

Steuerliche Zweifelsfragen beim Einsatz von Genussrechten als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments

Benjamin Rapp und Lukas Reischmann*

Das Jahr 2021 war ein neues Rekordjahr für die Venture-Capital-Szene in Deutschland und der EU. So konnten deutsche Start-ups in 2021 ca. 12,4 Mrd. USD an frischem Kapital einsammeln. Als Alternative zur klassischen Eigenkapitalfinanzierung durch Ausgabe neuer Anteile durch die Zielgesellschaft kommen auch sog. mezzanine Finanzierungsinstrumente wie zB Nachrangdarlehen, Wandel- und Optionsanleihen, stille Beteiligungen und Genussrechte zum Einsatz. Ausgewählte steuerliche Aspekte im Fall der Zuführung von Wachstumskapital in Form von eigenkapitalähnlichen Genussrechten werden nachfolgend anhand eines (vereinfachten) Praxisfalls diskutiert, wobei der Beitrag auch auf den kürzlich veröffentlichten Entwurf des BMF-Schreibens v. 1.11.2022 zur ertragsteuerlichen Behandlung von Genussrechtskapital Bezug nimmt.

I. Sachverhalt (vereinfacht) und Fragestellung

Ausgangsbeispiel:

Founder 1 und Founder 2 sind die ursprünglichen Gründer und Geschäftsführer der Growth GmbH, einem Start-up aus dem Technologiebereich. Das Stammkapital der Growth GmbH beläuft sich auf 40.000 EUR, wovon Founder 1 und Founder 2 jeweils 20.000 EUR halten. Daneben ist die Investor GmbH bereits ab Gründung am Ergebnis und den stillen Reserven (inklusive einem etwaigen Liquidationserlös) der Growth GmbH in Form eines Genussrechts mit einem Nominalwert von 10.000 EUR beteiligt. Nach der Genussrechtsvereinbarung zwischen der Growth GmbH als Emittentin und der Investor GmbH als Inhaberin soll das Genussrechtskapital im Hinblick auf die Beteiligung am Ergebnis und den stillen Reserven (inklusive einem etwaigen Liquidationserlös) der Growth GmbH pari passu mit dem Stammkapital stehen, dh, 1 EUR Genussrechtskapital steht insoweit 1 EUR Stammkapital gleich. Weitergehende Rechte gewährt die Genussrechtsvereinbarung der Investor GmbH nicht. Am Verlust der Growth GmbH nimmt das Genussrecht teil.

Zur weiteren Finanzierung des Wachstums bei der Growth GmbH haben sich die beiden Gründer mit Zustimmung der Investor GmbH darauf geeinigt, die Co-Investor GmbH (Fallvariante: in Luxemburg ansässige Co-Investor Lux S.à r.l.; im Folgenden „**Co-Investor**“) als Co-Investor und reinem Kapitalgeber an Bord zu holen. Der Co-Investor soll wirtschaftlich mit 50 % an der Growth GmbH beteiligt sein. Die Gründer und die Investor GmbH einigen sich mit dem Co-Investor aus nicht steuerlichen Gründen auf eine Beteiligung in Form eines Genussrechts und beteiligen den Co-Investor auf Basis einer zutreffenden Post-Money-Bewertung der Growth GmbH iHv 2 Mio. EUR gegen eine Zahlung von 1 Mio. EUR an 50 % des Ergebnisses und der stillen Reserven (inklusive einem etwaigen Liquidationsgewinn) der Growth GmbH. Zur Vermeidung von Doppelarbeiten und Beratungskosten soll die ursprüngliche Genussrechtsvereinbarung zwischen der Investor GmbH und der Growth GmbH „gespiegelt“ werden. Um die Beteiligung am Ergebnis und den stillen Reserven (inklusive einem etwaigen Liquidationsgewinn) nach Zeichnung des Genussrechtskapitals durch den Co-Investor korrekt abzubilden und Wertverschiebungen zu vermeiden, zeichnet der Co-Investor ein Genussrecht mit einem Nominalwert von 50.000 EUR und leistet eine zusätzliche Zahlung an die Growth GmbH iHv 950.000 EUR als „Agio“. (*Abbildung s. nächste Seite*)



Abb.: Graphische Darstellung der Growth-GmbH-Struktur

Rapp/Reischmann: Steuerliche Zweifelsfragen beim Einsatz von Genussrechten als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments(DStR 2023, 241)	242
---	-----

II. Grundsätzliche zivilrechtliche Einordnung von Genussrechten bei der Emittentin

Genussrechte an einer GmbH sind nicht gesetzlich geregelt, aber wie bei der AG (s. § 160 Abs. 1 Nr. 6, § 221 Abs. 3 AktG), zulässig. Sie gewähren auf schuldrechtlicher Basis einzelne Vermögensrechte gegenüber der ausgebenden Gesellschaft, die je nach Ausgestaltung denen von Gesellschaftern entsprechen können. Die Ansprüche des Genussrechtsinhabers gegen den Emittenten bleiben allerdings rein schuldrechtlicher Natur und haben keinen mitgliedschaftlichen Charakter.¹ Um es mit dem BGH zu sagen:

„Zwar kann das Genussrecht trotz seines formal schuldrechtlichen Charakters nicht nur obligationsähnlich, sondern auch aktienähnlich ausgestaltet sein, dh, es kann vermögensrechtlich Rechte und Pflichten enthalten, die den nach dem Gesetz an die Inhaberschaft einer Aktie geknüpften entsprechen. Die mit der Aktie verbundenen, auf der Mitgliedschaft beruhenden Mitverwaltungsrechte gewährt es indessen nicht.“²

Das Genussrecht „[...] ist ein Recht, das sich in einem bestimmten geldwerten Anspruch erschöpft“.³

III. Grundsätzliche handelsbilanzielle Einordnung

Bei der Ausgestaltung eines Genussrechts sind die Vertragsparteien grundsätzlich frei.⁴ Aufgrund der vielfältigen Erscheinungsformen stellt sich die Frage der handelsrechtlichen Einordnung als Eigenkapital oder Fremdkapital. Nach Auffassung des IDW⁵, der sich die hM⁶ angeschlossen hat, stellt das Genussrechtskapital bilanzielles Eigenkapital dar, wenn kumulativ die folgenden Kriterien erfüllt sind:

- (a) **Nachrangigkeit:** Ein Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsinhabers kann im Insolvenz- oder Liquidationsfall erst nach Befriedigung aller anderen Gläubiger geltend gemacht werden.
- (b) **Erfolgsabhängigkeit:** Die Vergütung für die Kapitalüberlassung ist erfolgsabhängig, dh sie muss unter der Bedingung stehen, dass sie nur aus Eigenkapital-Bestandteilen geleistet werden darf, die nicht besonders gegen Ausschüttungen geschützt sind.
- (c) **Verlustteilnahme:** Genussrechtskapital muss am Verlust bis zur vollen Höhe teilnehmen.
- (d) **Längerfristigkeit:** Das Genussrechtskapital wird für einen längerfristigen Zeitraum überlassen, währenddessen die Rückzahlung für beide Seiten ausgeschlossen ist.

Das BMF erkennt die genannten Kriterien für einen handelsbilanziellen Ausweis von Genussrechtskapital als Eigenkapital im Grundsatz an.⁷ Gleichwohl bleibt auch handelsbilanziell wie Eigenkapital auszuweisendes Genussrechtskapital zivilrechtlich Fremdkapital, auch wenn es bilanziell eine eigenkapitalähnliche Stellung einnimmt. Die Praxis trägt dieser Sonderstellung idR durch einen Ausweis des eigenkapitalähnlichen Genussrechtskapitals als Posten zwischen dem Eigenkapital und dem Fremdkapital Rechnung.⁸

IV. Steuerliche Einordnung

1. Eigenkapitalähnliche Genussrechte iSd § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG

Nach Auffassung des BMF schließt eine handelsbilanzielle Einordnung von Genussrechtskapital als Eigenkapital nach den vorstehenden Kriterien das Vorliegen von steuerlichem Fremdkapital nicht

aus.⁹ Gestützt wird diese Auffassung nicht auf § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG, der nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Einkommensermittlungsvorschrift und keine (steuerliche) Bilanzierungsvorschrift darstellt¹⁰, sondern auf die Tatsache, dass auch im Fall von handelsbilanziell als Eigenkapital auszuweisendem Genussrechtskapital idR eine Kapitalüberlassung auf Zeit gegeben ist und daher steuerlich grundsätzlich Fremdkapital vorliegt.¹¹

Dementsprechend sind nach Auffassung des BMF Vergütungen auf das Genussrechtskapital grundsätzlich Betriebsausgaben iSd § 8 Abs. 1 KStG iVm § 4 Abs. 4 EStG. Allerdings mindern nach § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG Ausschüttungen auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapital-

Rapp/Reischmann: Steuerliche Zweifelsfragen beim Einsatz von Genussrechten als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments(DStR 2023, 241)	243
---	-----

gesellschaft verbunden ist, das steuerliche Einkommen nicht. § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG fordert keine Beteiligung an einem möglichen Verlust des Emittenten, auch wenn dies annahmegemäß laut Sachverhalt gegeben ist.¹²

Speziell in Bezug auf die Beteiligung am Liquidationserlös hat der BFH jüngst entschieden, dass eine solche nur vorliegt, sofern der Inhaber des Genussrechts am Abwicklungsendvermögen des Emittenten und damit an den tatsächlichen stillen Reserven im Falle einer Liquidation des Emittenten beteiligt ist.¹³ Eine reine Rückzahlung des Genussrechtsnennkapitals zum Zeitpunkt der Auflösung des Emittenten ist daher nicht ausreichend.

Liegen die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG vor, ist von einem eigenkapitalähnlichen Genussrecht für steuerliche Zwecke auszugehen. Für die nachfolgende Einordnung der steuerlichen Behandlung bei Emittent und Inhaber des Genussrechts ist annahmegemäß laut Sachverhalt davon auszugehen, dass das ausgegebene Genussrecht an der Growth GmbH als ein solches iSd § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG zu qualifizieren ist.

2. Steuerliche Einordnung des eigenkapitalähnlichen Genussrechts beim Emittenten

a) Steuerbilanzielle Einordnung des eigenkapitalähnlichen Genussrechts beim Emittenten

Fraglich ist, ob eine handelsrechtliche Eigenkapitalqualifikation eines Genussrechts über die Maßgeblichkeit (§ 5 Abs. 1 S. 1 EStG) automatisch auch auf die Steuerbilanz durchschlägt¹⁴ oder ob für steuerliche Zwecke im Hinblick auf die Regelung des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (s. vorstehend) eine eigenständige steuerbilanzielle Einordnung vorzunehmen ist.¹⁵ Die Finanzverwaltung hat sich mittlerweile dafür entschieden, Genussrechte unabhängig von ihrer handelsrechtlichen Einordnung für steuerliche Zwecke grundsätzlich als Verbindlichkeiten zu behandeln, unter der Voraussetzung, dass mit der Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs durch den Genussrechtsinhaber zu rechnen ist.¹⁶ Vergütungen auf Genussrechte sind daher grundsätzlich abzugsfähige Betriebsausgabe. Für eigenkapitalähnliche Genussrechte greift jedoch die Ausnahme des § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG, so dass Zahlungen hierauf das steuerpflichtige Einkommen der Growth GmbH nicht mindern.

b) Einordnung des eigenkapitalähnlichen Genussrechts für Zwecke des steuerlichen Einlagekontos beim Emittenten

Im Zusammenhang mit dem steuerlichen Einlagekonto iSd § 27 KStG stellt sich die Frage, ob die Gegenleistung für die Ausgabe der Genussrechte steuerlich als Zugang im steuerlichen Einlagekonto iSd § 27 KStG bzw. spiegelbildlich eine Rückzahlung als Abgang aus dem steuerlichen Einlagekonto zu erfassen wäre. Mit der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur¹⁷ ist dies

für eigenkapitalähnliche (wie fremdkapitalähnliche) Genussrechte abzulehnen. Dies gilt auch insoweit, wie zusätzlich zum eigentlichen Genussrechtskapital ein Agio geleistet wird. Dies ergibt sich insoweit schon aus dem schuldrechtlichen Charakter von Genussrechten. Bei einem Genussrecht handelt es sich um zivilrechtliches Fremdkapital, welches lediglich bilanziell für Zwecke der Handelsbilanz unter bestimmten Umständen wie Eigenkapital ausgewiesen werden kann.¹⁸ Weder die Einzahlung auf das Genussrecht noch die Rückzahlung des Genussrechtskapitals berührt daher das steuerliche Einlagekonto. Es handelt sich nicht um eine Leistung iSd § 27 Abs. 1 S. 3 KStG. Die Zahlungen haben ihre Ursache im Schuldverhältnis und nicht im Gesellschaftsverhältnis.¹⁹ Wie sich bereits aus dem Titel des § 27 KStG ergibt, regelt dieser nicht in das Nennkapital geleistete „Einlagen“. Einlagen können nur von Gesellschaftern geleistet werden. Die Zeichnung von Genussrechten steht aufgrund ihres schuldrechtlichen und nicht mitgliedschaftlichen Charakters hingegen (auch) Nicht-Gesellschaftern offen. Da aber nur Gesellschafter eine Leistung in das steuerliche Einlagekonto bewirken können, sind Zahlungen auf ein Genussrecht nicht als Zugang iSd § 27 Abs. 1 S. 2 KStG zu erfassen.²⁰ Dies wird auch durch den Erlass des Finanzministeriums Nordrhein-Westfalen²¹ gestützt, wonach Genussrechte unabhängig von ihrer handelsrechtlichen Einordnung für steuerliche Zwecke grundsätzlich als Verbindlichkeiten zu behandeln sind.²² Abschließend ist zu beachten, dass bei Leistungen aus dem Einlagekonto in der notwendigen Bescheinigung iSd § 27 Abs. 3 KStG der Name des Anteilseigners anzugeben ist. Auch dies spricht dafür, dass eigenkapitalähnliche Genussrechte von Nicht-Anteilseignern nicht von der Vorschrift des § 27 KStG erfasst werden.²³

c) Steuerliche Einordnung der Rückzahlung des Genussrechtskapitals

Entsprechend der grundsätzlichen steuerbilanziellen Einordnung der Genussrechte als Fremdkapital (s. vorstehend

Rapp/Reischmann: Steuerliche Zweifelsfragen beim Einsatz von Genussrechten als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments(DStR 2023, 241)	244
---	-----

und den Entwurf eines Schreibens des BMF zur ertragsteuerlichen Behandlung von Genussrechtskapital²⁴) handelt es sich bei der Rückzahlung des Genussrechtskapitals steuerbilanziell um die Tilgung einer Verbindlichkeit. Dies gilt für die Rückzahlung des Nominalkapitals wie auch des Agios.

d) Steuerliche Behandlung von Ausschüttungen auf das Genussrecht

Für den in der Praxis eher unwahrscheinlichen Fall, dass die Growth GmbH vor Exit der Investoren Ausschüttungen auf das Genussrecht vornehmen sollte, hat diese als Emittentin gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG Kapitalertragsteuer inklusive Solidaritätszuschlag iHv 26,375 % einzubehalten.²⁵ Dies gilt gemäß § 43 Abs. 1 S. 3 EStG ungeachtet einer etwaigen Anwendung von § 8b KStG (s. dazu nachstehend). Der Gläubiger der Kapitalerträge und gleichzeitige Schuldner der Kapitalertragsteuer (§ 44 Abs. 1 S. 1 EStG) kann sich die vom Emittenten für ihn abgeführte Kapitalertragsteuer (§ 44 Abs. 1 S. 3 EStG) – vorausgesetzt, es handelt sich um einen unbeschränkt Steuerpflichtigen – nach den Vorschriften des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ggf. iVm § 31 Abs. 1 KStG ggf. auf seine Körperschaftsteuerschuld im Rahmen der Veranlagung anrechnen lassen.

e) Auswirkungen der Einräumung von Genussrechten im Rahmen des § 8c KStG

Nach § 8c Abs. 1 S. 1 KStG gehen nicht ausgeglichene oder abgezogene negative Einkünfte (nicht genutzte Verluste) vollständig unter, sofern innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 50 % des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, der Beteiligungsrechte oder

der Stimmrechte an einer Körperschaft an einen Erwerber übertragen werden oder ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. Nach Auffassung der Finanzverwaltung²⁶ soll die Übertragung von Genussrechten für Zwecke des § 8c KStG wohl einen „vergleichbaren Sachverhalt“ darstellen. Auf dieser Linie argumentiert auch Frotscher.²⁷ Demnach sollen beteiligungsähnliche Genussrechte bereits ein Beteiligungsrecht iSd § 8c Abs. 1 S. 1 Alt. 1 KStG darstellen. Zur Begründung wird angeführt, dass beteiligungsähnliche Genussrechte steuerlich wie Beteiligungen am gezeichneten Kapital behandelt werden und ebenso einen Anspruch auf den Gewinn und das Liquidationsvermögen vermitteln würden. Dass Genussrechte keine Stimmrechte vermitteln, ändere daran nichts, da der Erwerb einer Beteiligung am Nennkapital und der Erwerb einer Beteiligung an den Stimmrechten jeweils unterschiedliche Tatbestände sind und der Erwerb von Genussrechten einen „vergleichbaren Vorgang“ zum Erwerb einer Beteiligung am Nennkapital, nicht zum Erwerb von Stimmrechten, darstelle. Die überwiegende Auffassung im Schrifttum geht jedoch davon aus, dass die Einräumung bzw. Übertragung eines Genussrechts keinen schädlichen Beteiligungserwerb auslösen kann.²⁸ Denn richtigerweise kann ein Genussrecht keine beteiligungsähnliche Rechte vermitteln, insbes. auch keine Stimmrechte oder sonstige Mitgliedschafts- oder Beteiligungsrechte. Es kann sich somit auch beim Erwerb bzw. bei der Emittierung nicht um einen „vergleichbaren Sachverhalt“ handeln. Die (nicht abschließende) Aufzählung des BMF im Schreiben v. 28.11.2017²⁹ geht daher wohl über den Anwendungsbereich des Gesetzes hinaus bzw. überschreitet die sachlichen Grenzen.³⁰ Maßstab im Rahmen des § 8c KStG sollte sein, ob eine der Übertragung gleichzustellende Ausweitung des wirtschaftlichen Engagements (der Einflussmöglichkeit) des betroffenen Gesellschafters – zB durch eine Verschiebung von Anteils- oder Stimmrechten – vorliegt.³¹ Dies wird man beim Genussrecht (nur schuldrechtlicher Anspruch ohne Mitgliedschaftsrechte)³² bezweifeln können.³³

3. Steuerliche Einordnung des eigenkapitalähnlichen Genussrechts beim Inhaber

a) Ausgangssachverhalt: Deutscher Investor und deutscher Co-Investor

Analog zur steuerlichen Behandlung des ausgegebenen Genussrechts beim Emittenten stellt sich die Frage der steuerlichen Einordnung und Behandlung des eigenkapitalähnlichen Genussrechts beim Inhaber, sprich hier der Investor GmbH bzw. der Co-Investor GmbH.

Beide Gesellschaften unterliegen als deutsche Kapitalgesellschaften mit Sitz (§ 11 AO) und Geschäftsleitung (§ 10 AO) im Inland der unbeschränkten Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG. Sämtliche Einkünfte sind grundsätzlich als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu klassifizieren (§ 8 Abs. 2 KStG). Die Gesellschaften unterliegen ebenfalls gemäß § 2 Abs. 2 GewStG der Gewerbesteuerpflicht.

aa) Rückzahlung des Genussrechtskapitals

Sämtliche Rückzahlungen des eigenkapitalähnlichen Genussrechtskapitals sind als Rückzahlung eines schuldrechtlichen Anspruchs zu sehen, ähnlich einer Rückzahlung einer Darlehensverbindlichkeit.³⁴ Auf Ebene des Genussrechts-

Rapp/Reischmann: Steuerliche Zweifelsfragen beim Einsatz von Genussrechten als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments(DStR 2023, 241)	245
---	-----

inhabers bedeutet dies folglich die erfolgsneutrale Forderungsrückführung, sowohl hinsichtlich des „Nominalkapitals“ des Genussrechts, als auch hinsichtlich eines geleisteten Agios.

Kapitalertragsteuer nach den §§ 43 und 44 EStG fällt auf die Genussrechtskapitalrückführung nicht an.

bb) Ausschüttungen auf das Genussrecht

Bei Growth Investments kommt es in der Praxis im Regelfall nicht zu laufenden Ausschüttungen. Sollten (ausnahmsweise) laufende Zahlungen („Dividenden“) auf ein eigenkapitalähnliches Genussrecht iSd § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2. KStG geleistet werden, so sind diese Ausschüttungen bei der Investor GmbH wie auch der Co-Investor GmbH als grundsätzlich steuerpflichtige Bezüge aus Genussrechten zu qualifizieren (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG iVm § 8 Abs. 2 KStG). Eine Ausnahme aufgrund Auszahlungen aus dem steuerlichen Einlagekonto nach § 27 KStG kommt nicht in Frage (s. dazu bereits unter IV.2.b).

Wie bei „normalen“ Dividenden stellt sich auch in diesem Zusammenhang dann die Anschlussfrage, ob die Einkünfte aus eigenkapitalähnlichen Genussrechten bei der Ermittlung des Einkommens der Inhaberin des Genussrechts außer Ansatz bleiben (§ 8b Abs. 1, 4 und 5 KStG, § 9 Nr. 2a GewStG).

Nach § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 1 KStG wären die Ausschüttungen dann für Zwecke der Körperschaftsteuer nicht begünstigt, wenn die Beteiligung zu Beginn des Kalenderjahres unmittelbar weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals betragen hat. Gemäß § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 2 KStG soll, sofern „ein Grund- oder Stammkapital nicht vorhanden [ist], [...] die Beteiligung an dem Vermögen, bei Genossenschaften die Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben, maßgebend“ sein. Nach dem Wortlaut von § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 1 KStG wäre wegen der fehlenden Beteiligung am Grund- oder Stammkapital eine isolierte³⁵ Genussrechtsbeteiligung somit nicht schachtelbegünstigt, Ausschüttungen auf ein Genussrecht also voll körperschaftsteuerpflichtig.³⁶ Dies entspricht der Finanzverwaltungseinschätzung³⁷ und wäre insoweit auch mit der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur zu § 8c KStG konsistent, wonach für Zwecke des § 8c KStG die Übertragung von eigenkapitalähnlichen Genussrechten mangels Beteiligung am Kapital und eines vergleichbaren Sachverhalts kein schädliches Ereignis darstellt.³⁸ Dementgegen stehen Literaturstimmen, die annehmen, dass für eine Prüfung der Beteiligungshöhe nach § 8b Abs. 4 S. 1 KStG in Fällen von eigenkapitalähnlichen Genussrechten iSd § 8 Abs. 3 S. 2 KStG eine Beteiligung am Vermögen des Emittenten ausreichend ist.³⁹

Im Rahmen des gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegs vertritt die OFD Frankfurt a. M. für den insoweit – bis auf die notwendige Mindestbeteiligungshöhe – mit § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 1 und 2 KStG wortlautgleichen § 9 Nr. 2a S. 1 GewStG die Auffassung, dass Inhaber von eigenkapitalähnlichen Genussrechten in den Genuss des gewerbesteuerlichen Schachtelprivilegs kommen können, sofern das jeweilige Genussrecht eine Beteiligung von mindestens 15 %⁴⁰ gewährt. Eine Stütze könnte diese Auffassung im Zusatz in § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 2 KStG bzw. § 9 Nr. 2a S. 1 Hs. 2 GewStG finden, wonach – wenn ein Grund- oder Stammkapital nicht vorhanden ist – auf die Beteiligung an dem Vermögen, bei Genossenschaften die Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben abzustellen ist. Diese Auslegung würde allerdings voraussetzen, dass man das Tatbestandsmerkmal „fehlende Beteiligung am Grund- oder Stammkapital“ nicht auf das Beteiligungsobjekt (hier Growth GmbH), sondern auf das Beteiligungsinstrument (hier Genussrecht) an sich bezieht.⁴¹ Sprachlich spricht der Gesamtzusammenhang des § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 2 KStG bzw. § 9 Nr. 2a S. 1 Hs. 2 GewStG eher dafür, das Tatbestandsmerkmal „fehlende Beteiligung am Grund- oder Stammkapital“ auf das Beteiligungsobjekt (hier Growth GmbH) an sich zu beziehen.⁴²

Bejaht man die grundsätzliche Begünstigungsfähigkeit von Genussrechten im Rahmen des § 8b Abs. 4 S. 1 KStG bzw. § 9 Nr. 2a S. 1 GewStG, so stellt sich die Folgefrage, wie die Beteiligung von eigenkapitalähnlichen Genussrechten am Gewinn und am Liquidationserlös rechnerisch zu berücksichtigen ist. Im Wesentlichen werden hierzu drei Meinungen vertreten:⁴³ Nach der einen Auffassung ist für Zwecke der Ermittlung der Beteiligungsquote das eigenkapitalähnliche Genussrechtskapital überhaupt nicht zu berücksichtigen.⁴⁴ Nach anderen Literaturstimmen soll das

Grund- oder Stammkapital um ggf. vorhandenes eigenkapitalähnliches Genussrechtskapital zu erhöhen sein. Das sich so ergebende „Gesamtkapital“ bildet den Nenner bei Ermittlung der Beteiligungsquote.⁴⁵ Drittens wird vertreten, dass die Beteiligungsquoten am Grund- oder Stammkapital auf der ei-

Rapp/Reischmann: Steuerliche Zweifelsfragen beim Einsatz von Genussrechten als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments(DStR 2023, 241)	246
---	-----

nen Seite und am Genussrechtskapital andererseits jeweils getrennt zu ermitteln seien.⁴⁶

In jedem Fall sollten die beiden Normen des § 8b Abs. 4 S. 1 KStG bzw. § 9 Nr. 2a S. 1 GewStG uE vor dem Hintergrund des gleichlautenden Wortlauts übereinstimmend ausgelegt werden. Mit der OFD Frankfurt a. M. wäre dann die Schachtelbegünstigung für Ausschüttungen auf das Genussrecht der Co-Investoren GmbH sowohl für körperschaftsteuerliche als auch gewerbsteuerliche Zwecke zu gewähren, während die Investor GmbH wegen der Genussrechtsbeteiligung von lediglich 10 % nur in den Genuss des körperschaftsteuerlichen Schachtelprivilegs käme.⁴⁷

cc) Veräußerung des Genussrechts

Gewinne aus der Veräußerung des eigenkapitalähnlichen Genussrechts gehören grundsätzlich zu den steuerpflichtigen Einkünften (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG iVm § 8 Abs. 2 KStG). Die Gewinne bleiben bei der Investor GmbH und bei der Co-Investor GmbH jedoch gemäß § 8b Abs. 2 S. 1 KStG bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens außer Ansatz, da es sich bei eigenkapitalähnlichen Genussrechten um Anteile an einer Körperschaft (s. auch § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 S. 2 EStG) handelt, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (s. vorstehend) führen.⁴⁸ Gemäß § 8b Abs. 3 S. 1 KStG gelten 5 % des Gewinns als nicht abziehbare Betriebsausgabe.

Eine gewerbsteuerliche Hinzurechnung oder Kürzung kommt für Veräußerungsgewinne aus Anteilen einer Kapitalgesellschaft und somit auch für eigenkapitalähnliche Genussrechte unabhängig von der Beteiligungshöhe⁴⁹ nicht in Betracht, so dass die körperschaftsteuerliche Begünstigung gemäß § 7 GewStG auf die Gewerbesteuer durchschlägt.

b) Sachverhaltsvariante: Ausländischer Co-Investor

Sofern die eigenkapitalähnlichen Genussrechte von einem im Ausland ansässigen Co-Investor in der Form einer ausländischen Kapitalgesellschaft wie zB einer luxemburgischen S.àrl (Co-Investor S.àrl) gehalten werden, stellen sich grundsätzlich vergleichbare steuerliche Fragen.

Die ausländische Gesellschaft, die nach Rechtstypenvergleich⁵⁰ als eine Kapitalgesellschaft einzustufen ist, unterliegt grundsätzlich gemäß § 2 Nr. 1 KStG der beschränkten Steuerpflicht mit inländischen Einkünften iSd § 49 EStG.

aa) Rückzahlung des Genussrechtskapitals

Hinsichtlich der Rückzahlung des Genussrechtskapitals kann auf die Ausführungen unter IV.2.c) verwiesen werden.

bb) Ausschüttungen auf das Genussrecht

Für den (in der Praxis eher ungewöhnlichen) Fall von Ausschüttungen auf eigenkapitalähnliche Genussrechte durch die Growth GmbH gehören diese Zahlungen gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a iVm § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG bei der ausländischen Kapitalgesellschaft zu den im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht steuerpflichtigen inländischen Einkünften. Die Growth GmbH hat gemäß

§ 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG Kapitalertragsteuer einzubehalten und abzuführen. Dem Steuerabzug kommt grundsätzlich abgeltende Wirkung zu (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 und § 44 Abs. 1 EStG). Vorbehaltlich der Substanzanforderungen nach den § 50d Abs. 3 und § 50c EStG sind bei einer ausländischen Kapitalgesellschaft als Genussrechtsinhaberin zwei Fünftel der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer grundsätzlich erstattungsfähig (§ 44a Abs. 9 EStG).

Gegebenenfalls kann eine weitere Reduktion des Kapitalertragsteuersatzes auf zB 15 % unter einem etwaigen einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) möglich sein. Je nach konkreter Regelung im einschlägigem DBA wird es für eine Reduktion (bzw. Erstattung) der Kapitalertragsteuer neben Substanzfragen (§ 50d Abs. 3 EStG) ganz entscheidend auf die Frage ankommen, ob die Beteiligung über ein Nur-Genussrecht die Voraussetzungen einer sog. Schachtelbeteiligung für Zwecke des jeweiligen DBA erfüllt, sprich im Fall eines dem OECD-Musterabkommen (OECD-MA) nachgebildeten Abkommens eine Beteiligung am „Kapital“ (Art. 10 Abs. 2 Buchst. a OECD-MA) vorliegen kann oder nicht.

Mit Art. 10 Abs. 15 Buchst. a OECD-MK ist unter Kapital iSd Art. 10 Abs. 15 OECD-MK grundsätzlich das Kapital im gesellschaftsrechtlichen Sinne zu verstehen. Abzustellen ist insoweit auf die Sichtweise des Quellenstaates.⁵¹ Damit wären eigenkapitalähnliche Genussrechte der abkommensrechtlichen Schachtelbegünstigung nicht zugänglich. Allerdings sollen nach Art. 10 Abs. 15 Buchst. d OECD-MK Darlehen und andere Mittel als Kapital iSd Art. 10 Abs. 2 Buchst. a OECD-MA zu behandeln sein, wenn diese Mittel nach dem Wortlaut des Gesellschaftsrecht zwar nicht als Kapital gelten, deren Erträge aber nach dem innerstaatlichen Recht wie Dividenden behandelt werden. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG stellt Ausschüttungen auf ein eigenkapitalähnliches Genussrecht den Dividenden gleich. Das auf ein eigenkapitalähnliches Genussrecht eingezahlte Kapital wäre dementsprechend mit Art. 10 Abs. 15 Buchst. d OECD-MK auch als Kapital iSd Art. 10 Abs. 2 Buchst. a OECD-MA zu be-

Rapp/Reischmann: Steuerliche Zweifelsfragen beim Einsatz von Genussrechten als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments(DStR 2023, 241)	247
---	-----

handeln.⁵² Die Beteiligung über ein eigenkapitalähnliches Genussrecht wäre dann der abkommensrechtlichen Begünstigung zugänglich.

cc) Veräußerung des Genussrechts

Sofern eine ausländische Kapitalgesellschaft eigenkapitalähnliche Genussrechte veräußert, stellt sich die Frage, ob ein etwaiger Veräußerungsgewinn vom Katalog der beschränkt steuerpflichtigen Einkünfte iSd § 49 EStG erfasst wird. Dies könnte gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. e Doppelbuchst. aa EStG dann der Fall sein, wenn der Gewinn „unter den Voraussetzungen des § 17 EStG erzielt“ wird und „es sich um Anteile an einer Kapitalgesellschaft handelt“, die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im Inland hat.

Was Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind, regelt dabei § 17 Abs. 1 S. 3 EStG:⁵³

„Anteile an einer Kapitalgesellschaft sind Aktien, Anteile an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf solche Beteiligungen sowie Anteile an einer optierenden Gesellschaft iSd § 1a des KStG.“

Zweifelsfrei fallen nach hM Genussrechte, die einen Beteiligungscharakter haben und somit eine Partizipation am Liquidationserlös vermitteln, in die o.g. Anteilsdefinition.⁵⁴

Für eine Erfassung des Gewinns aus der Veräußerung von Genussrechten als inländische Einkünfte iSd § 49 EStG kommt es darüber hinaus jedoch entscheidend darauf an, ob ein solcher Anteil auch unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 S. 1 EStG veräußert wird. Nach § 17 Abs. 1 S. 1 EStG

sind Anteilsveräußerungen nur dann zu erfassen, „wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war“. In diesem Zusammenhang sei einzig die nominelle Beteiligung am Grund- oder Nennkapital maßgebend.⁵⁵ Genussrechte sind dabei nicht bei der Berechnung der Beteiligungshöhe zu berücksichtigen, denn diese verkörpern keine Beteiligung am Nennkapital der Gesellschaft.⁵⁶ Auch hat der Gesetzgeber im Wortlaut des § 17 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 EStG auf eine Formulierung ähnlich wie bspw. in § 8b Abs. 2 S.1 KStG „Veräußerung eines Anteils an einer Körperschaft [...], deren Leistung beim Empfänger zu Einnahmen iSd § 20 Abs. 1 Nr. 1 [...] EStG gehören, [...]“ verzichtet und somit keinen expliziten Bezug zur Einkünftequalifikation beim Empfänger hergestellt. Im Gegensatz zu § 8b Abs. 4 S. 1 KStG bzw. § 9 Nr. 2a S. 1 GewStG fehlt es außerdem an dem Zusatz, wonach – wenn ein Grund- oder Stammkapital nicht vorhanden ist – auf die Beteiligung am Vermögen und bei Genossenschaften auf die Beteiligung an der Summe der Geschäftsguthaben abzustellen ist. Unabhängig davon, wie die Ergänzung in § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 2 KStG bzw. § 9 Nr. 2a S. 1 Hs. 2 GewStG auszulegen ist⁵⁷, spricht auch das Fehlen eben jenes Zusatzes im Wortlaut des § 17 Abs. 1 S. 1 EStG für ein alleiniges Abstellen auf die Beteiligung am Grund- oder Nennkapital. Diese Auslegung ist im Übrigen auch mit der wohl hM im Rahmen von § 8c KStG konsistent, wonach die Übertragung bzw. Einräumung von Genussrechten kein schädliches Ereignis auslösen kann.⁵⁸ Die Gegenauffassung, dass die Übertragung von eigenkapitalähnlichen Genussrechten für § 8c KStG einen relevanten Tatbestand darstellen kann, stützt sich im Übrigen auf die Ergänzungen in § 8c Abs. 1 S. 1 KStG, wonach dieser auch bei Übertragung von „Genussrechten“ und bei „vergleichbaren Sachverhalten“ zur Anwendung kommen soll. Das Fehlen dieser Ergänzungen im Wortlaut des § 17 Abs. 1 S. 1 EStG ist ein weiteres Argument für ein ausschließliches Abstellen auf die Beteiligung am Grund- oder Nennkapital. Dieses Vorgehen widerspricht auch nicht der Rechtsprechung des BFH, wonach die „Beteiligung am Kapital der Gesellschaft“ nicht nur nach der Beteiligung an deren Nennkapital, sondern nach dem um das eigenkapitalähnliche Genussrechtskapital erhöhten „Eigenkapital“ zu bestimmen ist. Denn diese Rechtsprechung erging erkennbar zu einem Sachverhalt, in dem der Inhaber eines eigenkapitalähnlichen Genussrechts gleichzeitig auch Anteile am Kapital hielt, sprich Gesellschafter der Genussrechtsemittentin war⁵⁹ und nicht zum Fall des „Nur-Genussrechtsinhabers“.

Selbst wenn man entgegen dem Wortlaut von § 17 Abs. 1 S. 1 EStG davon ausginge, dass ein Gewinn aus der Veräußerung eines eigenkapitalähnlichen Genussrechts vom Katalog des § 49 EStG erfasst würde, so wäre dieser bei einer ausländischen Kapitalgesellschaft wie der Co-Investor S.àrl ohne inländische Betriebsstätte im Ergebnis jedoch ohnehin nach § 8b Abs. 2 KStG im Ergebnis zu 100 % steuerbefreit.⁶⁰

V. Thesenartige Zusammenfassung

Die bilanzielle und steuerliche Behandlung des eigenkapitalähnlichen Genussrechts lässt sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

1. Handelsbilanziell ist das Genussrecht Eigenkapital, wenn es nachrangig gegeben und erfolgsabhängig vergütet wird, am Verlust teilnimmt und für einen längeren Zeitraum gewährt wird. § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG setzt für steuerliche Zwecke die Einordnung als Fremdkapital voraus, sieht jedoch außerbilanzielle Korrekturen bei eigenkapitalähnlichen Genussrechten vor.
2. Für Zwecke des steuerlichen Einlagekontos (§ 27 KStG) sind die Einzahlungen des eigenkapitalähnlichen Genuss-

rechtskapitals nicht als Einlage zu erfassen. Spiegelbildlich berühren Rückzahlungen des eingezahlten Genussrechtskapitals das steuerliche Einlagekonto nicht.

3. Die Übertragung bzw. Einräumung der eigenkapitalähnlichen Genussrechte kann nach hM kein iSd § 8c KStG schädliches Ereignis auslösen. Die Finanzverwaltung ist hier anderer Auffassung.

4. Für den unwahrscheinlichen Fall von laufenden Ausschüttungen („Dividenden“) auf das Genussrecht hat die in Deutschland ansässige Kapitalgesellschaft Kapitalertragsteuer einzubehalten. Bei einer ausländischen Kapitalgesellschaft als Genussrechtsinhaberin kann ggf. eine (teilweise) Reduktion bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer auf Basis von § 44 Abs. 9 EStG bzw. DBA in Frage kommen.

5. Sofern das Genussrecht von einer deutschen Kapitalgesellschaft gehalten wird, ist umstritten, ob die reine Genussrechtsbeteiligung überhaupt in den Anwendungsbereich der Begünstigungen in § 8b Abs. 1 u. 4 KStG und § 9 Nr. 2a S. 1 GewStG fallen kann. Die wohl überwiegende Auffassung im Schrifttum bejaht dies grundsätzlich.

6. Der Gewinn aus der Veräußerung eines eigenkapitalähnlichen Genussrechts ist bei einer deutschen Kapitalgesellschaft als Genussrechtsinhaberin im Ergebnis zu 95 % steuerfrei. Bei einer ausländischen Kapitalgesellschaft als Nur-Genussrechtsinhaberin ohne deutsche Betriebsstätte wird der Veräußerungsgewinn dagegen nicht von den Katalogeinkünften in § 49 EStG erfasst. Im Übrigen wäre ein Gewinn – so er denn im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht erfasst werden würde – bei der ausländischen Kapitalgesellschaft nach § 8b Abs. 2 KStG ohnehin zu 100 % steuerbefreit, da nach höchstrichterlicher Rechtsprechung § 8b Abs. 3 KStG in einem solchen Fall keine Anwendung findet.

* Benjamin Rapp ist als Partner und Lukas Reischmann als Associate im Frankfurter Büro der internationalen Sozietät Weil, Gotshal & Manges LLP tätig. Die Autoren geben ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder und bedanken sich bei Frau Dipl.-Fwin Ann-Katrin Schad für die wertvolle Mitarbeit.

¹ Vgl. BMF-Entwurf v. 1.11.2022 – IV C 6 - S 2133/19/10004 :002 Rn. 1.

² BGH v. 9.11.1992 – II ZR 230/91, BGHZ 1993, 141 (146), NJW 1993, 400 zum Genussrecht bei der AG. S. für GmbH zB auch Lutter ZGR 1993, 291; Feddersen/Meyer-Landrut ZGR 1993, 312; Kersting in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 29 Rn. 88.

³ BGH v. 9.11.1992 – II ZR 230/91, BGHZ 1993, 141 (146), NJW 1993, 400 mwN.

⁴ Vgl. zB auch Stellungnahme der Bundesregierung v. 5.10.1984, BT-Drs. 10/2079, 8.

⁵ IDW HFA 1/1994, Tz. 2.1.1.

⁶ Vgl. zB Küting/Kessler BB 1994, 2103; Wengler DStR 2001, 1316 mwN; Altvater/Hübner RdF 2017, 65 mwN; Karcher DStR 2020, 1945 mwN; Kellmann/Schulz BB 2021, 1392 mwN.

⁷ Vgl. BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 12–13.

⁸ Vgl. Suchan in BeckOGK HGB, Stand 15.8.2022, § 266 Rn. 111 mwN – „Ausweis als letzter Posten des Eigenkapitals“.

⁹ Vgl. BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 15.

¹⁰ Vgl. BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 11.

¹¹ Vgl. BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 15.

¹² Vgl. BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 31.; BMF v. 8.12.1986 – IV B 7 - S 2742-26/86, BB 1987, 667, BeckVerw 099041; Gosch in Gosch, KStG, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 151; Neumann in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8 Rn. 1264.

¹³ BFH v. 14.8.2019 – I R 44/17, DStR 2020, 1307 Rn. 40; und auch BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 32.

¹⁴ So zB noch OFD Nordrhein-Westfalen v. 12.5.2016 – S 2742-2016/0009-St 131, DStR 2016, 1816.

¹⁵ Vgl. zur Diskussion zB Altvater/Hübner RdF 2017, 65 mwN; Difrting FR 2018, 211; Zwirner/Heyd/Zieglmaier StuB-Beil. 1/2018, 1 (zu Heft 7/2018); v. Wolfersdorff StuB 2018, 801 (802).

¹⁶ Vgl. BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 11 u. 21 ff.; FM Nordrhein-Westfalen v. 18.7.2018 – S 2133-000036-V B 1, StuB 2018, 600, BeckVerw 437976; FBeh Hamburg v. 25.1.2019 – S 2133 - 2017/001 - 52/S 2742 - 2017/003 - 53, DStR 2019, 1093; ebenso zB Kubik/MüncH BB 2021, 1387 (1390).

¹⁷ S. dazu zB Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, Stand Juni 2022, KStG § 27 Rn. 35c; Pohl in BeckOK KStG, Stand 25.10.2022, § 27 Rn. 179.4; Berninghaus in H/H/R, EStG/KStG, Stand Sep. 2022, KStG § 27 Rn. 26; v. Wolfersdorff StuB 2018, 801 (804); Kempf/Loose DStR 2016, 2489 (2493); Karcher DStR 2020, 1945 (1949); aA zB Hey in H/H/R, EStG/KStG, Stand Sep. 2022, KStG § 27 Rn. 27, 51; EnderT in Frotscher/Drüen, KStG, Stand Nov. 2022, § 27 Rn. 42; Oellerich in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Stand Aug. 2022, KStG § 27 Rn. 21; Binnewies in Streck, KStG, Stand Aug. 2021, § 27 Rn. 41.

¹⁸ Kusch NWB 2016, 1959.

¹⁹ Dötsch (Fn. 17).

²⁰ Kempf/Loose DStR 2016, 2489 (2493).

²¹ Vgl. FM Nordrhein-Westfalen v. 18.7.2018 – S 2133-000036-V B 1, StuB 2018, 600, BeckVerw 437976; FBeh Hamburg v. 25.1.2019 – S 2133 - 2017/001 - 52/S 2742 - 2017/003 - 53, DStR 2019, 1093.

²² S. dazu bereits vorstehend.

²³ Zur Gegenauffassung – überwiegend ohne Begründung – vgl. zB Hey (Fn. 17); EnderT (Fn. 17); Oellerich (Fn. 17); Binnewies (Fn. 17).

²⁴ Vgl. BMF-Entwurf (Fn. 1), Rn. 11.

²⁵ Vgl. Haisch in BeckOK EStG, Stand 1.10.2022, § 43 Rn. 87 ff.

²⁶ BMF v. 28.11.2017 – IV C 2 - S 2745-a/09/10002 :004, BStBl. I 2017, 1645, DStR 2017, 2670 Rn. 7.

²⁷ Frotscher in Frotscher/Drüen, KStG, Stand Nov. 2022, § 8c Rn. 21, 54a.

²⁸ Vgl. Neumann (Fn. 12), § 8c Rn. 85; Lang in Bott/Walter, KStG, Stand Okt. 2022, § 8c Rn. 19 u. 22; Roser in Gosch, KStG, 4. Aufl. 2020, § 8c Rn. 44; Olbing in Streck, KStG, 10. Aufl. 2021, § 8c Rn. 41 f.; s. auch Kotzenberg/Geißler Ubg 2018, 448 (450); Brandis in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Stand Aug. 2022, KStG § 8c Rn. 55; Suchanek in H/H/R, EStG/KStG, Stand Sep. 2022, KStG § 8c Rn. 30; Meißel/Bokeloh BB 2008, 808 (810); aA Dötsch/Pung DB 2008, 1703 (1705); Thonemann-Micker/Kanders in BeckOK KStG, Stand 25.10.2022, § 8c Rn. 93.4; Leibner/Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, Stand Juni 2022, KStG § 8c Rn. 67.

²⁹ BMF v. 28.11.2017 – IV C 2 - S 2745-a/09/10002 :004, BStBl. I 2017, 1645, DStR 2017, 2670.

³⁰ S. zB Roser (Fn. 28); Suchanek (Fn. 28).

³¹ Vgl. Roser (Fn. 28); Suchanek (Fn. 28); Olbing (Fn. 28); s. auch Kotzenberg/Geißler Ubg 2018, 448 (450).

³² Vgl. BFH v. 8.4.2008 – VIII R 3/05, BStBl. II 2008, 852, DStR 2008, 1629.

³³ Vgl. Brandis (Fn. 28); Suchanek (Fn. 28); Meißel/Bokeloh BB 2008, 808 (810); aA Dötsch/Pung DB 2008, 1703 (1705).

³⁴ Vgl. Janetzko in H/H/R, EStG/KStG, Stand Sep. 2022, KStG § 8 Rn. 231; Rengers in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Stand Aug. 2022, KStG § 8 Rn. 200. Dies sollte mit FM Nordrhein-Westfalen v. 18.7.2018 – S 2133-000036-V B 1, StuB 2018, 600, BeckVerw 437976 und FBeh Hamburg v. 25.1.2019 – S 2133 - 2017/001 - 52/S 2742 - 2017/003 - 53, DStR 2019, 1093 (nun) auch Auffassung der Finanzverwaltung sein.

³⁵ Soweit zusätzlich neben dem Genussrecht der Genussrechtsinhaber eine Beteiligung im Sinne der Schachtelbegünstigungen von 10 % bzw. 15 % am Grund- oder Stammkapital hält, ist eine Schachtelbegünstigung auch der Ausschüttungen auf das eigenkapitalähnliche Genussrecht gegeben (s. zB Schönfeld DStR 2013, 937 (942)). Dafür spricht der klare Wortlaut des § 8b Abs. 4 S. 1 KStG sowie des § 9 Nr. 2a S. 1 GewStG.

³⁶ Vgl. Pohl (Fn. 17), § 8b Rn. 771.

³⁷ BT-Drs. 17/13046, 9; zustimmend Pohl (Fn. 17), § 8b Rn. 771.

³⁸ S. dazu vorstehend unter IV.2.e).

³⁹ Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b Rn. 446; Watermeyer in H/H/R, EStG/KStG, Stand Sep. 2022, KStG § 8b Rn. 129; Pung in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, Stand Juni 2022, KStG § 8b Rn. 284.

⁴⁰ Die Mindestbeteiligung wurde ab Erhebungszeitraum 2008 durch das UnterRefG v. 18.8.2007 (BGBl. 2007 I 1912) von 10 % auf 15 % angehoben.

⁴¹ So zB wohl Schönfeld DStR 2013, 937 (942).

⁴² Ebenso Kußmaul/Licht StB 2016, 165 (166); Hechtner/Schnitger Ubg 2013, 272.

⁴³ S. dazu Bergmann in Wendt/Suchanek/Möllmann/Heinemann, GewStG, 2. Aufl. 2022, § 9 Rn. 29 mwN.

⁴⁴ So zB Güroff in Glanegger/Groff, GewStG, 10. Aufl. 2021, § 9 Nr. 2a Rn. 4; BT-Drs. 17/13046, 9 f. Hierfür spräche der Wortlaut von § 8b Abs. 4 S. 1 Hs. 1 KStG bzw. § 9 Nr. 2a S. 1 Hs. 1 GewStG.

⁴⁵ So wohl zB Roser in Lenski/Steinberg, GewStG, Stand Sep. 2022, § 9 Nr. 2a Rn. 25. Gegen diese Auslegung wird angeführt, sie widerspräche dem Wortlaut insoweit, als ein Genussrecht keine Beteiligung am Grund- oder Stammkapital gewähren könne (s. dazu auch vorstehend). Auch sprächen Praktikabilitätserwägungen dagegen, da der Nennbetrag des Genussrechts nicht zwingend mit der prozentualen Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös einhergehen muss. Konsequenz dieser Auffassung wäre auch, dass die Beteiligung eines mit über 10 % bzw. 15 % am Kapital beteiligten Gesellschafters im Fall der Einräumung einer eigenkapitalähnlichen Genussrechtsbeteiligung an einen bisher nicht beteiligten Nicht-Gesellschafter den Status einer Schachtelbeteiligung verlieren könnte.

⁴⁶ Bergmann (Fn. 43), § 9 Rn. 29 mwN. Diese Auffassung würde die praktischen Schwierigkeiten der anderen beiden Ansätze vermeiden. Im Ergebnis könnte es dann zu einer „Vervielfachung“ der Schachtelbegünstigung kommen, dh, diese stünde beteiligten Gesellschaftern und entsprechend beteiligten Nur-Genussrechtsinhabern separat „nebeneinander“ zu.

⁴⁷ Allerdings gilt es in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass Verfügungen der Oberfinanzdirektionen nur im jeweiligen Zuständigkeitsbereich der jeweiligen OFD für die nachgeordneten Finanzverwaltungen Bindung entfalten. Weder sind Finanzämter in anderen Zuständigkeitsbereichen an die Auffassung in der genannten Verfügung gebunden, noch würde diese gar Bindungswirkung für die FG entfalten. Um Rechtssicherheit zu erlangen, bleibt insoweit nur der Weg der verbindlichen Auskunft. Im Venture- und Growth-Capital-Bereich sollte die Behandlung von Zahlungen auf das Genussrecht im Sinne von Dividenden idR eine eher untergeordnete, wenn auch nicht zu vernachlässigende Rolle spielen.

⁴⁸ S. zB auch BMF v. 28.4.2003 – IV A 2 - S 2750 a - 7/03, BStBl. I 2003, 292 Rn. 24; Eilers/Schmidt GmbH 2002, 613 (622); Kröner in Bott/Walter, KStG, Stand Okt. 2022, § 8b Rn. 86, Pohl (Fn. 17), § 8b Rn. 429.

⁴⁹ S. ausführlich vorstehend.

50 BMF v. 24.12.1999 – IV B 4 - S 1300 - 111/99, BStBl. I 1999, 1076, BeckVerw 027468.

51 Vgl. zB Wassermeyer/Kaeser in Wassermeyer, DBA, Stand April 2022, Rn. 83.

52 Wassermeyer/Kaeser (Fn. 51), Rn. 87, verlangen für eine Berücksichtigung als Kapital iSd Art. 10 Abs. 2 Buchst. a OECD-MA die Gleichstellung der Darlehen/anderen Mittel mit Eigenkapital im Rahmen einer Gesamtwürdigung. Auch dies wird man im Hinblick auf die unter I.3. aufgeführten Kriterien für eigenkapitalähnliche Genussrechte bejahen können. S. dazu auch Tischbirek/Specker in Vogel/Lehner, DBA, 7. Aufl. 2021, Art. 10 Rn. 58.

53 Vgl. zB Loschelder in Schmidt, EStG, 41. Aufl. 2022, § 49 Rn. 48.

54 Vgl. dazu BFH v. 19.1.1994 – I R 67/92, BStBl. II 1996, 77, DStR 1994, 651 mAnm Angerer, mwN; v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861, DStR 2005, 1847; sowie Levedag in Schmidt, EStG, 41. Aufl. 2022, § 17 Rn. 103, 165 ff.

55 Dazu BFH v. 25.11.1997 – VIII R 29/94, BStBl. II 1998, 257, NJW-RR 1998, 1111; v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861, DStR 2005, 1847.

56 Dazu BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861, DStR 2005, 1847.

57 S. zur Diskussion vorstehend unter IV.3.a)bb).

58 Vgl. zur Diskussion vorstehend unter IV.2.e).

59 Vgl. BFH v. 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005, 861, DStR 2005, 1847.

60 Vgl. BFH v. 31.5.2017 – I R 37/15, BStBl. II 2018, 144, DStR 2017, 2374.