärt worden, um die insolvenzrechtliche Überschuldung der Tochtergesellschaft zu vermeiden. Die Besonderheit des Falls lag darin, dass die Tochtergesellschaft ihre operative Tätigkeit zwischenzeitlich eingestellt hatte und aufgrund weitgehender Vermögenslosigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht mehr in der Lage war, das Darlehen jemals zu tilgen. Die Betriebsprüfung sah hier eine fehlende wirtschaftliche Belastung.

Dem widersprach der BFH. Das wirtschaftliche Unvermögen sei unerheblich.<sup>40</sup> Allein das rechtliche Bestehen einer Verbindlichkeit bewirke im Regelfall eine wirtschaftliche Belastung und rechtfertige somit eine Passivierung der Verbindlichkeit. Es lässt darauf schließen, dass der Gläubiger sein Forderungsrecht geltend machen wird und das Vermögen somit durch bevorstehende Zahlungen belastet ist:<sup>41</sup> „Die Verbindlichkeit wäre nur dann auszubuchen, falls eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit gegen eine Inanspruchnahme spräche. Diese Voraussetzung ist bei Vermögenslosigkeit indes nicht gegeben, so dass auch im Überschuldungsfalle weiterhin Fremdkapital vorliegt. Mit Rücksicht auf das Gebot des vollständigen Vermögensausweises (§ 246 Abs. 1 HGB) führt allein die Vermögenslosigkeit des Schuldners nicht dazu, eine rechtlich bestehende Verpflichtung aus dem handels- oder steuerrechtlichen Abschluss auszubuchen.“<sup>42</sup>

Folgerichtig spielt auch die Laufzeit einer Kapitalüberlassungsvereinbarung für die Frage einer wirtschaftlichen Belastung nach dem Entwurf keine Rolle.<sup>43</sup> Die frühere Abgrenzung bei einer Vertragsdauer von mehr als 30 Jahren<sup>44</sup> wird hiermit aufgegeben.<sup>45</sup> Diese Sichtweise ermöglicht zwar, Finanzierungsinstrumente mit 1000-jähriger Laufzeit zu vereinbaren, ohne die durch sie verursachte wirtschaftliche Belastung in Frage zu stellen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, welche Vorteile man aus einer solchen Gestaltung ziehen könnte.

Die in der Praxis relevantere Ausnahme ist originär steuerrechtlich. § 5 Abs. 2a EStG regelt, dass eine Verbindlichkeit, die ausschließlich aus künftigen Gewinnen zu tilgen ist, erst dann zu bilanzieren ist, wenn diese Gewinne tatsächlich angefallen sind und sich die wirtschaftliche Belastung dadurch manifestiert. Dieser fügt sich stimmig in die neue Konzeption ein. Denn auch in den Fällen des § 5 Abs. 2a EStG liegt steuerbilanziertes Fremdkapital vor. Dieses soll auch nicht in Eigenkapital umqualifiziert werden. Es geht lediglich darum, dass bei fehlender wirtschaftlicher Belastung die Leistungsfähigkeit des Schuldners nicht beeinträchtigt wird. Ein gewinnmindernder Ansatz in der Steuerbilanz ist daher nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht geboten. An der Qualifikation als Fremdkapital ändert sich hier nichts; damit bleiben auch – trotz der Nicht-Bilanzierung – Zinsaufwendungen auf dieser Prüfungsebene abzugsfähig. Dies ist aber auch richtig, denn es besteht ja ein tatsächlicher Rückzahlungsanspruch, der erfüllt werden muss, sobald künftige Gewinne entstehen.

34 Vgl. ebenda, Rn. 2.

35 Vgl. ebenda, Rn. 11.

36 Vgl. dazu Crone/Kreide, NWB Sanieren 2/2023.

37 Vgl. ebenda, Rn. 23.

38 Vgl. ebenda, Rn. 24; vgl. bereits BMF-Schreiben vom 8.9.2006 – IV B 2 – S 2133–10/06, BStBl. I 2006 S. 497, Rn. 3; OFD Frankfurt, Verfügung vom 3.8.2018 – S 2743 A – 12 – St 525, DStR 2019 S. 560, Tz. 2.

39 Vgl. BFH-Urteil vom 3.12.2020 – XI R 32/18, BStBl. II 2021 S. 279.

40 Vgl. ebenda, Rn. 20.

41 Vgl. ebenda, Rn. 31.

42 Ebenda, Rn. 33.

43 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rn. 24.

44 Vgl. BMF-Schreiben vom 8.12.1986 – IV B 7 2742-26/86, BB 1987 S. 667.

45 Ablehnend bereits BFH-Urteil vom 14.8.2019 – I R 44/17, BFHE 267 S. 1, Rz. 47 m. w. N.

Es ist inkonsequent, den gerade erst etablierten Grundsatz der Bezugnahme auf Rückzahlungsansprüche schon wieder durch wirtschaftliche Kriterien aufzuweichen.

#### 4.4 Abgrenzung von Fremdkapital und Eigenkapital in der Steuerbilanz

Der Entwurf macht die Frage einer bestehenden Rückzahlungsverpflichtung zum entscheidenden Abgrenzungskriterium. Liegt eine solche vor, so soll Fremdkapital vorliegen, fehlt diese, so handelt es sich um Eigenkapital.<sup>46</sup> Damit folgt der Entwurf einer auch international bekannten und anerkannten Abgrenzungssystematik. Der Entwurf stellt zudem klar, dass es sich steuerrechtlich um Fremdkapital handeln kann auch wenn nach den Kriterien der Verlautbarung IDW/HFA 1/94 eine handelsrechtliche Einordnung als Eigenkapital erfolgt.<sup>47</sup> Dem Einwand der Verletzung des Maßgeblichkeitsprinzips kann entgegengehalten werden, dass dem IDW als Verein des Privatrechts insofern keine Rechtssetzungs- und Normkonkretisierungskompetenz zukommt.<sup>48</sup>

Eine Absage erteilt der Entwurf dagegen der in der Literatur vertretenen Ansicht, bei dem sog. „Genussrechtstest“ (§ 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 KStG) handle es sich um eine Regelung zur Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes oder gar um einen GoB. Das BMF stellt insofern klar, dass es sich hierbei nicht um eine Bilanzierungsvorschrift, sondern eine reine Einkommensermittlungsvorschrift handelt, welche die bilanzsteuerrechtliche Einordnung als Eigen- bzw. Fremdkapital nicht berührt.<sup>49</sup> Dies erscheint u.E. nur konsequent, da die Vorschrift systematisch und dem Wortlaut nach der Einkommensermittlung dient.

Der bisherige Genussrechtstest (vgl. Abb. 5 auf S. 65) hat damit jedoch nicht ausgedient. Handelt es sich um Fremdkapital, so ist mittels des Genussrechtstests zu ermitteln, ob die laufenden Aufwendungen als Betriebsausgaben abzugsfähig sind. Handelt es sich bereits um Eigenkapital, so kommt der Vorschrift lediglich klarstellender Charakter zu, da bereits mit § 8 Abs. 3 Satz 1 KStG hinreichend geregelt wird, dass Einkommensverteilungen für dessen Ermittlung unerheblich sind. Der Genussrechtstest greift hingegen in die Abzugsfähigkeit von steuerbilanziellem Fremdkapital ein, wenn dieses eine eigenkapitalähnliche Partizipation an Gewinnen und Liquidationserlösen ermöglicht.

#### 4.5 Genussrechtskapital in der Krise

Anlass für die Aufnahme des Abschnitts zum Genussrechtskapital in der Krise war eine rechtskräftige Entscheidung des FG Münster aus 2021.<sup>50</sup> Die Ausführungen im Entwurf sind dem Urteilsfall nachgebildet. Dort kam es nach dem Erwerb von Genussrechten zur Insolvenzeröffnung.

Zunächst gilt der Grundsatz, dass auch in der Krise gewährtes Fremdkapital nicht in Eigenkapital umgedeutet wird. Dies gilt auch bei Vermögenslosigkeit des Schuldners.<sup>51</sup> Der Entwurf spricht dann jedoch davon, dass ausnahmsweise eine Eigenkapitalgewährung vorliegen könne, wenn „*das von einem Anteilseigner in der Krise gewährte Genussrechtskapital aufgrund vertraglicher Abreden mit der Zuführung einer Einlage in das Vermögen der Kapitalgesellschaft wirtschaftlich vergleichbar*“ sei.<sup>52</sup> Nach der im Entwurf gefestigten Systematik wird konsequenterweise darauf abgestellt, ob die Rückzahlungsmodalitäten im Wesentlichen denen von Eigenkapital entsprechen. Im Ergebnis liege dann schon bei Gewährung des Genussrechtskapitals steuerlich eine verdeckte Einlage vor.<sup>53</sup>

In Tz. 18 führt der Entwurf dann Kriterien auf, die für eine solche Qualifizierung sprechen und kumulativ vorliegen müssten:

- Kapitalüberlassung im zeitlichen Zusammenhang mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens,
- geringe laufende Gewinne gegenüber hohen Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft sowie
- der Verzicht des Kapitalgebers auf Sicherheiten für das Darlehen.

Zu Recht hat der IDW in seiner Stellungnahme zum Entwurf die Frage aufgeworfen, wie ein solches Genussrecht zu behandeln sei, welches vor der Krise gewährt wurde.<sup>54</sup> Hier sollte der Grundsatz gelten „einmal Fremdkapital, immer Fremdkapital“, es sei denn, die rechtliche Qualität des Genussrechts wird aktiv geändert. Der Wortlaut „Kapitalgewährung“ deutet zudem darauf hin, dass der Entwurf die neue Zuführung von Kapital in der Krise adressieren will und das Stehenlassen von Kapital nicht Gegenstand der Tz. 16 bis 18 ist. Eine Klarstellung wäre hier wünschenswert. Ferner weist der IDW zu Recht darauf hin, dass die Kriterien in Tz. 18 unscharf sind und konkretisiert werden sollten.<sup>55</sup> Auch die Bezugnahme auf „Darlehen“ sei missverständlich und sollte durch „Kapitalüberlassung“ ersetzt werden.<sup>56</sup> Tatsächlich erscheint es inkonsequent, den gerade erst etablierten Grundsatz der Bezugnahme auf Rückzahlungsansprüche schon wieder durch wirtschaftliche Kriterien aufzuweichen.<sup>57</sup> Dies erscheint gerade für die Situation der Krise auch nicht geboten. Würde ein Gesellschafter die Gesellschaft durch einen Rangrücktritt auf sein Gesellschafterdarlehen begünstigen, so wird

46 Vgl. ebenda, Rz. 9.

47 Vgl. ebenda, Rz. 15.

48 Vgl. BeckOGK/Traut v. 1.9.2022, § 238 HGB Rn. 46, 47, m.w.N.

49 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rz. 11.

50 Vgl. FG Münster, Urteil vom 9.6.2021 – 13 K 207/18 E und F, DStRE 2022 S. 724.

51 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Tz. 16.

52 Vgl. ebenda, Tz. 17.

53 Vgl. ebenda.

54 Vgl. IDW, Stellungnahme vom 30.11.2022, S. 4.

55 Vgl. ebenda.

56 Vgl. ebenda.

57 Ebenso Behnes/Helios, DB 2023 S. 156.



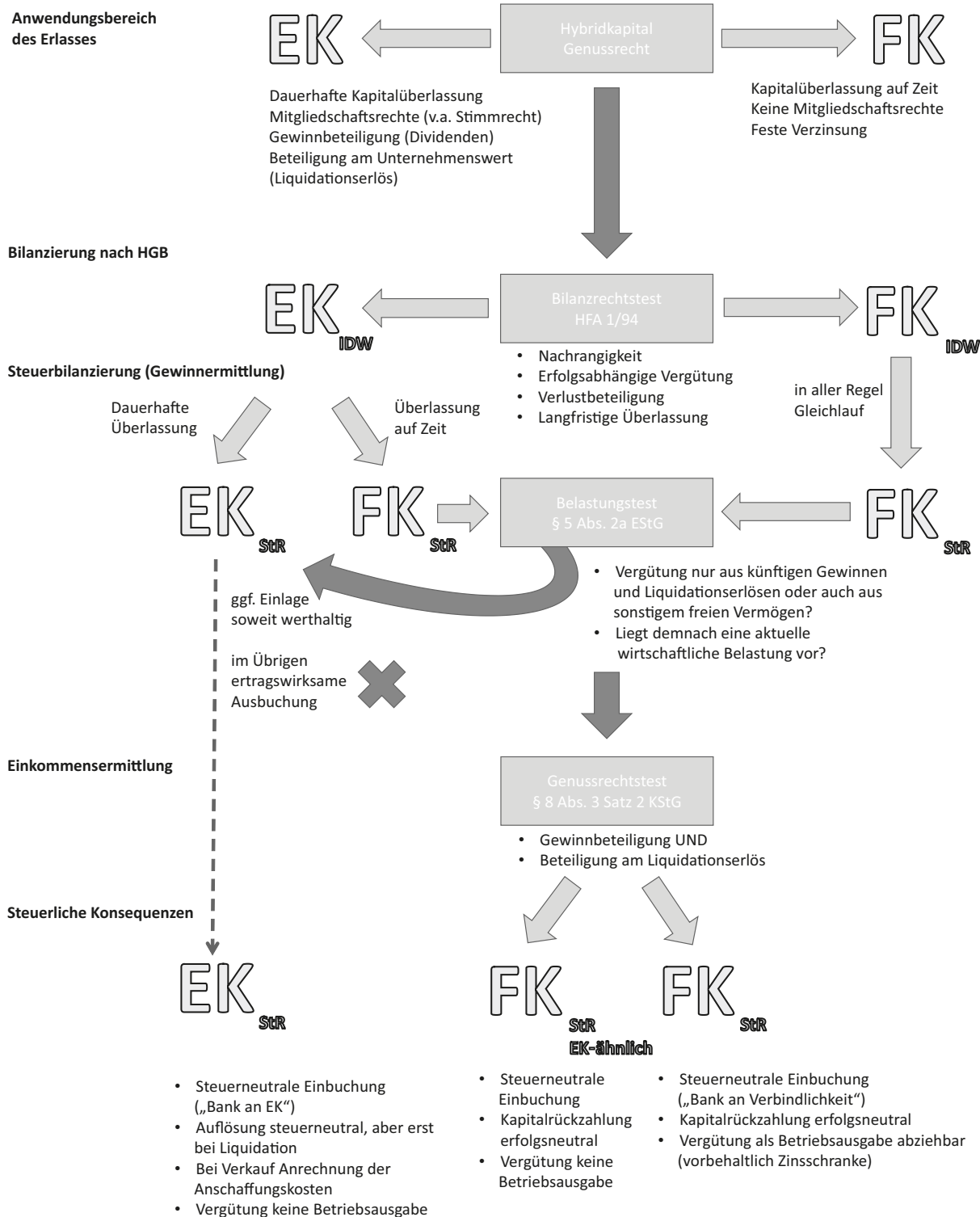


Abb. 5: Genussrechts-  
test

keine Umqualifikation verlangt, obwohl der Rangrücktritt das Paradebeispiel einer entwerteten Rückzahlungsverpflichtung ist. Doch ist gerade hier durch den BFH ausgeurteilt, dass es auf die wirtschaftliche Beur-

teilung nicht ankommt. Allein entscheidend wäre, dass der Gesellschafter zum Ausdruck bringt, sein Kapital im Grundsatz schon zurückzuerhalten wollen. Mit anderen Worten: Ein Rangrücktritt, das hat der BGH in seinem Grundsatzurteil 2015 festgestellt, ist eben kein Forderungsverzicht. Dies sollte auch hier gelten. Das BMF hat

Problematisch  
sind aber Pflicht-  
wandelanleihen.  
Diese wurden  
steuerlich bislang  
als Fremdkapital  
angesehen.

KSI 2/23      66      Genussrechte: Eigen- oder Fremdkapital?

jedoch aufgrund der Rückmeldungen aus der Anhörung angekündigt, diesen Abschnitt noch einmal mit den Ländern zu besprechen. Ggf. sollte klargestellt werden, dass hier allein ein spezieller Urteilsfall adressiert wurde, der in seiner Allgemeinheit nicht übertragbar ist.

Fraglich erscheint auch, ob ein Verzicht auf Sicherheiten ein geeignetes Kriterium ist, um einem in der Krise gewährten Darlehen die Fremdkapitaleigenschaft abzusprechen. Selbst im Fremdvergleich dürften in der Krise nur die wenigsten Dritt-Darlehen noch besichert werden können. Für den hier adressierten Anteilseigner stellt sich die Forderung nach einer Sicherheit auch als fernliegend dar, weil die Sicherheit nicht nur einem hohen Anfechtungsrisiko unterliegt (§ 135 InsO), sondern darüber hinaus auch ein falsches Signal an die übrigen Stakeholder sendet, von denen in der Unternehmenskrise früher oder später ebenfalls Zugeständnisse verlangt werden müssen.

#### 4.6 Wandlungs- und Optionsrechte

Für Wandlungs- und Optionsrechte sollen zunächst einmal die allgemeinen Grundsätze gelten. Danach spricht die zusätzliche Einräumung eines Wandlungs- oder Optionsrechts („Equity kicker“) für sich gesehen noch nicht gegen die Einordnung als Fremdkapital. Die Qualifikation ändert sich erst mit der tatsächlichen Wandlung. Sofern eine Rückzahlungsverpflichtung gegeben ist, liegt bis dahin Fremdkapital vor.<sup>58</sup> In Rn. 20 wird davon abweichend festgehalten, dass eine Zuführung von Eigenkapital schon vorher vorliegen könnte, wenn das Wandlungs- oder Optionsrecht so ausgestaltet ist, dass ein wirtschaftlicher Zwang zum Erwerb von Gesellschaftsrechten besteht.<sup>59</sup> Diese Formulierung stammt noch aus dem alten BMF-Schreiben von 1986.<sup>60</sup>

Problematisch sind aber Pflichtwandelanleihen. Diese wurden steuerlich bislang als Fremdkapital angesehen.<sup>61</sup> Der Entwurf könnte nun so verstanden werden, dass es durch den Pflichtumtausch nie zur einer Rückzahlungsverpflichtung kommt und damit dieses Genussrecht stets als Eigenkapital zu verbuchen wäre. Richtiger wäre wohl zu fragen, ob es an einer wirtschaftlichen Belastung fehlt, wenn von einer sicheren Wandlung auszugehen ist.<sup>62</sup> Es liege dann

ein Fremdkapitalinstrument vor, welches aber ggf. nicht als Verbindlichkeit bilanziert werden dürfte. Eine Änderung der Verwaltungsauffassung war dem Vernehmen jedoch nicht beabsichtigt. Man hätte die alte Formulierung übernommen, weil sie in der Praxis keine Probleme bereitet hätte. Die Finanzverwaltung wird die in den Anhörungen adressierten Punkte jedoch dem Vernehmen nach noch einmal würdigen.

#### 4.7 Behandlung beim Genussrechtsinhaber

Zur steuerlichen Behandlung der Genussrechtsvergütung beim Genussrechtsinhaber äußert sich der Entwurf nicht. Die Einkommensqualifikation sollte nach allgemeinen Regeln unproblematisch sein. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen es zu einer Doppelbesteuerung kommt, wenn die Abzugsfähigkeit auf Ebene des Schuldners versagt wird, die Vergütung aber vom Genussrechtsinhaber zu versteuern ist. Zudem stellt sich beispielsweise die Frage, ob ein Genussrecht bei der Anteilshöhe i. S. des § 8b Abs. 4 KStG (Schachtelprivileg) anzurechnen ist und damit Einfluss auf die Steuerfreiheit von konzerninternen Dividendenzahlungen haben kann.<sup>63</sup>

#### 5. Fazit und Ausblick mit Praxisempfehlungen

Mit dem vorliegenden Entwurf (vgl. Abb. 6 mit Kernaussagen, S. 67) greift die Finanzverwaltung viele Punkte ausführlicher als bislang und vor allem zusammenfassend auf. Zumindest im derzeitigen Entwurfsstadium bleiben jedoch noch wichtige Punkte offen.<sup>64</sup> Dem Vernehmen nach will sich das BMF bis zum Ende des 1. Quartals 2023 mit den Ländern zum Entwurf abstimmen, sodass im 2. Quartal 2023 mit einer Veröffentlichung der endg. Fassung gerechnet werden kann.

Inhaltlich ist zu begrüßen, dass das BMF den Genussrechtsbegriff besser konturieren möchte. Die dogmatische Systematisierung wird jedoch noch nicht an allen Punkten konsequent zum Ende entwickelt. Dem Vernehmen nach sind der Finanzverwaltung im Rahmen der Anhörung der Verbände jedoch schon viele Punkte bekannt geworden, die bis zur Veröffentlichung noch optimiert werden können und auch Gegenstand der weiteren Beratung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe werden sollen. Hinzuweisen ist noch darauf, dass es sich nicht um ein Tätigwerden des Gesetzgebers handelt. Auch das endgültige Schreiben bindet daher trotz faktisch großer Vorwirkung nur die interne Entscheidungsfindung der Finanzverwaltung. Die Auslegung der Steuergesetze kann weiterhin vollumfänglich durch die Gerichte kontrolliert werden. Bei der Ausarbeitung hat sich die Finanzverwaltung jedoch weitgehend an der einschlägigen neueren Rechtsprechung orientiert. Es ist daher davon auszugehen, dass die neuen Leitlinien zumindest im Grundsatz auch vor den Gerichten Bestand haben werden. Eine letztendliche Klärung durch die Finanzgerichte ist hingegen dort zu erwarten, wo das Schreiben auch in seiner end-

58 Vgl. BMF, Novemberentwurf, Rn. 19.

59 Vgl. ebenda, Rn. 20.

60 Vgl. BMF-Schreiben vom 8.12.1986 – IV B 7-S 2742-26/86, BB 1987 S. 667.

61 Vgl. Häusselmann, BB 2003 S. 1531.

62 So auch Behnes/Helios, DB 2023 S. 156.

63 Vgl. ebenda.

64 Weiterführend Behnes/Helios, DB 2023 S. 156.

gültigen Fassung offen bleibt, insbesondere wenn sich aus der Anwendung in der Praxis eine steuerliche Doppelbelastung zeigt.

Für die Sanierungspraxis gilt zunächst wie schon bislang, dass Maßnahmen, die die Passivseite der Bilanz betreffen, stets eine besondere steuerliche Obhut benötigen. Das BMF-Schreiben wird in vielen Punkten Klarheit bringen. Unabhängig von der Frage, ob Zinszahlungen letztlich steuerlich geltend gemacht werden können, dürfte vor allem beherrschbar werden, ob in der Steuerbilanz eine ertragswirksame Ausbuchung der Verbindlichkeit erfolgt. Daraus drohende Liquiditätsabflüsse in der Umsetzungsphase der Sanierung zu verhindern wird in der Praxis einen erheblichen Mehrwert schaffen.

Am Ende wird der Berater seinem Kunden jedoch sagen müssen, dass die endgültige Einordnung das Ergebnis einer Einzelfallprüfung<sup>65</sup> (ggf. im Rahmen der späteren Betriebsprüfung) ist. Damit droht auch noch nach Jahren die steuerliche Nicht-Anerkennung der zuvor angenommenen Gestaltung, insbesondere also eine Gewinnerhöhung durch die Nicht-Abziehbarkeit gezahlter Vergütungen. Will der Steuerpflichtige eine gerichtliche Klärung vermeiden, kann er sich nur durch eine verbindliche Auskunft schützen. Das BMF-Schreiben droht damit von einer allgemeinen Leitlinie zu einer internen Auslegungshilfe bei der Beurteilung der verbindlichen Auskunft herabzustufen. Wünschenswert wäre daher, dass die Finanzverwaltung die Anregungen aus der Anhörung nutzt, um eine möglichst voraussehbare Einordnung zu ermöglichen. Uneingeschränkt

### Kernaussagen des Entwurfs

- Es ist beabsichtigt, die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital auf eine neue Grundlage zu stellen.
- Dabei sind zwei Ebenen zu trennen: die Frage der Gewinnermittlung (Bilanzierung), bei der die handelsbilanzielle Zuordnung für die Steuerbilanz maßgeblich ist, und die Frage der Einkommensermittlung, bei der Vergütungen aus eigenkapitalangnäherem bilanziellen Fremdkapital die Abzugsfähigkeit als Betriebsausgabe versagt werden kann.
- Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Rückzahlungsverpflichtung. Eigenkapital liegt vor, wenn es sich um eine dauerhafte Beteiligung handelt, deren Rückzahlung nur in Form von Gewinnausschüttungen, Veräußerungs- oder Liquidationserlösen erfolgt. Fremdkapital ist gegeben, wenn Kapital auf Zeit überlassen wird.
- Auch bei extrem langen Laufzeiten soll allein daraus keine Umdeutung in eine Eigenkapitalbeteiligung erfolgen; die bisherige 30-Jahres-Grenze wurde aufgegeben.
- Auch bei Einordnung als fremdkapitalähnliches Genussrecht kann eine fehlende wirtschaftliche Belastung (vgl. § 5 Abs. 2a EStG) einer Bilanzierung in der Steuerbilanz entgegenstehen.
- Trotz der Einordnung als Fremdkapital ist eine gezahlte Vergütung auf Ebene der Einkommensermittlung nicht als Betriebsausgabe absetzbar, wenn eine Beteiligung am Gewinn und kumulativ am Liquidationserlös gewährt wird (§ 8 Abs. 3 Satz 2 2. Alt. KStG).
- Ungeachtet der Fokussierung auf Genussrechte dürften die Grundaussagen des Entwurfs auf alle hybriden Finanzierungsformen anzuwenden sein.
- Die Besteuerung von Vergütungen beim Genussrechtsinhaber bleibt im Entwurf weitgehend offen. Unklar ist dabei auch die Anrechnung auf die Voraussetzungen des Schachtelprivilegs (§ 8b Abs. 4 KStG).
- Der Entwurf sieht bei teilweise noch nicht trennscharfen Definitionen eine Einzelfallprüfung vor. In der Praxis ist daher weiterhin zu raten, im Vorfeld der Gestaltung eine Abstimmung mit der Finanzverwaltung zu suchen.

Abb. 6: Kernaussagen des Entwurfs

zu begrüßen ist jedoch die Transparenz, mit der die Finanzverwaltung ihren Willen zu erkennen gibt, sich einer praxisgerechten Handhabung schrittweise annähern. Damit liegt die „Größe des (Ent-)Wurfs“ darin, dass die Finanzverwaltung die Probleme der Gestaltungspraxis ernst nimmt und den Weg als Ziel begreift.

<sup>65</sup> Vgl. BMF, Novemberentwurf, Tz. 9: „Für die Zuordnung ist daher in jedem Einzelfall zu prüfen, ob ... und die Umstände dafür sprechen, dass ...“.