Der ertragsteuerliche Sanierungsgewinn beim Debt-Mezzanine-Swap im Lichte des § 8 III 2 Hs. 2 KStG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Gregor Höng
aus München
2013

Erster Berichterstatter:	Professor Dr. Dieter Birk
Zweiter Berichterstatter:	Professor Dr. Reinhard Pöllath
Dekan:	Professor Dr. Thomas Hoeren
Tag der mündlichen Prüfung:	12.11.2013

Meinen Eltern

A. Der Debt-Mezzanine-Swap als Sanierungsmaßnahme 1
I. Die Gesellschaft in der Krise 1
1. Die Ursachen der Krise 1
2. Die Fortentwicklung der Krise 1
II. Die Sanierung 2
III. Der Debt-Mezzanine-Swap 3
1. Mezzanine-Kapital 3
a) Die Etymologie des Begriffs „Mezzanine“ 3
b) Die Anschauung 4
c) Der Begriff 4
d) Die Eigenschaften von Mezzanine-Kapital 6
aa) Typische Eigenschaften von Eigen- und Fremdkapital 6
bb) Die Charakteristika von Mezzanine-Kapital 7
(1) Nachrang gegenüber dem Fremdkapital 7
(2) Vorrang gegenüber Eigenkapital 7
(3) Befristung 8
(4) Flexibilität 8
(5) Betriebsausgabenabzug 9
2. Der Debt-Mezzanine-Swap als Sanierungsvariante 9
a) Der Debt-Equity-Swap 9
aa) Bedenken auf Seiten des Investors 9
bb) Bedenken auf Seiten der Objektgesellschaft 10
b) Der Debt-Mezzanine-Swap 10
aa) Die Beseitigung der bilanziellen Überschuldung 10
bb) Der Erhalt der Beteiligungsstruktur 11
cc) Der Leverage-Effekt 12
IV. Der Gang der Untersuchung 13
1. Das Genussrecht als geeignetes Finanzierungsinstrument 13
2. Der steuerliche Sanierungsgewinn beim Debt-Mezzanine-Swap 14
a) Das Genussrecht in der Handelsbilanz 14
b) Das Genussrecht in der Steuerbilanz 14
aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG 15
bb) Die Durchbrechung des Maßgeblichkeitsprinzips durch § 8 III 2 Hs. 2 KStG 16
cc) Das Rechtsinstitut der Einlage 17
B. Die zivilrechtliche Einordnung des Debt-Mezzanine-Swap 17
I. Problemstellung 18
II. Die Rechtslage vor dem Swap 18

1. Typologische Einordnung des Darlehensvertrags 18
2. Rechte und Pflichten 18
a) Der Rückzahlungsanspruch 19
b) Zinszahlung 19
III. Die Rechtslage nach dem Swap 19
1. Das Genussrecht 19
a) Der Begriff des Genussrechts 19
b) Das Fehlen einer gesetzlichen Definition 20
2. Rechtsnatur und Inhalt des Genussrechts 21
a) Die Begebung von Genussrechten 22
b) Der Genussschein 23
3. Das Genussrechtsverhältnis 23
a) Der Begriff des Genussrechtsverhältnisses 23
b) Rechtsnatur und Inhalt des Genussrechtsverhältnisses 23
4. Abgrenzung des Genussrechts von anderen Instituten des bürgerlichen Rechts 24
a) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) 24
b) Die stille Gesellschaft 25
c) Das partiarische Darlehen 25
d) Die Finanzinstrumente in § 221 I AktG 27
aa) Die Wandelschuldverschreibung 28
(1) Die Wandelanleihe im Gesellschaftsrecht 29
(2) Die Wandelanleihe im Steuerrecht 29
(3) Die Optionsanleihe 29
bb) Gewinnschuldverschreibung und Gewinnobligation 30
(1) Die Gewinnschuldverschreibung im Aktienrecht 30
(2) Die Gewinnobligation im Steuerrecht 30
(3) Abgrenzung des Genussrechts von der Gewinnschuldverschreibung/Gewinobligation 31
cc) Der Teilgewinnabführungsvertrag 31
5. Genussrecht, Genussrechtsverhältnis und Kausalgeschäft 33
a) Trennung von Genussrecht und Genussrechtsverhältnis 33
b) Abstraktion und die Frage nach dem Kausalgeschäft 33
aa) Die dem Genussrechtsverhältnis zugrunde liegende causa 33
(1) Die Begebungsabrede 33
(2) Die Abstraktheit des Genussrechtsverhältnisses 34
(a) Das einseitige Verpflichtungsgeschäft 34
(b) Die intendierte Konnexität 35
bb) Die dem Genussrecht zugrunde liegende causa 35

(1) Das abstrakte Schuldversprechen 35
(2) Das Genussrecht als abstraktes Schuldversprechen 36
c) Der Genussschein als kausales und deklaratorisches Wertpapier 37
aa) Die Wertpapiereigenschaft des Genussscheins 37
(1) Der Genussschein als bloße Beweisurkunde 37
(2) Der Genussschein als Wertpapier 38
bb) Die Ausgestaltung als Inhaber-, Order- oder Rektapapier 38
(1) Der Genussschein als Inhaberpapier 38
(2) Der Genussschein als Orderpapier 39
(3) Der Genussschein als Rektapapier 41
(4) Der geeignete Genussschein beim Debt-Mezzanine-Swap 41
cc) Die Begründung des verbrieften Rechts 42
(1) Der Skripturakt 42
(2) Der Begebungsvertrag 42
(a) Das Verpflichtungsgeschäft 43
(b) Das Verfügungsgeschäft 43
dd) Der Genussschein als deklaratorisches Wertpapier 44
ee) Der Genussschein als kausales Wertpapier 44
(1) Die Unterteilung in kausale und abstrakte Wertpapiere 44
(a) Das abstrakte Wertpapier 45
(b) Das kausale Wertpapier 45
(2) Die Korrelation zwischen „deklaratorisch“ und „kausal“ 45
(3) Die Bedeutung der Eigenkapitalklassifikation 46
(4) Die Differenzierung von Innen- und Außenverhältnis 47
d) Das kausale Genussrecht im Debt-Mezzanine-Swap 47
IV. Umwandlung 47
1. Die Schuldänderung 48
2. Die Novation 49
3. Die Abgrenzung im Einzelfall 49
a) Der Ersetzungswille der Parteien 49
b) Der wirtschaftliche Zweck 50
c) Der Debt-Mezzanine-Swap 50
V. Der Nennbetrag des Genussrechtskapitals 50
1. Die Rechtslage beim Debt-Equity-Swap 50
a) Die zivilrechtliche Gestaltung des Debt-Equity-Swap 50
aa) Der klassische Debt-Equity-Swap 51
(1) Die Kapitalherabsetzung 51
(2) Die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage 51

bb) Der Erwerb eines Geschäftsanteils 52
cc) Die Aufrechnung 53
(1) Die Aufrechnung durch den Gesellschafter 53
(a) Die Rechtslage bei der GmbH 53
(b) Die Rechtslage bei der AG 54
(2) Die Aufrechnung durch die Gesellschaft 54
(a) Grundsätzliche Möglichkeit der Aufrechnung 54
(aa) Die Rechtslage bei der GmbH 54
(bb) Die Rechtslage bei der AG 55
(b) Die Vollwertigkeit der aufzurechnenden Forderung 56
(c)Die Aufrechnung gegen eine Altforderung des Gesellschafters 56
(aa) Die Aufrechnung der GmbH 56
(bb) Die Aufrechnung der AG 57
(3) Der Aufrechnungsvertrag 58
(a) Der Aufrechnungsvertrag mit einer GmbH 58
(b) Der Aufrechnungsvertrag mit einer AG 59
b) Die Bewertung der Forderung im Zuge der Sacheinlage 59
aa) Die Bewertung zum Nennbetrag 60
(1) Teleologische Reduktion der Vorschriften zur Werthaltigkeitsprüfung 60
(2) Die Perspektive der Gesellschaft 60
(3) Die Benachteiligung der anderen Gläubiger 61
(4) Die Doppelstellung als Gläubiger und Gesellschafter 61
(5) Der Ausgabebetrag 62
bb) Die Bewertung zum realen Wert 62
(1) Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung 62
(2) Der Grundsatz der Kapitalerhaltung 63
(3) Der zugeführte Vermögenswert 63
(4) Die Deckungsquote 64
(5) Das Prinzip der funktionellen Äquivalenz 65
(6) Die Kapitalherabsetzung 66
(7) Die Regeln der verdeckten Sacheinlage 66
(8) Der Differenzhaftungsanspruch 66
(9) Der Schutz der Gläubiger 66
(10) Der Schutz der Gesellschafter 67
(11) Die Doppelstellung als Einlageschuldner und Gläubiger 67
(12) Vereinbarung eines Agios 67
(13) Ergebnis 68

2. Die Rechtslage beim Debt-Mezzanine-Swap 68
a) Der reale Wert der Forderung 68
b) Der Nennbetrag der Forderung 69
aa) Die Interessen der Parteien 69
bb) Die gegenwärtigen Gläubiger 70
cc) Die zukünftigen Gläubiger 70
dd) Die anderen Gesellschafter 71
C. Das Genussrecht in der Handelsbilanz 71
I. Der Begriff des Eigenkapitals 72
1. Das Eigenkapital als Saldogröße 72
a) Das Eigenkapital in der handelsbilanziellen Rechnungslegung 72
b) Die Bestimmung des Eigenkapitals 72
2. Die Konturierung des Eigenkapitalbegriffs 73
a) Die formellen Ansätze 74
aa) Die Definition des Eigenkapitals nach der Mittelherkunft 74
bb) Definition des Eigenkapitals nach der Rechtsform der Kapitalüberlassung 75
b) Die materiellen Ansätze 75
aa) Die Funktionen der Bilanz 75
(1) Die Informationsfunktion 76
(2) Die Dokumentationsfunktion 76
(3) Die Zahlungsbemessungsfunktion 77
(4) Schlussfolgerung 78
bb) Die Funktionen des Eigenkapitals 78
(1) Die Kontinuitätsfunktion 79
(2) Die Haftungsfunktion 79
(3) Die Garantiefunktion 79
(4) Die Gewinnbeteiligungsfunktion 80
(5) Die Geschäftsführungsfunktion 80
cc) Folgerungen für den Eigenkapitalbegriff 81
(1) Die Voraushaftung 81
(2) Die Nachrangigkeit 82
(3) Nachhaltigkeit 82
II. Die Kriterien des IDW-HFA 83
1. Die Nachrangigkeit 83
a) Die Vereinbarung eines Rangrücktritts 83
b) Einfacher und qualifizierter Rangrücktritt 84
aa) Der einfache Rangrücktritt 84

bb) Der relative Rangrücktritt 84
cc) Der qualifizierte Rangrücktritt 84
c) Die Regeln des Kapitalschutzes 84
d) Die einzelnen Eigenkapitalposten 85
aa) Das gezeichnete Kapital 86
bb) Die Kapitalrücklage 88
(1) Das gebundene Kapital 88
(a) Die Posten des § 272 II Nr. 1-3 HGB 88
(b) Andere Posten 88
(aa) Beträge aus der vereinfachten Kapitalherabsetzung 88
(i) Der Kapitalschutz bei der AG 88
(ii) Der Kapitalschutz bei der GmbH 89
(bb) Die Nachschüsse 89
(cc) Die Sonderrücklage nach § 218 S. 2 AktG 89
(dd) Die Kapitalrücklage beim Erwerb eigener Anteile 90
(2) Das ungebundene Kapital 90
cc) Die Gewinnrücklagen 90
(1) Die gesetzliche Rücklage 91
(2) Die Rücklage für Anteile an einem herrschenden Unternehmen 91
(3) Die satzungsmäßigen Rücklagen 92
(4) Die anderen Gewinnrücklagen 93
dd) Der Gewinnvortrag 94
ee) Der Jahresüberschuss 95
e) Die Ergebnisverwendung 95
aa) Das Verfahren bei der GmbH 95
bb) Das Verfahren bei der Aktiengesellschaft 96
f) Die Kapitalerhaltung in der AG 96
g) Das Insolvenzverfahren 99
aa) Der Ablauf des Insolvenzverfahrens 99
(1) Das Aussonderungsrecht 99
(2) Das Absonderungsrecht 99
(3) Die Massegläubiger 100
(4) Die Insolvenzgläubiger 100
bb) Der Begriff der Insolvenzmasse 100
cc) Der Grundsatz der Gleichbehandlung 101
dd) Die Rangklassen 101
ee) Der Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung 101
(1) Die Überschuldungsbilanz 101

(2) Die rechtliche Überschuldung 102
(a) Die Fortführungsprognose 103
(b) Die Ermittlung der rechtlichen Überschuldung 103
(3) Der Rangrücktritt zur Vermeidung der rechtlichen Überschuldung 103
(a) Die grundsätzliche Passivierungspflicht 103
(b) Ausnahmsweise keine Passivierungspflicht 104
(aa) Der Rücktritt gem. § 19 II 3 InsO 104
(bb) Der qualifizierte Rangrücktritt 104
h) Der für die Eigenkapitalqualifikation erforderliche Rücktritt 105
aa) Der qualifizierte Rangrücktritt 105
bb) Der einfache Rangrücktritt 106
2. Erfolgsabhängigkeit der Vergütung und Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe 108
a) Die Erfolgsabhängigkeit der Vergütung 108
b) Die Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe 108
aa) Die Verlustbeteiligung 108
bb) Die Abgrenzung zur Nachrangigkeit 108
3. Die Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung 109
a) Die Umqualifizierung des Eigenkapital-Genussrechts in Abhängigkeit der Restlaufzeit 109
aa) Die Umqualifizierung 109
bb) Die Bestimmung eines Zeitpunktes der Umqualifizierung 110
cc) Ergebnis 110
b) Das Erfordernis der Längerfristigkeit 111
aa) Die zeitliche Erstreckung der Überlassung beim klassischem Eigenkapital 111
bb) Die Mindestüberlassungsdauer 111
c) Das Kündigungsrecht 114
III. Der Bilanzposten des Genussrechtskapitals 114
1. Die erfolgswirksame Vereinnahmung 114
a) Voraussetzung der erfolgswirksamen Vereinnahmung 115
b) Der Ausweis bei erfolgswirksamer Vereinbarung 115
2. Die erfolgsneutrale Bilanzierung 116
a) Sonderposten „hybride Finanzinstrumente“ zwischen Eigen- und Fremdkapital 116
b) Ein Posten im Eigenkapital 117
aa) Ein Posten in § 266 III A. HGB 117
bb) Ein separater Posten im Eigenkapital 118
IV. Das Genussrecht im Anhang 119

1. Die Informationsfunktion des Anhangs ... 119
a) Die Vermögenslage ... 119
b) Die Finanzlage ... 119
2. Das Genussrecht im Anhang der Bilanz einer AG ... 120
3. Die Angaben zum Genussrecht ... 121
a) Sonstige finanzielle Verpflichtungen ... 121
b) Besondere Umstände ... 121
c) Der Rückzahlungsanspruch ... 121
D. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz ... 122
I. Die normative Verankerung ... 122
II. Der persönliche Anwendungsbereich ... 122
III. Der sachliche Anwendungsbereich ... 123
IV. Die Steuerbilanz ... 125
V. Die GoB ... 125
VI. Eigenkapital und Maßgeblichkeit ... 126
1. Das Betriebsvermögen als Saldogröße ... 127
2. Die Posten im Saldo ... 128
a) Die globale Ermittlung des Betriebsvermögens ... 128
b) Die einzelnen Posten des Betriebsvermögens ... 129
aa) Die Aktiva ... 130
(1) Die Wirtschaftsgüter ... 130
(a) Die Bilanzierung dem Grunde nach ... 130
(b) Die Bilanzierung der Höhe nach ... 131
(2) Der aktive Rechnungsabgrenzungsposten ... 132
bb) Die Passiva ... 132
(1) Das Eigenkapital ... 133
(2) Die Rückstellungen ... 133
(a) Die Bilanzierung dem Grunde nach ... 133
(b) Die Bilanzierung der Höhe nach ... 134
(3) Die Verbindlichkeiten ... 135
(a) Die Bilanzierung dem Grunde nach ... 135
(b) Die Bilanzierung der Höhe nach ... 135
(4) Der passive Rechnungsabgrenzungsposten ... 135
3. Die Systematik von Geltung und Durchbrechung der Maßgeblichkeit ... 135
a) Die Zielsetzung der Handelsbilanz ... 135
aa) Information von Gesellschaftern und Gläubigern ... 135
bb) Das Prinzip der Vorsicht ... 136
(1) Realisationsprinzip ... 137

(2) Imparitätsprinzip ... 138
cc) Die Kapitalerhaltung ... 139
b) Die Zielsetzung der Steuerbilanz ... 139
aa) Der Fiskalzweck ... 139
bb) Die Einschränkung des Vorsichts- und Imparitätsprinzips ... 140
c) Konfligierende Zielsetzungen ... 142
4. Die Posten des Eigenkapitals als Gegenstand des Maßgeblichkeitsgrundsatzes ... 144
a) Eigenkapital und Betriebsvermögen ... 144
b) Die Maßgeblichkeit des handelsbilanziellen Eigenkapitals ... 144
E. Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes ... 146
I. Der Ausgangspunkt ... 146
II. Der Meinungsstand in der Literatur ... 147
III. Der Belastungsvergleich ... 148
1. Das Urteil des RFH ... 148
2. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ... 149
3. Die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ... 149
4. Kritik am Belastungsvergleich ... 151
a) Grundsätzlich stärkere Belastung durch Genussrecht ... 151
b) Genussrechte mit Mindestverzinsung ... 151
IV. Die Vermutung für das obligationsähnliche Genussrecht ... 153
1. Kumulative Erfüllung beider Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG ... 153
a) Die Gegenauffassung ... 153
b) Das Erfordernis der kumulativen Tatbestandserfüllung ... 153
aa) Der Wortlaut ... 153
bb) Die Systematik ... 153
cc) Der Belastungsvergleich des RFH ... 154
2. Die Regel-Ausnahme-Konzeption des § 8 III 2 Hs. 2 KStG ... 154
V. Der Begriff der Ausschüttungen ... 155
VI. Die zwei Regelungsgegenstände des § 8 III 2 KStG ... 157
1. Die verdeckte Gewinnausschüttung ... 157
a) Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung ... 157
aa) Die verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht ... 158
bb) Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht ... 159
b) Sinn und Zweck der verdeckten Gewinnausschüttung ... 159
c) Die verdeckte Gewinnausschüttung in der Zweistufigkeit der steuerlichen Gewinnermittlung ... 161
aa) Die erste Stufe ... 161

bb) Die zweite Stufe ... 162
2. Ausschüttungen auf Genussrechte ... 163
3. Gesetzgebungsgeschichte ... 164
4. Die Anwendung der Grundsätze der vGA auf Genussrechte ... 164
a) Die Rechtsprechung des BFH ... 164
aa) Das von der OFD Rheinland zitierte Urteil ... 164
bb) Das von Große angeführte Urteil ... 166
b) Das von der OFD Rheinland zitierte BMF-Schreiben ... 166
c) Einkommensermittlung und Gewinnermittlung ... 167
VII. Der allgemeine steuerliche Eigenkapitalbegriff ... 168
VIII. Die GoB ... 169
1. Die GoB der Gewinnermittlung ... 170
a) Das Prinzip der Objektivität ... 170
b) Das Vermögensermittlungsprinzip ... 170
aa) Der Inhalt des Vermögensermittlungsprinzips ... 170
bb) Relativierung durch das Vorsichtsprinzip ... 171
2. Die GoB der Information ... 172
a) Der Inhalt des Klarheitsprinzips ... 172
b) Das Klarheitsprinzip als Rechtfertigung einer Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes ... 172
IX. Die Beteiligung im Steuerrecht ... 173
1. Der Genussschein als Anteil an einer Kapitalgesellschaft ... 173
a) Obligationsähnliche und beteiligungsähnliche Genussscheine ... 174
b) Der Vergleich mit den „ähnlichen Beteiligungen“ ... 174
c) Die Beteiligung am Kapital der Gesellschaft ... 175
2. Der steuerliche Mitinhaber ... 175
a) Der Begriff des steuerlichen Mitinhabers ... 175
b) Personen- und Kapitalgesellschaften ... 175
c) Der Inhaber eines Genussrechts i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG ... 176
aa) Der Genussrechtsinhaber als steuerlicher Mitinhaber ... 176
bb) Die Ausschüttung als Gewinnverwendung ... 178
d) Der Inhaber einer wesentlichen Beteiligung als steuerlicher Mitinhaber ... 179
e) Bezüge aus Genussrechten als Einkünfte aus Kapitalvermögen ... 180
X. Ergebnis ... 180
F. Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 8 III 2 Hs. 2 KStG ... 181
I. Die Gestaltungspraxis ... 181
II. Beteiligung am Gewinn ... 182
1. Die Bestimmung des wirtschaftlichen Erfolgs ... 182

a) Die Werte der Handelsbilanz ... 182
b) Der Gewinn nach Steuerbilanz ... 182
c) Die Ausschüttungen der Gesellschafter ... 182
d) Der Umsatz ... 183
2. Der Bezug zur Referenzgröße ... 183
a) Anteil ... 183
b) Jährlicher Festbetrag ... 183
c) Gewinnabhängige Festverzinsung ... 184
d) Mindestverzinsung ... 184
aa) Aufteilung ... 184
bb) Einheitliche Beurteilung ... 184
(1) Formelle Betrachtung ... 185
(2) Materielle Betrachtung ... 185
(a) Die Aktie als idealtypisches Eigenkapital ... 186
(b) Die Anleihe als idealtypisches Fremdkapital ... 186
III. Beteiligung am Liquidationserlös ... 187
1. Rückzahlung zum Nennbetrag unabhängig von der Erzielung eines Liquidationserlöses ... 188
2. Vereinbarte Beteiligung an den stillen Reserven ... 188
a) Rückzahlung zum Nennbetrag und zusätzliche Beteiligung am Unternehmensvermögen ... 188
b) Rückzahlung zum Nennwert ... 189
aa) Mit Verlustbeteiligung ... 189
bb) Ohne Verlustbeteiligung ... 190
c) Laufzeitverkürzung des Genussrechts ... 191
aa) Die Vereinbarung der Parteien ... 191
bb) Die formale Betrachtung ... 191
cc) Die wirtschaftliche Betrachtung ... 191
(1) Erhöhte Belastung der Gesellschaft durch vorzeitige Rückzahlung ... 192
(2) Der Vergleich mit dem ausscheidenden Gesellschafter ... 192
(a) Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der GmbH ... 192
(b) Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der AG ... 193
(3) Der Wertanteil des Gesellschafters ... 194
(a) Der fiktive Liquidationserlös ... 194
(b) Der Anteil am Wert des lebenden Unternehmens ... 194
(4) Der fiktive Liquidationserlös des Genussrechtsinhabers ... 195
3. Rückzahlung unabhängig von Beteiligung an den stillen Reserven ... 196
a) Ausdrücklicher Ausschluss der Beteiligung an den stillen Reserven ... 196
aa) Rückzahlung erst bei Liquidation ... 196

(1) Die Differenzierung der Begriffe „Liquidationserlös“ und „Liquidationsüberschuss“ ... 196
(a) Das BMF-Schreiben vom 8.12.1986 ... 196
(b) Die Literatur ... 197
(2) Synonymer Gebrauch von „Liquidationserlös“ und „Liquidationsüberschuss“ ... 197
(a) Rechtsprechung des RFH ... 197
(b) Wortwahl des Gesetzgebers ... 197
(c) Die Ausdrucksweise der Literatur ... 198
(d) Die Bezeichnungen der Bundes-Finanzverwaltung ... 198
(e) Die Rechtsprechung des BFH ... 199
(f) Ergebnis ... 199
(3) Die Ermittlung des Liquidationserlöses ... 199
bb) Wirtschaftlich bedeutungsloser Rückzahlungsanspruch ... 201
cc) Gar kein Rückzahlungsanspruch ... 202
b) Der Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch ... 202
IV. Kumulatives Vorliegen ... 203
G. Archetypen der ertragsteuerlichen Abbildung von Kapitalumschichtungen ... 203
I. Das Kontinuitätsprinzip ... 204
II. Das Novationsprinzip ... 204
III. Das Einbringungsprinzip ... 205
H. Ertragsteuerliche Neutralisierung des Zuflusses an Genussrechtskapital ... 205
I. Das Kontinuitätsprinzip ... 205
1. Die handelsbilanzielle Novation ... 205
a) Die Schuldänderung ... 205
b) Die Novation ... 206
aa) Das obligationsähnliche Genussrecht ... 206
bb) Das eigenkapitalähnliche Genussrechte ... 206
2. Die steuerbilanzielle Novation ... 207
a) Das obligationsähnliche Genussrecht ... 207
b) Das beteiligungsähnliche Genussrecht ... 207
II. Das Novationsprinzip ... 207
III. Das Einbringungsprinzip ... 211
I. Der Begriff der Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG ... 211
I. Abweichungen vom einkommensteuerrechtliche Einlagenbegriff ... 211
1. Zwei Rechtsträger ... 211
2. Außerbetriebliche Sphäre ... 211
3. Anwendungsbefehl des § 8 I 1 KStG ... 212
II. Modifizierte Definition im Körperschaftsteuerrecht ... 212

J. Die Merkmale des Einlagenbegriffs im Einzelnen ... 212
I. Zuführung eines Wirtschaftsguts ... 212
1. Zuführung von neuem Kapital von außen ... 212
2. Erlöschen der Forderung ... 213
a) Die Novation ... 213
b) Einlage durch Forderungsverzicht ... 213
II. Das Einlagesubjekt ... 214
1. Das Erfordernis der mitgliedschaftlichen Veranlassung ... 214
2. Der Genussrechtsinhaber als taugliches Einlagesubjekt ... 214
a) Die möglichen Beziehungen des Einlegenden zur Gesellschaft ... 215
aa) Noch-nicht-Gesellschafter ... 215
bb) Nicht-mehr-Gesellschafter ... 215
cc) Nicht-Gesellschafter ... 216
b) Der Genussrechtsinhaber ... 216
aa) Der Wertanteil ... 216
(1) Der Wertanteil als Vermögensrecht des Gesellschafters ... 216
(2) Das Reinvermögen als Bezugsobjekt des Wertanteils ... 218
(3) Der Wertanteil des Genussrechtsinhabers ... 218
bb) Die Beteiligung des Genussrechtsinhabers ... 219
(1) Die idealtypische Beteiligung schuldrechtlicher oder mitgliedschaftlicher Art ... 219
(2) Das Genussrecht als hybride Beteiligungsform ... 219
(3) Der Genussrechtsinhaber als Eigenkapitalgeber ... 220
(4) Die Teilnahme des Genussrechts am Erfolg der Unternehmung ... 221
(5) Die Verwaltungsrechte des Genussrechtsinhabers ... 221
cc) Die Einzahlung des Genussrechtskapitals als Einlage ... 226
(1) Die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes ... 226
(2) Ungleichbehandlung ... 226
(3) Rechtfertigung ... 227
(4) Verfassungskonforme Auslegung der Einlageregeln durch teleologische Extension ... 228
(a) Die planwidrige Regelungslücke ... 228
(c) Vergleichbare Interessenlage ... 229
(d) Teleologische Extension der Einlageregeln ... 229
dd) Die Konsequenzen für den Debt-Mezzanine-Swap ... 230
III. Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis ... 230
1. Der Veranlassungszusammenhang ... 230
2. Die Abgrenzung zwischen betrieblicher und gesellschaftlicher Veranlassung ... 231

3. Die Veranlassung des Forderungsverzichts ... 231
a) Der Verzicht auf den nicht werthaltigen Teil ... 232
b) Der Verzicht auf den werthaltigen Teil ... 233
c) Ergebnis ... 233
IV. Entgeltlichkeit ... 233
1. Gesellschaftsrechtlicher Befund als Ausgangspunkt ... 234
a) Die Zielrichtung der Leistung ... 234
b) Bar- oder Sachleistung ... 234
c) Der Anlass der Leistung ... 235
aa) Einlagen zur Gesellschaftsgründung ... 235
bb) Einlagen zur Verstärkung der Eigenkapitalbasis ... 235
2. Die daraus erwachsende Begrifflichkeit ... 236
a) Die Terminologie im Handelsrecht ... 236
aa) Die offene Einlage ... 236
(1) Offene Einlagen bei Gesellschaftsgründung und Kapitalerhöhung ... 236
(2) Offene Einlage als Zahlung in die Kapitalrücklage ... 236
(a) Agio und Zuzahlung für Vorzug ... 236
(b) Zuzahlung nach § 272 II Nr.4 HGB ... 236
(3) Die offene Einlage in der Handelsbilanz ... 237
bb) Die Verdeckte Einlage ... 238
(1) Der gesellschaftsrechtliche Hintergrund ... 238
(2) Bestehen einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht ... 238
(3) Fehlen einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht ... 238
(a) Die verdeckte Einlage ... 238
(b) Die offene Einlage ... 239
(c) Wahlrecht ... 239
(4) Die verdeckte Einlage in der Handelsbilanz ... 240
cc) Die verdeckte Sacheinlage ... 240
dd) Ergebnis ... 240
b) Die Terminologie im Steuerrecht ... 240
aa) Die offene Einlage ... 240
(1) Der Begriff der offenen Einlage ... 241
(2) Der Begriff der gesellschaftsrechtlichen Einlage ... 241
(3) Die Einlagenqualität der offenen Einlage ... 242
(a) Verneinung des Einlagentatbestandes durch BFH ... 242
(aa) Der Kontext des Urteils ... 242
(bb) Bewertung ... 243

(b) Die Gegenleistung in Form von Gesellschaftsrechten als Ausschlusskriterium für die Einlage ... 243
(aa) Die Zuführung ... 243
(bb) Der Wortlaut des § 4 I 8 EStG ... 244
(cc) Die Wertung des § 20 I UmwStG ... 244
(dd) Die Funktion des § 4 I 1 EStG ... 245
(4) Doppelnatur der offenen Einlage ... 245
bb) Die verdeckte Einlage ... 245
(1) Die Definitionen von Rechtsprechung und Verwaltung ... 245
(2) Herausarbeitung des wesentlichen Differenzierungsmerkmals ... 246
(a) Außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen ... 246
(aa) Weites Verständnis von „gesellschaftsrechtlichen Vorschriften" ... 246
(bb) Enges Verständnis von „gesellschaftsrechtlichen Vorschriften" ... 246
(b) Entgeltlichkeit ... 247
(c) Die Definition der Finanzverwaltung ... 248
(3) Die Rechtsnatur der verdeckten Einlage ... 248
3. Die Zuordnung der einzelnen Einlagevorgänge ... 249
a) Die Einlage bei Gesellschaftsgründung und Kapitalerhöhung ... 249
b) Die Einlage zur Kapitalverstärkung ... 249
aa) Die offene Einlage ... 249
bb) Die verdeckte Einlage ... 250
4. Ergebnis ... 250
K. Bewertung der Einlage ... 250
I. Die Bewertung der offenen Einlage ... 250
1. Das Verhältnis der Bewertungsvorschriften zueinander ... 250
a) § 20 UmwStG ... 250
b) § 6 I Nr. 5 EStG ... 251
c) § 6 I Nr. 2 EStG ... 251
aa) Herstellungskosten ... 251
bb) Anschaffungskosten ... 252
cc) Das Verhältnis von § 6 I Nr. 2 EStG und § 6 I Nr. 5 EStG ... 252
d) § 6 VI 1 EStG ... 253
2. Die offene Einlage als tauschähnlicher Vorgang ... 253
a) Die Begrifflichkeiten ... 253
aa) Die Tauschähnlichkeit ... 253
bb) Die Veräußerung ... 253
cc) Die Einlage ... 254
b) Analyse der Vorgänge im Zusammenhang mit der offenen Einlage ... 254

aa) Die Sichtweise des Gesellschafters ... 254
bb) Die Sichtweise der Gesellschaft ... 255
(1) Das Anschaffungsgeschäft ... 255
(a) Der Gedanke der Sachübernahme ... 256
(b) Die Wertungen des UmwStG ... 256
(aa) Die Tauschähnlichkeit der Sacheinlage in § 20 I UmwStG ... 256
(bb) Bloße Anschaffungsfiktion ... 257
(cc) Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge als Anknüpfungspunkt der Anschaffungsfiktion ... 257
(i) Einzelrechtsnachfolge ... 258
(ii) Gesamtrechtsnachfolge ... 258
(iii) Die Form der Bewirkung der Sacheinlage nach § 20 I UmwStG ... 258
(dd) Bloße Übertragbarkeit des Rechtsgedankens ... 259
(c) Die Wertung des § 6 V EStG ... 259
(2) Das Veräußerungsgeschäft ... 260
c) Gesamtwürdigung ... 260
3. Anwendbarkeit des § 6 VI 1 EStG auf tauschähnliche Vorgänge ... 261
a) Der zivilrechtliche Begriff des Tausches ... 261
b) Die Systematik des § 6 EStG ... 261
c) Das Tauschgutachten ... 262
d) Ergebnis ... 262
II. Die Bewertung der verdeckten Einlage ... 262
1. Die in Betracht kommenden Bewertungsvorschriften ... 262
a) § 6 VI 2 EStG ... 262
b) § 6 VI 1 EStG ... 263
aa) Das tauschähnliche Geschäft ... 263
bb) Verneinung eines tauschähnlichen Geschäfts ... 264
2. Ergebnis ... 265
III. Bewertung des Forderungsverzichts im Zuge des Debt-Mezzanine-Swap ... 265
1. Der Debt-Mezzanine-Swap als Tausch ... 265
a) Der Begriff des Tauschs im Zivilrecht ... 265
aa) Der Tausch als synallagmatischer Verpflichtungsvertrag ... 265
bb) Abgrenzung vom Doppelkauf mit Verrechnungsabrede ... 266
b) Der Begriff des Tauschs im Steuerrecht ... 267
c) Der Debt-Mezzanine-Swap als Tausch im Steuerrecht ... 267
aa) Der Debt-Mezzanine-Swap aus Sicht des Gesellschafters ... 267
bb) Der Debt-Mezzanine-Swap aus Sicht der Gesellschaft ... 268
2. Der Debt-Mezzanine-Swap als tauschähnliches Geschäft ... 270

a) Der Debt-Mezzanine-Swap aus Sicht des Gesellschafters ... 270
b) Die Perspektive der Kapitalgesellschaft ... 271
aa) Das Anschaffungsgeschäft ... 271
(1) Die wirtschaftliche Betrachtung ... 271
(2) Die Anschaffungskosten ... 271
bb) Das Veräußerungsgeschäft ... 273
c) Ergebnis ... 273
3. Einordnung des Forderungsverzichts im Debt-Mezzanine-Swap als verdeckte oder offene Einlage ... 273
a) Die Rechtsprechung zum Forderungsverzicht ... 273
b) Die Rechtsprechung zur Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ... 273
aa) Pensionsverbindlichkeiten und Deckungsvermögen als Einbringungsgegenstände ... 274
bb) Gesellschaftsanteil als Einbringungsgegenstand ... 274
(1) Einbringung in eine AG ... 274
(2) Einbringung in eine KG ... 275
(3) Einbringung in eine GmbH & Co. KG ... 275
cc) Grundstück als Einbringungsgegenstand ... 276
(1) Einbringung in GmbH & Co. KG ... 276
(2) Einbringung in eine KG ... 276
(a) Gewährung von Gesellschaftsrechten als Gegenleistung ... 276
(b) Gutschrift auf dem Privatkonto des Gesellschafters als Gegenleistung ... 277
(3) Einbringung in eine GmbH ... 278
c) Der Debt-Equity-Swap ... 278
d) Der Debt-Mezzanine-Swap ... 280
4. Der gemeine Wert des hingegebenen Wirtschaftsguts ... 281
a) Der gemeine Wert ... 281
aa) Abgrenzung zum allgemeinen Anschaffungskostenbegriff ... 282
bb) Abgrenzung vom Teilwert ... 282
b) Bestimmung des gemeinen Werts der Einzahlungsforderung ... 283
aa) Bewertung der Einzahlungsforderung beim Debt-Equity-Swap ... 283
bb) Übertragung der Wertung auf den Debt-Mezzanine-Swap ... 284
(1) Nennbetrag ... 284
(2) Leistungsfähigkeit des Genussrechtsinhabers ... 284
(3) Vereinbarter Konnex mit der Darlehensforderung ... 284
(a) Die Anrechnungsvereinbarung ... 284
(b) Das Regime der realen Kapitalaufbringung ... 285

cc) Bestimmung des Wertes der Darlehensforderung ... 286
(1) Die maßgebliche Perspektive bei der Bestimmung des Gegenstandes der Bewertung ... 286
(a) Die Perspektive der Kapitalgesellschaft ... 287
(b) Die Perspektive des Gläubigers ... 288
(2) Die maßgebende Perspektive bei der Wahl des Bewertungsmaßstabs ... 289
(a) Teilwert ... 290
(aa) Die isolierte Betrachtung der Leistungspflicht des Schuldners ... 290
(bb) Die korrespondierende Maßgeblichkeit ... 290
(i) Der Wert der Schuldbefreiung für das Unternehmen ... 291
(ii) Der Wert der Schuldbefreiung für den Erwerber des Unternehmens ... 292
(iii) Der Verkehrswert der Forderung ... 292
(bb) Der gemeine Wert ... 293
5. Nachteilige Folgen für die Gesellschaft in der Krise ... 294
a) Die prosperierende Gesellschaft ... 294
b) Die Gesellschaft in der Krise ... 294
aa) Die vorgefundene Situation ... 294
bb) Die Verfassungsmäßigkeit der Einlagenbewertung ... 295
(1) Der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ... 295
(2) Ungleichbehandlung ... 295
(3) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ... 296
(a) Objektive Verstärkung der Leistungsfähigkeit ... 296
(b) Sinn und Zweck der Einlage ... 297
(aa) Die Einlageregelung ... 297
(bb) Übereinstimmung von Zuführung und Betriebsvermögensmehrung ... 297
(cc) Auseinanderfallen von Zuführung und Betriebsvermögensmehrung ... 297
(dd) Einlagenbewertung zum Nominalbetrag ... 298
(i) Der finale Einlagenbegriff ... 298
(ii) Zwei divergierende Grundsätze ... 299
(iii) Sinn und Zweck der Einlage als höherrangiger Grundsatz ... 299
(iv) Teleologische Reduktion ... 299
(4) Ergebnis ... 300
cc) Gestaltungstechnischer Ausweg ... 300
L. Literaturverzeichnis ... 301
I. Monographien ... 301
II. Aufsätze und Festschriftbeiträge ... 309
III. Kommentare ... 321

1. BGB 321
2. AktG 321
3. GmbHG 321
4. EStG, KStG 322
5. AO 322
6. InsO 323
7. HGB 323
8. KWG 323
9. UmwStG 323
10. BewG 323
11. UBGG 323
IV. Lexika 324

A. Der Debt-Mezzanine-Swap als Sanierungsmaßnahme

I. Die Gesellschaft in der Krise

1. Die Ursachen der Krise

Die Krise der Gesellschaft lässt sich auf äußere und/oder innere Ursachen zurückführen. Äußere Krisenursachen bestehen darin, dass das Unternehmen auf einen Rückgang der Nachfrage nicht angemessen reagiert hat oder die Wettbewerbssituation unzutreffend eingeschätzt hat.[1] Innere Krisenursachen finden sich in Gestalt eines ineffizienten Betriebsablaufs oder einer zu expansiven Geschäftspolitik.[2]

2. Die Fortentwicklung der Krise

Als für die Praxis maßgebend hat sich der Standard 6 des IDW mit dem Titel „Anforderung an die Erstellung von Sanierungskonzepten" (IDW S 6) etabliert.[3] Dabei handelt es sich um eine Verlautbarung des Fachausschusses Sanierung und Insolvenz (FAS). Diese wurde am 20.08.2009 vom FAS verabschiedet und am 9.09.2009 vom Hauptfachausschuss (HFA) gebilligt.[4] Der IDW S 6 beschreibt die Krise eines Unternehmens als Aufeinanderfolgen von typisierten Stadien einer Entwicklung.[5] Den Auftakt der Krise bildet die Stakeholderkrise.[6] Es geht um Konflikte in Bezug auf die Corporate Governance.[7] Gegenstand der Corporate Governance ist insbesondere die Koordination der Gesellschaftsorgane.[8] Dabei sind die Interessen der Anteilseigner (Shareholder) und anderer Gruppen, die unmittelbar oder mittelbar am Erfolg der Unternehmung teilhaben (Stakeholder) zu berücksichtigen.[9] Stakeholder ist ein Oberbegriff für die verschiedenen Bezugsgruppen des Unternehmens. Zu ihnen gehören die shareholder, aber auch Fremdkapitalgeber[10] sowie Arbeitnehmer und Mitgliedern der Unternehmensleitung.[11] Mangelnde Koordination zwischen den verschiedenen Stakeholdern zeichnet dieses Krisenstadium aus.

---

[1] *Kraus/Buschmann,* in: Buth/Herrmanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 5 Rn. 5.
[2] *Kraus/Buschmann,* in: Buth/Herrmanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, § 5 Rn. 5.
[3] *Fleischer*, Stbg 2009, 437 (437).
[4] *Diffring*, Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 11.
[5] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 20, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (134); sowie Rn. 62, 63, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (138).
[6] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 65-68, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (138).
[7] *Diffring*, Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 11.
[8] *Carl*, in: Spahlinger/Wegen, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 1. Aufl. 2005, G. Corporate Governance, Rn. 1498.
[9] IDW/FAZ, Wirtschaftsprüfung und Corporate Governance, 2002, S. 3 f.
[10] *Wohlmannstetter*, in: Hopt/Wohlmannstetter, Handbuch Corporate Governance von Banken, 1. Aufl. 2011, S. 33.
[11] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 65, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (139).

An die Stakeholderkrise schließt sich die Strategiekrise an.[12] In dieser Phase weist das Unternehmen strategische Defizite auf; Innovationen und Investitionen erfolgen unangemessen und nicht ausreichend effektiv.[13] Dies führt zur Produkt- und Absatzkrise; die Nachfrage nach hauptsächlichen Trägern des Umsatzes geht zurück.[14] Das nächste Stadium ist die Erfolgskrise.[15] Das Unternehmen ist nicht mehr in der Lage, marktangemessene Ausschüttungen an die Anteilseigner zu leisten: „die Eigenkapitalkosten [werden] nicht mehr verdient".[16] Kommt es schlimmer, mindern operative Verluste die Eigenkapitalausstattung. Die Kreditwürdigkeit nimmt ab. Schließlich tritt die Liquiditätskrise ein.[17] Das Unternehmen ist nun in seinem Fortbestand gefährdet. Eine nicht kurierte Liquiditätskrise kann zur Zahlungsunfähigkeit führen.[18]

II. Die Sanierung

Der Begriff der Sanierung stammt aus dem Lateinischen. „Sanare" bedeutet „heilen" oder „kurieren". Die Sanierung des Unternehmens erfolgt, wenn ein Bedürfnis nach Sanierung besteht. Dies ist dann der Fall, wenn die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens gefährdet oder bereits verloren ist.[19] Das Unternehmen befindet sich in einer Krise. Die Sanierung erfasst alle Maßnahmen, die die darauf abzielen, dem Unternehmen seine ursprüngliche Leistungsfähigkeit wieder zu verschaffen.[20] Das Unternehmen kann nach erfolgreicher Sanierung fortgeführt werden.[21] Es ist wieder wettbewerbsfähig und kann Gewinn erzielen.[22]

Um eine Sanierung durchführen zu können, sind drei Voraussetzungen zu erfüllen:[23] (1) Es muss ein Sanierungswille bestehen. Die Gesellschafter müssen bereit sein, eine Sanierung mitzutragen.[24] (2) Die Gesellschaft muss objektiv sanierbar sein. Die Prüfung vollzieht sich zweistufig: zunächst geht es darum, ob dem Unternehmen eine po-

---

[12] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 69-72, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (139).
[13] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 69, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (139).
[14] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 73, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (140).
[15] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 74-76, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (140).
[16] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 74, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (140).
[17] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 77-78, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (140).
[18] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 79, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (140).
[19] *Loose/Maier*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 17 Rn. 6.
[20] *Loose/Maier*, in: Lüdicke/Sistermann, Unternehmensteuerrecht, § 17 Rn. 6.
[21] *Diffring*, Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 8.
[22] *Diffring*, Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 8.
[23] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel N, Rn. 630.
[24] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel N, Rn. 630.

sitive Fortführungsprognose ausgestellt werden kann.[25] Normativer Anknüpfungspunkt ist die Bewertungsvorschrift des § 252 I Nr. 2 HGB.[26] Diese Norm verlangt, dass bei der Bewertung von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen ist. Des Weiteren ist zu klären, ob das Unternehmen nach Abschluss der Sanierung ohne weitere Hilfe von außen seine Geschäftstätigkeit entfalten kann.[27] (3) Das Sanierungskonzept muss objektiv geeignet sein, die Ursachen der Krise zu bewältigen und die Ertragskraft des Unternehmens zu regenerieren.[28]

III. Der Debt-Mezzanine-Swap

Es gibt finanzwirtschaftliche Sanierungsmaßnahmen und operative Sanierungsmaßnahmen.[29] Die Forderungsumwandlung im Rahmen des Debt-Mezzanine-Swap zählt zu den finanzwirtschaftlichen Sanierungsmaßnahmen. Der Darlehensgeber wandelt seine Darlehensforderung in Mezzanine-Kapital.[30] Mezzanine-Kapital eignet sich als Sanierungsinstrument, wie im Folgenden zu zeigen ist.[31]

1. Mezzanine-Kapital

a) Die Etymologie des Begriffs „Mezzanine“

Die Bezeichnung „Mezzanin“ leitet sich nach allgemeiner Ansicht von dem italienischen Ausdruck „Mezzanino“ ab;[32] *Schaumann* sieht den etymologischen Ursprung hingegen im italienischen „Mezzano“. Dieser gründe wiederum im lateinischen „medianus“.[33] Unter einem Mezzanin versteht man ein Halb- oder Zwischengeschoss[34] in einem Gebäude, das mehrere Stockwerke aufweist.[35] Ein Mezzanin ist i.d.R. zwischen Erdgeschoss und erstem Obergeschoss oder als letztes Obergeschoss unterhalb der Dachschräge eingezogen.[36] Im Unterschied zum Vollgeschoss zeichnet sich das Mezzanin dadurch aus, dass die Raumhöhe geringer ist.[37] Auch erstreckt sich die Grundfläche des Mezzanin nicht stets über die ganze Grundfläche des Gebäudes.[38] Dies ist dadurch bedingt, dass sich ein Saal in der Höhe über ein Vollgeschoss hinaus er-

---

[25] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 11, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (132).
[26] IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6), Rn. 11, in: WPg-Supplement 4/2012, 130 (132).
[27] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel N, Rn. 631.
[28] *Pentz,* GmbHR 1999, 441 (449 f).
[29] *Fleischer*, Stbg 2009, 437 (437).
[30] *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 31.
[31] *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 31.
[32] *Weiss/Schefzyk/Strub*, Mezzanine I Verschiedene Formen der Mezzanine Finanzierung, S. 2.
[33] *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung, S. 73.
[34] *Volkmann/Tokarski*, Entrepreneurship, S. 371.
[35] *Schrell/Kirchner,* BKR 2003, 13 (14).
[36] *Müller-Känel*, Mezzanine Finance, S. 13.
[37] *Manno/Venchierutti/Codato*, Venedig, S. 612.
[38] *Groenemeyer*, Logistikimmobilien vom Band: Standardisierung im gewerblichen Hochbau am Beispiel von Warehouse-Logistikimmobilien, S. 246.

streckt. Der das Vollgeschoss überragende Teil des Saals bestimmt die Höhe des Mezzanin, so dass die Decke von Saal und Mezzanin eine Ebene bilden. Das neben den Saal eingezogene Mezzanin kann mit dem Saal verbunden werden; dann betritt man, vom Mezzanin kommend, eine Empore, welche die Grundfläche des Mezzanin weiter führt.[39] Im englischen Sprachgebrauch meint Mezzanin daher auch Empore („Mezzanine Gallery").[40]

b) Die Anschauung

Überträgt man die aus der Architektur herrührende Bezeichnung „Mezzanin" auf den Bereich der Finanzierung, so bildet sie eine treffende Metapher für die Rolle des Mezzanine-Kapitals. Nach *Breuninger/Prinz* ist das Mezzanine-Kapital ein „variantenreicher Typusbegriff mit unscharfen Konturen, kein Rechtsbegriff".[41] Die Metapher vom Zwischengeschoss kann zumindest eine Anschauung dessen verschaffen, was unter Mezzanine-Kapital zu verstehen ist. Im Gebäude der Unternehmensfinanzierung bildet das Eigenkapital das Erdgeschoss.[42] Das Fremdkapital nimmt das zweite Stockwerk ein. Dazwischen befindet sich das Mezzanine-Kapital.

c) Der Begriff

Zu dieser über die Metapher vermittelten Anschauung muss auch ein Begriff treten. *Schaumann* sieht im Mezzanine-Kapital „Finanzierungsstrategien, welche zwischen der Eigenkapital- und Fremdkapitalfinanzierung liegen".[43] Es vereint Eigenschaften von Eigen- und Fremdkapital.[44] Das Mezzanine-Kapital ist eine „Mischform aus Eigen- und Fremdkapital"[45] oder eine „Zwischenform von Eigen- und Fremdkapital".[46] Es stellt eine „hybride Finanzierungsform" dar.[47] *Gündel/Hirdes* verstehen unter Mezzanine diejenigen Finanzierungsinstrumente, die „rechtlich bzw. wirtschaftlich zwischen reinem Eigenkapital und Fremdkapital angesiedelt" sind.[48] Für *Kiethe* besteht das Charakteristikum mezzaniner Finanzierungen darin, dass sie „Eigen- und Fremdkapitalmerkmale zu einer hybriden Finanzierungsform [vereinigen] und eine Stellung zwischen Eigen- und Fremdkapital ein[nehmen]".[49]

Diese exemplarisch wiedergegebenen Definitionen haben gemeinsam, dass sie Mezzanine-Kapital weder dem Fremd- noch dem Eigenkapital zuordnen, sondern in einem

---

[39] *Gillingham*, Proceedings of the Battle Conference 2000, S. 85.
[40] *Moe*, Integrated Design in Contemporary Architecture, S. 170.
[41] *Breuninger/Prinz*, DStR 2006, 1345 (1345).
[42] *Müller-Känel*, Mezzanine Finance, S. 13.
[43] *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung, S. 73.
[44] *Pfundt/von Rosen*, Kapitalmarkt im Wandel, S. 224.
[45] *Benndorf/Otto*, BB 2012, 731 (732).
[46] *Küting/Dürr,* DStR 2005, 938 (938).
[47] *Benndorf/Otto*, BB 2012, 731 (732).
[48] *Gündel/Hirdes*, BC 2005, 205 (205).
[49] *Kiethe*, DStR 2006, 1763 (1764).

Raum zwischen den beiden Kategorien verorten. Diese Zwischengeschoss-Position des Mezzanine-Kapitals beschreibt treffend die wirtschaftlichen Eigenschaften dieses Finanzierungsinstruments. Doch ist diese Herangehensweise im Hinblick auf die handels- und steuerbilanzielle Einordnung des Mezzanine-Kapitals nicht hilfreich, denn das deutsche Bilanzrecht sieht eine eigenständige Zwischen-Kategorie „Mezzanine-Kapital" nicht vor. Beim bilanziellen Ausweis des Mezzanine-Kapitals muss vielmehr eine eindeutige Zuordnung vorgenommen werden.

In die Richtung einer Qualifizierung des Mezzanine-Kapitals als Eigen- oder Fremdkapital weisen *Benndorf/Otto,* für die Mezzanine-Kapital rechtlich Fremdkapital, wirtschaftlich hingegen Eigenkapital darstellt.[50] Auch *Söhner* konstruiert den Begriff des Mezzanine-Kapitals unter Zuhilfenahme bewährter Kategorien des Bilanzrechts: „Als Finanzierungsinstrument bedeutet Mezzanine-Kapital eine Verbindung zwischen Eigen- und Fremdkapital in der Weise, dass es zum einen Eigenkapital mit den Merkmalen des Fremdkapitals und zum anderen Fremdkapital mit den Merkmalen des Eigenkapitals darstellen kann".[51]

Die Bezeichnung „Mezzanine-Kapital" hat den Klang der Innovation für sich.[52] Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass das bewährte Instrumentarium des Bilanzrechts auch das Mezzanine-Kapital zu erfassen vermag. *Henrichs* erkennt die mezzaninen Finanzierungsinstrumente daher als „alte Bekannte".[53] Mag der Begriff des Mezzanine-Kapitals unscharf sein; wenn es um den Ausweis in der Bilanz geht, muss auch das Mezzanine-Kapital präzise dem Eigenkapital (Equity-Mezzanine) oder Fremdkapital (Debt-Mezzanine) zugewiesen werden.[54] *Cranshaw* spricht im Hinblick auf letztere Kategorie von „mezzaninem Fremdkapital".[55] Das schillernde Mezzanine-Kapital entpuppt sich schließlich als profanes Eigen- oder Fremdkapital.

Mezzanine Finanzierungsprodukte haben zwar eine „Zwitterstellung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital".[56] Dennoch ist eine Zuweisung zum Eigen- oder Fremdkapital möglich. Diese erfolgt über das Rendite-Risiko-Charakteristikum des Mezzanin-Produkts.[57] Zu untersuchen ist, ob das Mezzanin-Kapital in seiner Rendite-Risiko-Struktur eher dem idealtypischen Eigenkapital oder dem idealtypischen Fremdkapital ähnelt.[58] Vom idealtypischen Fremdkapital beginnend, lässt sich das ganze Spektrum

---

[50] *Benndorf/Otto*, BB 2012, 731 (732).
[51] *Söhner*, Gläubigerschutz und Anlegerschutz vor Private-Equity- und Hedgefonds, S. 49.
[52] *Henrichs* ZGR 2006, 563 (581).
[53] *Henrichs* ZGR 2006, 563 (581).
[54] Vgl. *Gündel/Hirdes*, BC 2005, 205 (206); *Hauser,* Chancen und Risiken einer Unternehmensakquisition durch eine Zwischengesellschaft als Finanzierungsmodell, S. 30; *Hellerforth,* Die globale Finanzmarktkrise, S. 57.
[55] *Cranshaw,* BKR 2008, 504 (506).
[56] *Pfundt/von Rosen*, Kapitalmarkt im Wandel, S. 226.
[57] *Pfundt/von Rosen*, Kapitalmarkt im Wandel, S. 226.
[58] *Pfundt/von Rosen*, Kapitalmarkt im Wandel, S. 226.

möglicher mezzaniner Instrumente aufzeigen: dieses setzt an mit dem Nachrangdarlehen, setzt sich fort mit der typischen stillen Beteiligung, dem partiarischen Darlehen, der atypischen stillen Beteiligung, dem Genussrecht und der Wandelanleihe und findet sein Ende in der Optionsanleihe, demjenigen mezzaninen Instrument, das dem idealtypischen Eigenkapital am ähnlichsten ist.[59]

d) Die Eigenschaften von Mezzanine-Kapital

aa) Typische Eigenschaften von Eigen- und Fremdkapital

In Bezug auf die Ergebnisabhängigkeit der Vergütungsansprüche während der Vertragslaufzeit zeichnet sich Fremdkapital dadurch aus, dass es einen erfolgsunabhängigen Zins gewährt, wohingegen Eigenkapital mit einer erfolgsabhängigen Zahlung in Gestalt einer Ergebnisverteilung verbunden ist.[60]

Im Hinblick auf den Rückzahlungsanspruch nach Vertragsbeendigung erhält der Fremdkapitalgeber einen erfolgsunabhängigen Festbetrag,[61] während der Eigenkapitalgeber erfolgsabhängig am Liquidationserlös beteiligt wird.[62] Der Eigenkapitalgeber hat daher ein Interesse am Erfolg der Unternehmung.[63]

Was Mitwirkungs- und Kontrollrechte anbelangt, sind beim Fremdkapital keine derartigen Befugnisse für den Investor vorgesehen, wohingegen der Eigenkapitalgeber als Geschäftsführer agieren kann.[64]

Wesensmerkmal des Eigenkapitals ist, dass es dem Unternehmen auf Dauer belassen ist.[65] Das Fremdkapital stammt nicht von den Inhabern des Unternehmens. Vielmehr haben außenstehende Dritte diese Mittel im Rahmen eines Darlehensvertrags überlassen.[66] Entscheidend ist, dass das Kapital befristet zur Verfügung steht.[67]

Im Fall der Insolvenz werden die Fremdkapitalgeber zuerst bedient; die Eigenkapitalgeber können den verbleibenden Rest untereinander aufteilen.[68] Das Eigenkapital

---

[59] *Pfundt/von Rosen*, Kapitalmarkt im Wandel, S. 227.
[60] *Peters*, Mezzanine als Finanzierungsalternative für den Mittelstand, in: Oehler/Terstege, Finanzierung, Investition und Entscheidung, S. 395 (398).
[61] *Peters*, Mezzanine als Finanzierungsalternative für den Mittelstand, in: Oehler/Terstege, Finanzierung, Investition und Entscheidung, S. 395 (398).
[62] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 50.
[63] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 50.
[64] *Peters*, Mezzanine als Finanzierungsalternative für den Mittelstand, in: Oehler/Terstege, Finanzierung, Investition und Entscheidung, S. 395 (398).
[65] *Weitnauer*, BKR 2005, 43 (45).
[66] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 50.
[67] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 50.
[68] *Peters*, Mezzanine als Finanzierungsalternative für den Mittelstand, in: Oehler/Terstege, Finanzierung, Investition und Entscheidung, S. 395 (398).

stellt die Haftungssubstanz des Unternehmens dar.[69] Als Haftungsmasse eignet sich Fremdkapital nicht; denn die Fremdkapitalgeber sind in Insolvenz und Liquidation auf derselben Stufe wie die anderen Gläubiger zu bedienen.[70] Die Grenzlinie zwischen Eigen- und Fremdkapital markiert der „Grundsatz, dass Eigenkapital für alles Fremdkapital haftet".[71]

bb) Die Charakteristika von Mezzanine-Kapital

(1) Nachrang gegenüber dem Fremdkapital

Ein wichtiges Charakteristikum des Mezzanine-Kapitals ist die Nachrangigkeit gegenüber konventionellem Fremdkapital. Im Fall von Insolvenz und Liquidation wird das Mezzanine-Kapital erst nach den Forderungen anderer Gläubiger bedient.[72] Die Nachrangigkeit resultiert aus einem zwischen den Parteien vereinbarten Rangrücktritt.[73] *Fischer* bezeichnet Mezzanine-Kapital als „nachrangiges […] Risikokapital".[74]

Für einen Investor ist ein größeres Risiko damit verbunden, einer Objektgesellschaft Mezzanine-Kapital zu überlassen als konventionelles Fremdkapital.[75] Die nachrangige Position des Mezzanine-Gebers im Liquidations- und Insolvenzfall führt zu einem höheren Risiko dieser Art der Kapitalanlage im Fall der Krise der Objektgesellschaft. Deshalb erhält der Mezzanine-Investor eine höhere Vergütung als der Fremdkapitalgeber.[76] Andererseits ist die Zuführung von Mezzanine-Kapital für den Investor vergleichsweise weniger risikoträchtig als die Überantwortung von Eigenkapital.[77] In der Risiko-Ertrags-Relation liegt das Mezzanine-Kapital zwischen Fremd- und Eigenkapital.[78]

(2) Vorrang gegenüber Eigenkapital

Das Mezzanine-Kapital hafte nachrangig gegenüber dem Fremdkapital,[79] aber vorrangig gegenüber dem Eigenkapital.[80] Mezzanine-Kapital wird in Liquidation und Insol-

---

[69] *Müller-Känel*, Mezzanine Finance, S. 13.
[70] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 50.
[71] *Schön*, in: JFStR 2012/13, S. 320.
[72] *Leopold/Reichling,* DStR 2004, 1360 (1361); *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (420); *Munkert,* DStR 2008, 1546 (1550).
[73] *Ganter*, WM 2011, 1585 (1587).
[74] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (227).
[75] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (227).
[76] *Leopold/Reichling,* DStR 2004, 1360 (1361); *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (420).
[77] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (227).
[78] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (227).
[79] *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung, S. 73.

venz im Rang nach den Gläubigern bedient. Den anderen Gläubigern dient das mezzanine Instrument damit als Haftungssubstrat. Die Eigenschaft als Haftungskapital entlehnt das Mezzanin-Kapital vom Eigenkapital.[81]

(3) Befristung

Mezzanine-Kapital ist auf Zeit überlassen.[82] Die befristete Überlassung ist ein Wesensmerkmal von Mezzanine-Kapital.[83] In der Praxis eine Befristung von fünf bis 10 Jahren[84] bzw. sechs bis 10 Jahre[85] häufig anzutreffen.

(4) Flexibilität

Mezzanine ist ein Sammelbegriff.[86] Er umfasst hybride Finanzierungsinstrumente, die sich in ihrer Ausgestaltung im weiten Feld zwischen idealtypischem Eigenkapital und idealtypischem Fremdkapital bewegen.[87] Hybride Finanzierungsinstrumente stellen Mischformen dar, die sowohl Eigenschaften von Fremdkapital als auch von Eigenkapital aufweisen.[88] Mezzanine Finanzierung zeichnet sich durch ihre Mannigfaltigkeit aus.[89] Es lassen sich Finanzierungsinstrumente schaffen, die je nach den Bedürfnissen der Parteien eher dem Fremdkapital oder dem Eigenkapital angenähert sind.[90] Der Vorteil hybrider Finanzierungsinstrumente liegt in deren Flexibilität.

Ein mezzanines Finanzierungsinstrument kann mit Eigenkapital-Komponenten versehen werden. So kann etwa ein hybrides Darlehen mit einer ergebnisabhängigen Verzinsung ausgestattet werden.[91] Auch die Zahlungen, die ein Unternehmen auf das Genussrechtskapital leisten muss, sind i.d.R. leistungsbezogen und korrelieren so mit der Entwicklung der Geschäfte.[92]

Das mezzanine Finanzinstrument kann aber auch Eigenschaften haben, die fremdkapitaltypisch sind. Dazu gehört die unbedingte Verpflichtung, das überlassene Kapital

---

[80] *Leopold/Reichling,* DStR 2004, 1360 (1361); *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (420); *Munkert,* DStR 2008, 1546 (1550).
[81] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (225).
[82] *Hellerforth,* Die globale Finanzmarktkrise, S. 58.
[83] *Munkert,* DStR 2008, 1546 (1550).
[84] *Leopold/Reichling,* DStR 2004, 1360 (1361),
[85] *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (420).
[86] *Kiethe,* DStR 2006, 1763 (1764).
[87] *Peters*, Mezzanine als Finanzierungsalternative für den Mittelstand, in: Oehler/Terstege, Finanzierung, Investition und Entscheidung, S. 395 (398).
[88] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (225); *Bock,* DStR 2005, 1067 (1067).
[89] *Munkert,* DStR 2008, 1546 (1550).
[90] *Ganter*, WM 2011, 1585 (1587).
[91] Prinz, FR 2008, 441 (446).
[92] *Rudolph*, BB Beilage 2005, Nr. 15, S. 15 (16).

zurückzuzahlen.[93] Auch eine fixe Basisverzinsung des Mezzanine-Kapitals ist eine dem Fremdkapital entnommene Komponente.[94]

(5) Betriebsausgabenabzug

In der Praxis wird das Mezzanine-Kapital derart ausgestaltet, dass die für die Überlassung entrichtete Vergütung als Betriebsausgabe abgezogen werden kann.[95]

2. Der Debt-Mezzanine-Swap als Sanierungsvariante

Die Finanzierungspraxis bevorzugt in Zeiten einer positiven Entwicklung des Unternehmens einen hohen Anteil der Fremdfinanzierung.[96] Befindet sich das Unternehmen dagegen in einer Krise, wächst der Bedarf an Eigenkapital zur Pufferung von Verlusten.[97] Die Erhöhung der Eigenkapitalquote ist sowohl im Wege des Debt-Equity-Swap als auch des Debt-Mezzanine-Swap möglich.

a) Der Debt-Equity-Swap

Für die Gesellschaft gilt der Grundsatz der Finanzierungsfreiheit. Abgesehen von gesetzlichen Mindestvorgaben steht es den Beteiligten frei, ob und wie sie der Gesellschaft Kapital zuführen.[98] Einzuhalten sind lediglich die Regeln der Aufbringung (§ 3 I Nr. 3, 4; 14 GmbHG) und Erhaltung (§ 30 I GmbHG, § 57 I 1 AktG) des Nennkapitals (§ 5 I GmbHG, §§ 6, 7 AktG). Der Debt-Equity-Swap stellt eine Möglichkeit der Gesellschaft dar, ihre Eigenkapitalquote zu erhöhen.

aa) Bedenken auf Seiten des Investors

Der Gläubiger, der im Zuge des Debt-Equity-Swap in die Position eines Anteileigners gelangt, sieht sich mit Chancen und Risiken konfrontiert.[99] Die Gesellschafterrechte ermöglichen ihm eine Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen. Der Investor kann auf diese Weise Kenntnisse in Sanierung und Restrukturierung in das Unternehmen einbringen.[100] Jedoch nimmt der Investor durch den Debt-Equity-Swap unternehmerisches Risiko auf sich.[101]

Als Teilhaber am Unternehmen spürt er den Erfolg der Sanierungsmaßnahme unmittelbar. Misslingt der Turnaround und muss in der Folge ein Insolvenzantrag gestellt werden, ist die Stellung des Investors schlechter, als wenn er seine Gläubiger-

---

[93] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (225).
[94] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (225).
[95] *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (420); *Munkert,* DStR 2008, 1546 (1550).
[96] *Prinz,* FR 2009, 593 (593).
[97] *Prinz,* FR 2009, 593 (593).
[98] *Ulbrich,* Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, S. 48.
[99] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.203.
[100] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.203.
[101] *Eidenmüller,* BB Beilage 1998, Nr. 10, S. 19 (21).

Position behalten hätte.[102] Denn als Anteilseigner steht ihm im Insolvenzverfahren nur ein Residualanspruch zu, nachdem alle Gläubiger befriedigt worden sind.
Wurde die eingebrachte Forderung überbewertet, trifft den Investor eine Nachschusspflicht in bar.[103] Entscheidend für die Werthaltigkeit der eingebrachten Forderung ist der Zeitpunkt der Handelsregister-Anmeldung. Ist der objektive Wert der Forderung geringer als der Betrag der Sacheinlageverpflichtung, kommt es zur Differenzhaftung des Inferenten (§§ 56 II, 9 I GmbHG).[104]

bb) Bedenken auf Seiten der Objektgesellschaft

Nimmt eine Gesellschaft neue Anteilsinhaber auf, müssen diesen auch diverse Rechte der unternehmerischen Mitbestimmung gewährt werden.[105] Oftmals zeigen sich mittelständische Unternehmer zurückhaltend, neue Miteigentümer in die eigenen Reihen aufzunehmen.[106] Gegen den Willen der Gesellschafter ist ein Debt-Equity-Swap nicht durchführbar.[107]

b) Der Debt-Mezzanine-Swap

aa) Die Beseitigung der bilanziellen Überschuldung

Soll eine Gesellschaft saniert werden, bieten sich mezzanine Finanzierungsinstrumente an.[108] Insbesondere das Genussrechte erweist sich Finanzierungsform, welche die gewünschte Flexibilität bietet.[109] Genussrechtskapital ist ein probates Mittel der Unternehmensfinanzierung.[110]
Die Ausgangssituation zeichent sich dadurch aus, dass zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft ein Darlehensverhältnis besteht. Gerät die Gesellschaft in wirtschaftliche Bedrängnis, weist der Debt-Mezzanine-Swap einen Weg zur Bewältigung der Krise: die Gesellschaft vereinbart mit dem Gläubiger, dass an die Stelle der Darlehensforderung eine mezzanine Beteiligung treten soll. Das ist in der Praxis üblicherweise ein Genussrecht. Dieses Genussrecht wird so ausgestaltet, dass es in der Handelsbilanz als Eigenkapitalposten zu erfassen ist. Das führt zu einer handelsbilanziell erfreulichen Situation für die Schuldner-Gesellschaft: auf der Passivseite der Bilanz fällt die Darlehensverbindlichkeit weg. Stattdessen ist das Genussrechtskapital als Posten im Eigenkapital auszuweisen. Es dient als Haftungssubstrat.[111] Auf diese Weise

---

[102] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.204.
[103] *Meyer/Degener,* BB 2011, 846 (849).
[104] *Heckschen,* in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 1. Auflage 2012, Kapitel N, Rn. 759 ff.
[105] *Mayer-Friedrich/Müller,* BB 2013, 171 (172).
[106] *Mayer-Friedrich/Müller,* BB 2013, 171 (172).
[107] *Meyer-Löwy/Bruder,* GmbHR 2012, 432 (432).
[108] *Kiethe,* DStR 2006, 1763 (1764).
[109] *Kiethe,* DStR 2006, 1763 (1764).
[110] *Weitnauer,* BKR 2005, 43 (43).
[111] *Weitnauer*, BKR 2005, 43 (45).

kann eine bilanzielle Überschuldung beseitigt werden, so dass der Weg frei ist für eine wirtschaftliche Rekonvaleszenz des Unternehmens.

bb) Der Erhalt der Beteiligungsstruktur

Beim Debt-Mezzanine-Swap erhöht sich die Eigenkapitalquote des Unternehmens.[112] Mezzanine-Kapital eignet sich als Eigenkapitalersatz.[113] Mezzanine-Kapital ist für die Objektgesellschaft insofern erfreulich, als keine Gesellschaftsanteile ausgegeben werden.[114] Der Unternehmer bleibt „Herr im Haus".[115] Das Unternehmen muss keinen neuen Teilhaber an Bord nehmen und ihm die Entscheidungs-, Mitwirkungs- und Mitspracherechte eines Gesellschafters gewähren.[116] Die bisherigen Beteiligungen bleiben erhalten.[117] Der Gläubiger erhält keine Gesellschafterposition. Insbesondere mittelständische Unternehmer lehnen eine „Verwässerung ihrer Stimmrechte" ab.[118]
Der Mezzanine-Kapitalgeber hat aber Kontroll- und Mitwirkungsrechte, die erheblich weiter reichen als die eines Fremdkapitalgebers.[119] Hieran zeigt sich die Mezzanine-typische Mittelstellung zwischen Eigen- und Fremdkapital.[120] Mezzanine-Kapital weist Eigenschaften von Eigen- und Fremdkapital auf.[121] Im Gegensatz zum Debt-Equity-Swap muss die Gesellschaft keine Entscheidungsrechte abgeben.[122] Der Debt-Mezzanine-Swap ist eine interessante Alternative zum Debt-Equity-Swap.[123]
Beteiligt sich ein Mezzanine-Investor am Unternehmen, kann auch er sich vertraglich Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung versprechen lassen. Vereinbarte Kontrollrechte verleihen ihm die Befugnis, den Gang der Unternehmung überwachend zu begleiten. Das lässt sich positiv verstehen als „Begleitung des Unternehmens durch unternehmerische Partner" im Sinne einer Kooperation.[124] Die Objektgesellschaft kann die Anwesenheit des Investors in der Geschäftspolitik auch als Kollaboration empfinden. Denn die zuvor unbeschränkte unternehmerische Freiheit findet ihre Grenzen nunmehr in den Vorstellungen des Investors.[125] Der „Mezzanine-

---

[112] *Mayer-Friedrich/Müller*, BB 2013, 171 (171).
[113] *Rudolph*, BB Beilage Nr. 5/2005, S. 15 (16).
[114] *Mutter*, Vermögensmanagement für Familienunternehmer, S. 304.
[115] *Koblenzer,* ErbStB 2005, 282 (283).
[116] *Mayer-Friedrich/Müller*, BB 2013, 171 (171); *Koblenzer,* ErbStB 2005, 282 (283).
[117] *Mutter*, Vermögensmanagement für Familienunternehmer, S. 304.
[118] *Kiethe,* DStR 2006, 1763 (1764).
[119] *Siegert/Landwehrmann*, in: Triebel, Mergers & Acquisitions, S. 57.
[120] *Hellerforth,* Die globale Finanzmarktkrise, S. 57; *Katzorke/Hirdes,* Fleischwirtschaft 2006, 52 (52).
[121] *Mayer-Friedrich/Müller*, BB 2013, 171 (171).
[122] *Rudolph*, BB Beilage Nr. 5/2005, S. 15 (16).
[123] Rottnauer, NZG 2012, 339 (342).
[124] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (231).
[125] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (231).

Partner“ entfaltet zwar keine operative Betätigung.[126] Aber das Management kann sich über dessen Sanierungskonzept nicht hinwegsetzen.

Dabei ist aber im Blick zu behalten, dass lediglich Ausschnitte aus den Befugnissen des Gesellschafters einem Mezzanine-Kapitalgeber übertragen werden dürfen, nicht aber das Stimmrecht. Die Investoren können nicht unmittelbar auf die Unternehmensführung einwirken.[127] Räumt die Objektgesellschaft einem Investor Kontrollrechte ein, reicht das nicht aus, ihn allein deswegen einem Gesellschafter gleichzustellen.[128] Ausschlaggebend ist vielmehr, ob der Investor „bestimmenden unternehmerischen Einfluss“ ausüben kann.[129] Der Mezzanine-Kapitalgeber ist kein Gesellschafter.[130] Im Vergleich zum „Beteiligungskapitalgeber“ sind die einem Mezzanine-Investor zustehenden Rechte begrenzt.

Doch eröffnet die Flexibilität des Finanzierungsinstruments Mezzanine-Kapital eine breitgefächerte Auswahl an Möglichkeiten, den Genussrechtsinhaber zumindest eingeschränkte Beteiligungsrechte zu gewähren. Denkbar ist ein Zustimmungsvorbehalt zu Geschäften von bedeutendem Ausmaß.[131]

Für derartige eingeschränkte Mitverwaltungsrechte besteht Veranlassung. Denn das Mezzanine-Kapital ist nachrangig.[132] Als Ausgleich dafür lassen sich die Gläubiger Kontrollrechte einräumen. Auf diesem Weg versuchen die Gläubiger, Einfluss auf die Geschäftspolitik zu nehmen, so dass sich ein Sanierungserfolg einstellt.[133]

cc) Der Leverage-Effekt

Banken sind verpflichtet, bei der Vergabe von Darlehen darauf zu achten, dass eine ausreichende Eigenkapitaldecke vorhanden ist. Das gebieten die Vorgaben von Basel II.[134] „Basel II“ ist die Kurzform für das „Basel II Abkommen“. Dieses trägt den Titel „Beschlüsse zur Kreditvergabe an Unternehmen“.[135] In der Sache geht es um die Eigenkapitalrichtlinien der Banken.[136] Diese Richtlinien haben – zumindest in der Wahrnehmung der Unternehmer – eine größere Zurückhaltung der Banken bei der Kreditvergabe bewirkt.[137] Banken sind demnach gegenüber mittelständischen Unter-

---

[126] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (231).
[127] *Ganter*, WM 2011, 1585 (1587).
[128] *Weitnauer*, BKR 2005, 43 (45 f).
[129] *Weitnauer*, BKR 2005, 43 (46).
[130] *Fischer*, Unternehmerisches Fremdkapital: Mezzanine-Finanzierungen, in: Stadler, Die neue Unternehmensfinanzierung, S. 224 (231).
[131] *Mutter*, Vermögensmanagement für Familienunternehmer, S. 304.
[132] *Bomhard/Kessler/Dettmeier*, BB 2004, 2085 (2090 Rn. 34).
[133] *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants, S. 32.
[134] *Pohl,* ImmobilienManager 2007, 39 (39).
[135] *Koblenzer,* ErbStG 2005, 282 (282).
[136] *Leopold/Reichling,* DStR 2004, 1360 (1360).
[137] *Leopold/Reichling,* DStR 2004, 1360 (1361).

nehmen bei der Kreditvergabe skeptisch.[138] Ein Fremdkapitalgeber ist nur dann bereit, ein Darlehen zu gewähren, wenn ihm die Rückzahlung hinreichend sicher erscheint.[139] Eigenkapitalgeber haben unternehmerische Interessen, wohingegen Fremdkapitalgeber vorrangig von Sicherungsinteressen bestimmt sind.[140] In dieser Situation kann Mezzanine-Kapital im Rahmen der Unternehmensfinanzierung helfen, bestehende Investitionslücken aufzufüllen.[141]

Ein positiver Effekt der Mezzanine-Finanzierung für die Objektgesellschaft liegt darin, dass die Aufnahme von klassischem Fremdkapital erleichtert wird.[142] Mezzanine-Kapital ist nachrangig und unterstützt auf diese Weise die Eigenkapital-Grundlage des Unternehmens.[143] So wird es auch leichter, neues Fremdkapital zu akquirieren. Denn das Risiko, dass die Darlehensforderung des Fremdkapitalgebers ausfällt, verringert sich durch die mezzaninebedingte Erhöhung des Eigenkapitals.[144] Der Zufluss von beteiligungsähnlichem Kapital beseitigt zudem die bilanzielle Überschuldung. Daraus resultiert ein besseres Bonitätsrating des Unternehmens.[145] Dadurch eröffnet sich für das Unternehmen in der Krise überhaupt erst die Möglichkeit, konventionelles Fremdkapital aufzunehmen.[146] Die Geber von Mezzanine-Kapital sind im Fall der Liquidation und Insolvenz nachrangig zu bedienen. Die Bonität des Unternehmens ist verbessert.[147] Die Ermöglichung einer zusätzlichen Fremdkapitalzufuhr bezeichnet man als Hebelwirkung der Mezzanine-Finanzierung.[148]

IV. Der Gang der Untersuchung

1. Das Genussrecht als geeignetes Finanzierungsinstrument

Der Debt-Mezzanine-Swap ist ein Sanierungsinstrument, das sich durch zwei Vorzüge gegenüber dem Debt-Equity-Swap auszeichnet.[149] Zum einen kommt der Debt-Mezzanine-Swap ohne eine Sachkapitalerhöhung aus. Dadurch ist eine Differenzhaftung des Gläubigers ausgeschlossen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, das Genussrecht so auszugestalten, dass es in der Handelsbilanz als Eigenkapital, aber in der Steuerbilanz als Fremdkapital behandelt wird. Durch diese ambivalente Eigen-

---

[138] *Kamp/Solmecke*, FB 2005, 618 (623).
[139] *Weitnauer*, BKR 2005, 43 (45).
[140] *Weitnauer*, BKR 2005, 43 (45).
[141] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 37.
[142] *Gerz/Bradt*, DStR 2011, 876 (880).
[143] *Rudolph*, BB Beilage Nr. 5/2005, S. 15 (16).
[144] *Gerz/Bradt*, DStR 2011, 876 (880).
[145] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 38.
[146] *Laudenklos/Sester*, WM 2004, 2417 (2420).
[147] *Gerz/Bradt*, DStR 2011, 876 (880).
[148] *Hinz*, in: Bösl/Sommer, Mezzanine Finanzierung, S. 42.
[149] *Rusch/Brocker,* ZIP 2012, 2193 (2194).

schaft verbindet das Genussrecht erwünschte Effekte von Fremdkapital und Eigenkapital in einem hybriden Finanzierungsinstrument.
In der Handelsbilanz optimiert das beteiligungsähnliche Genussrecht die Eigenkapitalstruktur.
In der Steuerbilanz sind die Ausschüttungen auf das obligationsähnliche Genussrecht abzugsfähige Betriebsausgaben (§ 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 IV EStG). Demgegenüber würde ein Debt-Equity-Swap dazu führen, dass an den neuen Gesellschafter Ausschüttungen zu zahlen wären, die steuerlich eine Maßnahme der Gewinnverwendung darstellen (vgl. § 8 III 1 KStG).

2. Der steuerliche Sanierungsgewinn beim Debt-Mezzanine-Swap

Kritisch ist allerdings, ob der Debt-Mezzanine-Swap zu einem Sanierungsgewinn führt. Dazu kann es unter mehrerlei Umständen kommen.

a) Das Genussrecht in der Handelsbilanz

Zunächst ist von der Handelsbilanz auszugehen. Es wird unterstellt, dass die Parteien ein Genussrecht so vereinbaren, dass es nach den Kriterien des HFA IDW Eigenkapital darstellt. Diese Unterstellung ist realitätsnahe. Denn die zu sanierende Gesellschaft dürfte nur dann ein Interesse am Debt-Mezzanine-Swap haben, wenn sich die bilanzielle Überschuldung durch die Maßnahme entspannt. Das wäre aber mit einem handelsbilanziellen Fremdkapital-Genussrecht nicht möglich. Ohne die handelsbilanzielle Eigenkapital-Eigenschaft würde nur eine Verbindlichkeit aus Genussrechtsverhältnis an die Stelle einer Darlehensverbindlichkeit treten. Auch dies mag vorteilhaft für die Gesellschaft sein, etwa durch einen vereinbarten Nachrang des Genussrechtskapitals. Doch ist in der Krise die Verbesserung der Eigenkapitalquote ein gewichtiges Anliegen der Objektgesellschaft.

b) Das Genussrecht in der Steuerbilanz

Fraglich ist nun, wie sich das Genussrechtskapital in der Steuerbilanz darstellt. Zunächst ist zu klären, ob der Maßgeblichkeitsgrundsatz auf Eigenkapital Anwendung findet. Kann dies bejaht werden, ist ein handelsbilanzielles Eigenkapital-Genussrecht grundsätzlich auch in der Steuerbilanz als Eigenkapitalposten zu behandeln. Dies hätte unangenehme Folgen für die zu sanierende Gesellschaft. Infolge des Debt-Mezzanine-Swap fällt die Darlehensverbindlichkeit aus der Steuerbilanz weg; an ihre Stelle tritt Genussrechtskapital in gleicher Höhe. Doch steht das Genussrecht im Eigenkapital. Steuerbilanziell führt der Debt-Mezzanine-Swap zu einem Gewinn in Höhe des Nennbetrags der ursprünglichen Forderung. Dieser Gewinn ist zu versteuern. Die zu erwartende Steuerlast dürfte für diejenige Gesellschaft, die bereits geschwächt ist, nicht zu verkraften sein. Denn durch den Debt-Mezzanine-Swap fließen der Gesell-

schaft keine frischen Eigenkapital-Mittel von außen zu. Der ertragsteuerliche Sanierungsgewinn resultiert allein aus einem bilanziellen Effekt. Die deswegen zu zahlenden Ertragsteuern führen aber zu einem realen Abfluss an Liquidität. Der Erfolg des Debt-Mezzanine-Swaps wird dadurch zumindest teilweise zunichte gemacht. Die bilanzielle Überschuldung stellt sich möglicherweise wegen der Steuerforderung des Fiskus wieder ein. Eine Insolvenz ist wahrscheinlich.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die entscheidende Frage, ob § 8 III 2 Hs. 2 KStG eine Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes darstellt. Kann das bejaht werden, existieren in Gestalt dieser Vorschrift eigenständige steuerbilanzielle Kriterien für die Beurteilung der Eigenkapitalqualität des Genussrechts.

Auch wenn diese Frage bejaht werden kann, kann die Situation eintreten, dass die Parteien die Genussrechtsbedingungen so unglücklich vereinbaren, dass die Voraussetzungen für ein Fremdkapital-Genussrecht nicht erfüllt sind. Oftmals werden Genussrechte für steuerliche Zwecke so gestaltet, dass sie zwar eine Beteiligung am Gewinn, nicht aber am Liquidationserlös gewähren.

Die Finanzverwaltung hat versucht, an den beiden genannten Stellschrauben zu drehen, um einen Sanierungsgewinn zu erzeugen. Dieser ist dann Gegenstand der Besteuerung.

aa) Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG

Das BMF hat zwar die Funktion des § 8 III 2 Hs. 2 KStG als steuerliche Bilanzierungsnorm anerkannt.[150] Als Durchbruch zur Besteuerung wählte das BMF stattdessen die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG.[151] Nach § 8 III 2 Hs. 2 KStG ist ein Genussrecht beteiligungsähnlich, wenn es sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Liquidationserlös gewährt. In der Praxis wird üblicherweise das Genussrecht so konzipiert, dass es zwar eine Beteiligung am Gewinn, nicht aber am Liquidationserlös gewährt. Das BMF konzentrierte sich daher auf das zweite Tatbestandsmerkmal, die Teilhabe des Genussrechtsinhabers am Liquidationserlös. In mehreren Schreiben wurde contra legem eine Auslegung der Vorschrift entwickelt, welche sehr niedrige Anforderungen an die Bejahung einer Beteiligung am Liquidationserlös stellte.[152] Zweck dieser extensiven Auslegung ist, möglichst zur Bejahung des Tatbestandsmerkmals zu gelangen. Eine Gewinnbeteiligung gehört in der Praxis zur Standardausstattung. Zusammen mit der Beteiligung am Liquidationserlös, die

[150] BMF, Schreiben vom 8. 12. 1986, Az IV B 7-S 2742-26/86, BB 1987, 667.

[151] BMF, Schreiben vom 17. 02. 1986, Az IV B 7-S 2742-1/86, BeckVerw 095225; vom 8. 12. 1986, Az IV B 7-S 2742-26/86, BB 1987, 667; vom27. 12. 1995, Az IV B 7-S 2742-76/95, BStBl. 1996 I S. 49.

[152] BMF, Schreiben vom 17. 02. 1986, Az IV B 7-S 2742-1/86, BeckVerw 095225; vom 8. 12. 1986, Az IV B 7-S 2742-26/86, BB 1987, 667; vom27. 12. 1995, Az IV B 7-S 2742-76/95, BStBl. 1996 I S. 49.

nach den Vorgaben des § 8 III 2 Hs. 2 KStG in der Gestalt, die sie durch die Auslegung des BMF erhalten haben, meist bejaht werden konnte, lag regemäßig in steuerlicher Hinsicht ein beteiligungsähnliches Genussrecht vor. Die Gesellschaft erzielte einen Sanierungsgewinn. Der Fiskus kann die Ertragsteuern erheben.

bb) Die Durchbrechung des Maßgeblichkeitsprinzips durch § 8 III 2 Hs. 2 KStG

Jedoch stellte sich die Gestaltungspraxis auf die Kriterien des BMF ein, so dass diese frisch erschlossene Steuerquelle versiegte. In dieser Situation unternahm die OFD Rheinland einen weiteren Vorstoß.[153] Argumentativ setzte die OFD Rheinland einen Schritt früher an als das BMF. Ansatzpunkt war nicht der Tatbestand des § 8 III 2 Hs. 2 KStG. Man versuchte stattdessen, den grundlegenden Gehalt der Norm zu modifizieren. Die bislang herrschende Lehre und die Rechtspraxis gingen nahezu einhellig davon aus, dass die Vorschrift zwei Regelungsgegenstände hat. Zum einen bestimmt § 8 III 2 Hs. 2 KStG, ob Ausschüttungen auf das Genussrecht eine abzugsfähige Betriebsausgabe oder eine Maßnahme der Gewinnverwendung darstellen. Damit korrespondiert der zweite Gegenstand der Norm. Kann die Gesellschaft die Ausschüttungen als Betriebsausgaben abziehen, ist das Genussrecht dem Fremdkapital zuzuweisen. Es ist steuerbilanziell als Fremdkapital auszuweisen. Mindern die Ausschüttungen dagegen den Gewinn nicht, handelt es sich um ein beteiligungsähnliches Genussrecht. In der Steuerbilanz erscheint es im Eigenkapital. Diese Funktion des § 8 III 2 Hs. 2 KStG als Bilanzierungsnorm stellte die OFD Rheinland nun in Abrede.[154] Die Vorschrift betreffe lediglich die Einkommensermittlung und führe zu einer außerbilanziellen Hinzurechnung der Genussrechtsvergütung. Für die steuerbilanzielle Einordnung des Genussrechtskapitals hat es damit beim Maßgeblichkeitsgrundsatz sein Bewenden. Das gewünschte Ergebnis, nämlich das Vorliegen eines steuerlichen Eigenkapital-Genussrechts, tritt ein. Der Sanierungsgewinn wird erzielt. Der Fiskus kann zugreifen. In den beiden aufgezeigten Konstellationen[155] kommt es zum steuerlichen Eigenkapital-Genussrecht: die Parteien schließen ausdrücklich eine Beteiligung an den stillen Reserven aus, was aber aus Sicht des BMF u.U. als Vereinbarung einer Beteiligung am Liquidationserlös ausgelegt wird. Zum anderen läge ein steuerliches Eigenkapital-Genussrecht vor, wenn die OFD Rheinland[156] Recht hätte und § 8 III 2 Hs. 2 KStG den Maßgeblichkeitsgrundsatz nicht durchbräche.

---

[153] OFD Rheinland, Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 56/2011 vom 14.12.2011, BB 2012, 250.
[154] OFD Rheinland, Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 56/2011 vom 14.12.2011, BB 2012, 250.
[155] Siehe aa) und bb).
[156] OFD Rheinland, Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 56/2011 vom 14.12.2011, BB 2012, 250.

cc) Das Rechtsinstitut der Einlage

Dennoch wäre die insolvenznahe Gesellschaft, die sich durch den Debt-Mezzanine-Swap wirtschaftliche Erholung verspricht, dem Zugriff des Fiskus nicht schutzlos ausgeliefert. Rettung verspricht das Rechtsinstitut der Einlage. Doch sind auf diesem Weg einige Hürden zu überwinden.

Zunächst ist zu klären, wer als Subjekt einer Einlage in Betracht kommt. Klarheit besteht darin, dass ein Gesellschafter eine Einlage leisten kann. Doch kommen für den Debt-Mezzanine-Swap nicht nur Darlehen in Betracht, die Gesellschafter ihrer Gesellschaft gewährt haben. Auch Dritte haben ein Interesse daran, im Zuge eines Debt-Mezzanine-Swaps ihre nicht mehr werthaltigen Darlehensforderungen in Genussrechtskapital umzuwandeln. Hier ist die Frage zu behandeln, ob auch für die Forderungseinbringung dieser Personen eine Einlage abgesetzt werden kann.

Der Debt-Mezzanine-Swap ist ein tauschähnliches Geschäft. Fraglich ist, ob dieser Vorgang überhaupt als Einlage qualifiziert werden kann oder ob vielmehr Tauschgrundsätze Anwendung finden müssen.

Kann eine Einlage abgesetzt werden, ist zu untersuchen, wie diese zu bewerten ist. Diese Frage ist vor dem Hintergrund des steuerlichen Zugriffs auf die Gesellschaft von entscheidender Bedeutung: Kann eine Einlage nur in Höhe des werthaltigen Teils der bilanzierten Verbindlichkeit abgesetzt werden, hat das zur Folge, dass der Sanierungsgewinn nur zu einem kleinen Bruchteil außerbilanziell kompensiert werden kann. Insbesondere wenn wegen der weitgehenden Überschuldung einer wirtschaftlich am Boden liegenden Gesellschaft die Forderung auf Null abzuschreiben ist, könnte die Einlage auch nur mit Null bewertet werden. Die am wenigsten leistungsfähige Gesellschaft würde am härtesten besteuert. An dieser Stelle wird nach der Verfassungsmäßigkeit der Einlagenbewertung zu fragen sein.

B. Die zivilrechtliche Einordnung des Debt-Mezzanine-Swap

Ausgangspunkt einer ertragsteuerlichen Untersuchung des Debt-Mezzanine-Swap ist dessen zivilrechtliche Gestalt. Zwar ist im Steuerrecht stets eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten, um eine Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zu gewährleisten.[157] Doch bleibt es dabei, dass die Vorgaben des Zivilrechts im Grundsatz auch für das Steuerrecht maßgebend sind. Dafür spricht entscheidend die Einheit der Rechtsordnung.[158] Eine Abweichung stellt sich als begründungsbedürftige Ausnahme dar.[159]

---

[157] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 3.
[158] *Tipke*, NJW 1980, 1079 (1084).
[159] *Westerfelhaus*, DB 1990, 1531, (1531).

I. Problemstellung

Der Gläubiger einer Gesellschaft soll im Wege eines „Swap“ anstelle seiner gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung (aus Darlehen, § 488 I 2 BGB) ein mezzanines Finanzinstrument in Form eines Genussrechts erhalten. Fraglich ist, was zivilrechtlich unter dem „Swap“ zu verstehen ist. Zur Klärung dieser Frage ist der Blick zunächst auf die Rechtslage vor und nach dem „Swap“ zu richten.

II. Die Rechtslage vor dem Swap

1. Typologische Einordnung des Darlehensvertrags

Ursprünglich haben die Parteien einen Darlehensvertrag gem. § 488 BGB geschlossen. Beim Darlehensvertrag handelt es sich um ein Verpflichtungsgeschäft,[160] aus dem sich die Rechte und Pflichten der Parteien ergeben. Weil ein Darlehen für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum eingeräumt wird, konstituiert der Darlehensvertrag ein Dauerschuldverhältnis.[161] Der gesetzlichen Typisierung des Gelddarlehens in § 488 I BGB liegt ein bestimmter Geschäftszweck zugrunde: der Darlehensvertrag zielt auf die entgeltliche Überlassung und Belassung von Kapital auf Zeit.[162] Der Darlehensgeber verschafft dem Darlehensnehmer die Möglichkeit der zeitlich begrenzten Kapitalnutzung.[163] *Berger* betrachtet daher den Darlehensvertrag als Gebrauchsüberlassungsvertrag.[164] Das ist bei wirtschaftlicher Betrachtung auch zutreffend; doch rechtlich ist eine Vollübertragung zu bejahen, so dass konsequenterweise den Darlehensnehmer die Rückgewährverpflichtung aus § 488 I 2 BGB trifft.[165]

2. Rechte und Pflichten

Der Darlehensgeber ist verpflichtet, einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe zur Verfügung zu stellen (§ 488 I 1 BGB). Den Darlehensnehmer trifft die Verpflichtung, den geschuldeten Zins zu zahlen (§ 488 I 2, II BGB) und bei Fälligkeit das Darlehen zurückzuzahlen (§ 488 I 2 BGB). Dabei stehen das Überlassen und Belassen des Kapitals einerseits und die Zinszahlung andererseits in einem Gegenseitigkeitsverhältnis.[166] Das Gegenseitigkeitsverhältnis erstreckt sich aber nicht auf die Rückzahlung der Darlehensvaluta.[167]

---

[160] *Weidenkaff*, in: Palandt, 72. Aufl., 2013, § 488 BGB, Rn. 2.
[161] *Weidenkaff*, in: Palandt, 72. Aufl., 2013, Vorb. v § 488 BGB, Rn. 5.
[162] *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Vor § 488 BGB, Rn. 6.
[163] *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Vor § 488 BGB, Rn. 6 mit Verweis auf RGZ 161, 52 (56).
[164] *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Vor § 488 BGB, Rn. 12.
[165] *Grüneberg*, in: Palandt, 72. Aufl., 2013, § 246 BGB, Rn. 2.
[166] *Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2011, § 488 BGB, Rn. 3.
[167] *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 488 BGB, Rn. 42.

Von besonderem Interesse sind hier der Anspruch des Darlehensgebers (Gläubiger) gegen den Darlehensnehmer (Schuldner) auf Rückzahlung der Darlehensvaluta (§ 488 I 2 BGB) und auf Zahlung des geschuldeten Zinses (§ 488 I 2, II BGB).

a) Der Rückzahlungsanspruch

Der Rückzahlungsanspruch setzt voraus, dass der Darlehensvertrag wirksam ist und der Darlehensgeber seine Hauptleistungspflicht erfüllt hat.[168] Dieser Anspruch entsteht bereits bei Vertragsschluss als künftige Forderung.[169]
Die Hauptpflicht des Darlehensgebers besteht darin, die Darlehensvaluta zur Verfügung zu stellen (§ 488 I 1 BGB). Der Vorgang des Überlassens vollzieht sich in zwei Akten:[170] zunächst muss der Darlehensgeber den Darlehensgegenstand aus seinem Vermögen ausscheiden. Des Weiteren muss er ihn in der vereinbarten Form in das Vermögen des Darlehensnehmers übermitteln, und zwar dergestalt, dass er endgültig Bestandteil von dessen Vermögen wird.

b) Zinszahlung

Der Gesetzgeber hat auf eine Definition des Zinses in § 488 II BGB verzichtet. Stattdessen findet sich § 489 V 1 BGB die Legaldefinition des Sollzinssatzes als „gebundener oder veränderlicher periodischer Prozentsatz, der pro Jahr auf das in Anspruch genommene Darlehen angewendet wird“. In Anlehnung daran sieht *Berger* den Zins als Vergütung für die Möglichkeit der Kapitalnutzung an, die sich nach der Laufzeit berechnet.[171]

III. Die Rechtslage nach dem Swap

Nach Durchführung des Swap besteht zwischen den Parteien ein Genussrechtsverhältnis. Im Folgenden ist daher zu erörtern, welchen Inhalt und welche Rechtsnatur ein Genussrecht hat.

1. Das Genussrecht

a) Der Begriff des Genussrechts

Unter einem Genussrecht versteht man ein schuldrechtliches Gläubigerrecht, das die gleichen oder ähnliche Vermögensrechte gewährt wie eine Beteiligung an einer Gesellschaft,[172] d.h. wiederkehrende Leistungen aus dem Gewinn des Unternehmens und/oder eine Beteiligung am Liquidationserlös.[173] Der Genussrechtsinhaber wird nicht Gesellschafter.[174] Die Bezeichnung „Sanierungsgenussrecht“[175] fügt dem keine

---

[168] *Weidenkaff*, in: Palandt, 72. Aufl., 2013, § 488 BGB, Rn.9.
[169] *Mülbert*, WM 2002, 465 (469).
[170] BGH, Urteil vom 25.04.2006, Az XI ZR 193/04, NJW 2006, 1788.
[171] *Berger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 488 BGB, Rn. 154.
[172] Vgl. *Schön*, JZ 1993, 925 (926).
[173] *Hellerforth,* Die globale Finanzmarktkrise, S. 59.
[174] *Silberberger,* Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär, S. 69.

inhaltliche Nuance hinzu; vielmehr soll damit verdeutlicht werden, dass der Debt-Mezzanine-Swap eine Sanierungsmaßnahme darstellt. Nach dem Verwendungszweck lassen sich Sanierungsgenussrechte zur Ablösung bestehender notleidender Darlehen von Genussrechten zur Kapitalbeschaffung unterscheiden.[176]

b) Das Fehlen einer gesetzlichen Definition

In ganz verschiedenen Rechtsgebieten hat der Gesetzgeber das Genussrecht zum Gegenstand seiner Regelungen gemacht, ohne jedoch das Genussrecht zu definieren:[177] das Aktiengesetz nennt das Genussrecht in §§ 160 I Nr.6, 221 III, IV AktG, das Gesetz über das Kreditwesen in § 1 XI Nr.2, 10 VI Nr.6 KWG, das Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen in §§ 53c IIIc, IIId Nr.2, 54 II Nr.1 VAG, das Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften in § 1a III UBGG, das Fünfte Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer in §§ 2 I Nr.1 lit. f, lit. l, II S. 1 u. 5, IV, 8 IV Nr.3 5. VermBG, das Körperschaftsteuergesetz in § 8 III 2 HS. 2 KStG, das Einkommensteuergesetz in §§ 17 I 3, 20 I Nr.1 S.1, II 1 Nr.1 S.2, 43 I 1 Nr.2 S.1, S.3, 44a VII 2, VIII 1, 49 I Nr.5 c) bb) EStG, das Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen in §§ 2 I Nr.7, 11 II SpTrUG und das Gesetz über die Eröffnungsbilanz in Deutscher Mark und die Kapitalneufestsetzung in § 28 I DMBilG.

Das Fehlen einer Legaldefinition des Genussrechts stellt indes keine planwidrige Regelungslücke dar;[178] vielmehr hat sich der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitserwägungen bewusst für einen Verzicht entschieden.[179]

So nahm das Reichsjustizministerium in der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien von 1930 ausdrücklich zur Kodifikationsfrage Stellung: „[Genussscheine] sind in ihrer Ausgestaltung und ihrem Zwecke nach derart mannigfaltig und ihre weitere Entwicklung ist noch so sehr im Fluss, dass eine bis ins einzelne gehende Regelung auf diesem Gebiet nur hemmend wirken könnte."[180]

Auf eine parlamentarische Anfrage des Abgeordneten Dr. Langner (CDU/CSU) wies die Bundesregierung im Oktober 1984 auf die seit der Stellungnahme des Reichsjustizministeriums unveränderte Rechtslage hin: „Genussscheine, die die verbriefte Form von Genussrechten darstellen, sind zwar nicht gesetzlich definiert, doch wird

---

[175] *Hess*, Sanierungshandbuch, Kap. 12, Rn. 145.
[176] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 9.
[177] *Küting/Dürr,* DStR 2005, 938 (938).
[178] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 74.
[179] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 38.
[180] Reichsjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen 1930, S. 124.

die Zulässigkeit ihrer Ausgabe in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften vorausgesetzt."[181] Zudem sah die Bundesregierung auch keinen Handlungsbedarf für eine Gesetzesinitiative: „Für die inhaltliche Ausgestaltung von Genussrechten besteht grundsätzlich Gestaltungsfreiheit. Insoweit ist eine gesetzliche Regelung nicht erforderlich."[182]

2. Rechtsnatur und Inhalt des Genussrechts

Die Gestaltungsfreiheit bezüglich der Genussrechtsbedingungen findet dort ihre Grenze, wo sich die Übung des Rechtsverkehrs zu einer normativen Erwartung verdichtet und dem Genussrecht „feste Konturen"[183] verleiht.

Das Wesen des Genussrechts, das vom Wirtschaftsleben geschaffen und von Rechtsprechung sowie Rechtswissenschaft begrifflich geprägt wurde, lässt sich von zwei Seiten her beschreiben. Ex negativo gewendet, verschafft das Genussrecht dem Genussberechtigten keine mitgliedschaftsrechtliche Stellung; er wird nicht zum Mitglied der Gesellschaft, welche die Genussrechte begibt.[184] Ex positivo stellt das Genussrecht ein schuldrechtliches Gläubigerrecht dar.[185] Der Inhaber des Genussrechts ist ein Gläubiger der Gesellschaft, steht also – in seiner Funktion als Genussrechtsinhaber – außerhalb der Gesellschaft.[186]

Den Genussrechtsberechtigten und den Genussrechtsverpflichteten verbindet eine schuldrechtliche, nicht aber eine korporationsrechtliche Rechtsbeziehung;[187] das Genussrecht verschafft dem Genussrechtsinhaber keine Inhaberstellung in Bezug auf das Unternehmen.[188] Er erlangt keine mitgliedschaftliche Position.[189] Die aus den Genussscheinen resultierenden Anteilsrechte weisen keine gesellschaftsrechtliche Prägung auf; eine „personalistische Bindung irgendwelcher Art" ist ihnen fremd.[190]

Das Genussrechtskapital erhöht nicht das Grund- oder Stammkapital der Gesellschaft. Wird Genusskapital eingelegt, entspricht der Vorgang nicht den Kapitalaufbringungsvorschriften.[191] In der Folge erwachsen dem Genussrechtsinhaber keine Mitgliedschaftsrechte.[192]

---

[181] BT-Drs. 10/2079, S. 8.
[182] BT-Drs. 10/2079, S. 8.
[183] *Frantzen*, Genussscheine, S.2.
[184] BGH, Urteil vom 5.10.1992, Az II ZR 172/91, BB 1993, 451, (452).
[185] *Ziebe*, DStR 1991, 1594 (1594).
[186] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, S. 421.
[187] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 83.
[188] *Schön*, JZ 1993, 925 (927).
[189] *Beinert/Burmeister/Tries,* Mergers and Acquisitions in Germany, 1. Aufl. 2009, S. 91.
[190] BGH, Urteil vom 5.03.1959, Az II ZR 145/57, WM 1959, 434 (436).
[191] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 11.
[192] *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (403).

Wegen der Rechtsnatur des Genussrechts als schuldrechtlicher Anspruch[193] gegen den Genussrechtsverpflichteten können nur solche Rechte gewährt werden, die zu den typischen Vermögensrechten eines Gesellschafters gehören.[194] Dazu gehören: Recht auf Gewinnbeteiligung, Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös, Bezugsrecht auf neue Aktien, sonstige Vermögensrechte des Aktionärs, etwa Benutzungs- und Umtauschrechte.[195] In Betracht kommen auch mitgliedschaftsähnliche Verwaltungsrechte. Darunter fallen das Recht auf Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, Informations- und Kontrollrechte sowie das Recht auf Zustimmung zu bestimmten Maßnahmen.[196] Nicht mehr mit der Rechtsnatur des Genussrechts als schuldrechtlichem Gläubigerrecht vereinbar ist die Einräumung eines Stimmrechts.[197]

Das Genussrecht als solches ist nach *Lutter* ein „abstraktes Stammrecht".[198] Aus diesem Stammrecht entstehen einzelne Rechte des Genussrechtsinhabers, etwa der Anspruch auf Gewinnbeteiligung.[199] Zur Frage, ob diese einzelnen Ansprüche sind in ihrem rechtlichen Schicksal an das Stammrecht gekoppelt sind, ist zu differenzieren:[200] die vermögensrechtlichen Einzelansprüche entwickeln sich rechtlich selbständig. Der Genussrechtsinhaber kann sie gesondert vom Genussrecht abtreten. Die Einzelrechte ohne vermögensrechtlichen Charakter sind demgegenüber einer selbständigen Abtretung nicht zugänglich (§ 399 BGB).

a) Die Begebung von Genussrechten

Zwar wird innerhalb des Gesellschaftsrechts das Genussrecht nur im AktG erwähnt (§§ 221 III, IV, 160 I Nr. 6 AktG). Daraus folgt aber nicht, dass e contrario andere Gesellschaften keine Genussrechte ausgeben könnten.[201] Positiv formuliert: alle Personen- und Kapitalgesellschaften können Genussrechte begeben.[202] Daran ändert auch die häufig anzutreffende Definition von Genussrecht als „Vermögensrechte, die typischerweise einem Aktionär zustehen"[203] nichts.

---

[193] *Ebert,* Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, S. 78.
[194] *Carle/Rosner*, KÖSDI 12/2006, 15365 (15367).
[195] Aufzählung bei *Carle/Rosner*, KÖSDI 12/2006, 15365 (15367).
[196] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, S. 420 f.
[197] *Küting/Dürr*, DStR 2005, 938 (938).
[198] *Lutter,* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1995, § 221 AktG, Rn. 240.
[199] *Lutter,* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1995, § 221 AktG, Rn. 240.
[200] *Lutter,* in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1995, § 221 AktG, Rn. 240.
[201] *Lutter*, in: Knobbe-Keuk/Klein/Moxter (Hrsg.), FS Döllerer, 1988, S. 384.
[202] *Johannemann*, in: Lüdike/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Aufl. 2008, § 10, Rn. 19.
[203] *Obermüller*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 103, Rn. 103.

b) Der Genussschein

Ein Genussschein ist die Urkunde, in der das Genussrecht verbrieft ist.[204] Der Genussschein ist ein deklaratorisches Wertpapier, d.h. die Verbriefung ist nicht konstitutiv für die Entstehung des Genussrechts.[205] Denn entstanden ist das Genussrecht bereits mit Abschluss des Genussrechtsvertrags.[206] Zur Schaffung des Wertpapiers ist ein Vertrag erforderlich (Begebungsvertrag).[207]

3. Das Genussrechtsverhältnis

a) Der Begriff des Genussrechtsverhältnisses

Das Genussrecht wird durch Vertrag begründet (Genussrechtsvertrag).[208] Dieser konstituiert ein Rechtsverhältnis (Genussrechtsverhältnis) zwischen den Beteiligten (Genussrechtsparteien). Beteiligte sind auf der einen Seite derjenige, dem das Genussrecht verschafft werden soll (Genussrechtsinhaber oder Genussrechtsberechtigter) und auf der anderen Seite die Gesellschaft, die das Genussrecht gewährt (Genussrechtsverpflichteter).

b) Rechtsnatur und Inhalt des Genussrechtsverhältnisses

Das durch den Genussrechtsvertrag geschaffene Rechtsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis, denn zum einen hat das Genussrecht die Erbringung wiederkehrender Leistungen zum Inhalt.[209] Zum anderen wird das Genussrechtskapital für längere Zeit überlassen.[210]

Die Hauptleistungspflicht des Genussrechtsinhabers besteht darin, den versprochenen Geldbetrag (Genussrechtskapital) zu zahlen.[211] Gegenstand der Hauptleistungspflicht des Genussrechtsverpflichteten ist die Leistung der Gewinnbeteiligung[212] und/oder des Anteils am Liquidationsüberschuss.[213] Diese beiden Pflichten stehen im Synallagma.[214] Prägend für das Genussrechtsverhältnis ist die Gewährung von Kapital gegen Beteiligung am Gewinn. Die Objektgesellschaft gewährt das Genussrecht als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Genussrechtskapitals.[215] Die Ausge-

---

[204] *Kanders,* Bewertung von Genußscheinen, S. 15.
[205] *Zupancic,* Risikokapitalbeschaffung durch Genußscheine bei großen mittelständischen Unternehmungen, S. 86.
[206] *Frantzen,* Genußscheine, S. 14f.
[207] *Müller-Christmann/Schnauder,* Wertpapierrecht, Rn. 64.
[208] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, S. 419.
[209] BGH, Urteil vom 5.10.1992, Az II ZR 172/91, NJW 1993, 57.
[210] *Van Husen,* Genussrechte Genussscheine Partizipationskapital, S. 116.
[211] BGH, Urteil vom 5.10.1992, Az II ZR 172/91, NJW 1993, 57.
[212] BGH, Urteil vom 5.10.1992, Az II ZR 172/91, NJW 1993, 57.
[213] *Zupancic*, Risikolapitalbeschaffung durch Genußscheine bei großen mittelständischen Unternehmungen, S. 85.
[214] Vgl. FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 26.04.2001, Az 6 K 3450/98, DStRE 2002, 28.
[215] *Hellerforth,* Die globale Finanzmarktkrise, S. 59.

staltung des Genussrechts im Einzelfall erfolgt in den Genussrechtsbedingungen, die Teil des Genussrechtsvertrags sind.[216]

Das Genussrechtsverhältnis ist ein Dauerschuldverhältnis eigener Art,[217] das sich keinem der gesetzlich typisierten Schuldverhältnisse zuordnen lässt.[218]

4. Abgrenzung des Genussrechts von anderen Instituten des bürgerlichen Rechts

a) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Der Gesellschaftsvertrag einer GbR (§ 705 BGB) enthält zwei konstitutive Merkmale: (1) den gemeinsamen Zweck (gemeinschaftsrechtliche Komponente) und (2) eine Vereinbarung, wie er zu verwirklichen ist (schuldrechtliche Komponente).[219] Die schuldrechtliche Komponente regelt die Pflicht der Parteien, den Gesellschaftszweck zu fördern; dabei geht es insbesondere um die Leistung der Beiträge.[220] Das Regelstatut des BGB gestaltet die GbR grundsätzlich als personalistischen Zusammenschluss aus.[221] Dies wird an § 727 I BGB deutlich: der Tod eines Gesellschafters führt zur Auflösung der GbR.

Genussrechtsinhaber und Gesellschafter bilden aber keine Personenvereinigung, um gemeinsam einen Gesellschaftszweck zu fördern.[222] Das Interesse des Unternehmens an der Begebung von Genussrechten gründet auf den Bedarf an externer Finanzierung.[223] Der Genussrechtsinhaber verfolgt seinerseits das Interesse, Kapital im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung anzulegen und daraus eine Rendite zu erwirtschaften. Beide Parteien des Genussrechtsvertrags profitieren von einer erfolgreichen Entwicklung des Unternehmens und einer daraus resultierenden günstigen Ertragslage. Der Einsatz von Kapital zur Erzielung von Gewinn ist indes nicht ausreichend, einen Gesellschaftszweck i.S.d. § 705 BGB zu bilden; ein gemeinsamer Zweck ist erst dann zu bejahen, wenn zu Hingabe und Verwendung des Kapitals ein „substanzielles Mehr“ tritt.[224] Bei näherer Betrachtung sind die Ziele der Genussrechtsparteien sogar gegenläufig: der Genussrechtsinhaber begehrt eine möglichst hohe Vergütung für die

---

[216] *Frantzen,* Genußscheine, S. 14f.
[217] BGH, Urteil vom 21.07.2003, Az II ZR 109/02, BGHZ 156, 38 (43).
[218] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 82.
[219] *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 BGB, Rn. 125.
[220] *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 BGB, Rn. 125.
[221] *Schücking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 23.
[222] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 59.
[223] *Jäger,* NZG 2007, 286 (289).
[224] BFH, Urteil vom 8. 4. 2008, Az VIII R 3/05, NZG 2008, 920.

Kapitalüberlassung, während der Genussrechtsverpflichtete eine möglichst bescheidene Vergütung durchsetzen will.[225]

b) Die stille Gesellschaft

Wie bei der GbR, fehlt es auch für die stille Gesellschaft (§ 230 HGB) an der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.[226] Zwischen Genussrechtsinhaber und Genussrechtsberechtigter besteht keine enge wirtschaftliche Verbindung dergestalt, dass beide einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck verwirklichen wollen.[227] Auch bei der stillen Gesellschaft besteht der gemeinsame Zweck auf dem inhaltlich wenig ergiebigen Konsens, dass der Stille Kapital zur Verfügung stellt und damit die Erwartung verknüpft, dass daraus ein Gewinn erzielt wird.[228] Zu berücksichtigen ist aber die historisch bedingte Konzeption des Genussrechts als aktienähnliches Beteiligungsrecht. Das Genussrecht ist ein Vermögensrecht, kein Mitgliedschaftsrecht.[229]
Dazu kommen weitere Gründe. Eine stille Beteiligung ist ohne entsprechende Vereinbarung zwischen dem Stillen und dem Unternehmer nicht übertragbar. Beim als Wertpapier verbrieften Genussrecht ist jedoch die Übertragbarkeit der Normalfall.[230] Auch für den stillen Gesellschafter gilt die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, die sich etwa zur Mitwirkungspflicht an der Rechnungslegung verdichten kann.[231] Den Genussrechtsinhaber trifft dagegen keine Treuepflicht.[232] Der Genussrechtsinhaber kann sich frei von einer „gesellschaftähnlichen Bindung“ an der Gesellschaft beteiligen.[233]

c) Das partiarische Darlehen

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum werden als Kennzeichen des partiarischen Darlehens die „Gewinnbeteiligung des Darlehensgebers“, die „Ergebnis-“ bzw. die „Erfolgsabhängigkeit der Vergütung“ diskutiert.[234] An diese gesellschaftsrechtliche Begriffsbildung knüpft das Steuerrecht an. Demnach ist im Steuerrecht von einem partiarischen Darlehen die Rede, wenn die für die Kapitalüberlassung geschuldete Vergütung erfolgsbezogen vereinbart ist.[235] Die Erfolgsbezogenheit manifestiert sich in der

---

[225] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 59.
[226] *Ernst,* Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, S. 108 ff.
[227] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 39.
[228] *Silberberger,* Der Partizipationsschein als Möglichkeit einer Mitarbeiterbeteiligung, S. 82.
[229] *Silberberger,* Der Partizipationsschein als Möglichkeit einer Mitarbeiterbeteiligung, S. 83.
[230] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 61.
[231] *Bezzenberger/Keul*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2009, § 85 Rn. 3.
[232] KG, Urteil vom 17. 1. 2002, Az 2 U 7288/00, NZG 2002, 818 (820).
[233] *Bogenschütz,* JFStR 1996/97, 566 (568).
[234] *Rödding/Dann*, DStR 2011, 342, (343).
[235] *Helios/Birker*, BB 2011, 2327, (2327).

Bemessung der Vergütung des Darlehensnehmers an dessen Erlös[236], Gewinn[237] oder Umsatz[238].

Beim partiarischen Darlehen handelt es sich nicht um ein eigenständig typisiertes Schuldverhältnis.[239] Das partiarische Darlehen ist vielmehr im Grundsatz ein Darlehensvertrag nach § 488 BGB, bei dem neben oder an die Stelle der Verzinsung (§ 488 I 2, II BGB) eine Abrede tritt, nach welcher der Darlehensgeber am Gewinn des Darlehensnehmers beteiligt wird.[240]

Demgegenüber stellt das Genussrechtsverhältnis einen selbständigen Typus von Rechtsverhältnis dar:[241] beim Genussrechtsverhältnis handelt es sich um ein Rechtsverhältnis, das in seiner Einheitlichkeit sowohl das Grundverhältnis als auch das Erfolgsbeteiligungsverhältnis erfasst.[242] Wesensmerkmal des Genussrechts ist es gerade nicht, dass es einem Darlehensvertrag beigefügt wird und dann als Vergütungskomponente des Darlehensvertrags fungiert.[243]

Dennoch nehmen manche Stimmen im Schrifttum ein atypisches partiarisches Rechtsverhältnis an; *Thielemann* spricht von einem partiarischen Darlehen in „ungewöhnlicher Form".[244] Denn auch das Genussrechtsverhältnis sei – insoweit vergleichbar dem partiarischen Darlehen – funktional zweigliedrig: vom Grundverhältnis lasse sich das Erfolgsbeteiligungsverhältnis abgrenzen.[245] Bei beiden Vertragstypen bestehe das Grundverhältnis darin, dass eine Seite sich zur Überlassung und Belassung von Kapital verpflichte, wohingegen die andere Seite die Rückzahlung verspreche. Zu diesem Grundvertrag trete noch das typusprägende „partiarische Element"[246] hinzu, nämlich die Gewinnbeteiligung.

Dagegen ist einzuwenden, dass sich dieser Vergleich auf die Prämisse stützt, dass das Genussrecht derart ausgestaltet ist, dass der Genussrechtsverpflichtete dem Genussrechtsberechtigten als Gegenleistung für die zeitweilige Überlassung des Genussrechtskapitals eine Gewinnbeteiligung einräumt. Dies stellt aber nur eine von vielen

---

[236] BFH, Urteil vom 11. 1. 1966, Az I 53/63, NJW 1966, 1431.
[237] BFH, Urteil vom 25. 3. 1992, Az I R 41/91, DStR 1992, 1394.
[238] BFH, Urteil vom 13. 9. 2000, Az I R 61/99, DStRE 2001, 81.
[239] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 40.
[240] *Weidenkaff*, in: Palandt, 72. Aufl., 2013, Vor § 488 BGB, Rn. 20.
[241] *Von Alvensleben*, in: *Häger/Elkemann-Reusch*, Mezzanine Finanzierungsinstrumente, S. 216 f.
[242] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 62.
[243] *Frantzen*, Genussscheine, S. 19.
[244] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 63.
[245] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 63.
[246] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 63.

Möglichkeiten dar, ein Genussrecht zu vereinbaren.[247] So kann der Genussrechtsberechtigte auch an Verlusten beteiligt werden oder ihm kann ein Bezugsrecht auf Gesellschaftsanteile versprochen werden.[248] Der Gläubiger kann beim partiarischen Darlehen nicht am Verlust beteiligt werden.[249] Somit lässt sich die typusbezogene Vergleichbarkeit des Genussrechts mit dem partiarischen Darlehen nicht verallgemeinern.[250]

Allgemein lässt sich feststellen, dass jedes partiarisches Darlehen auch ein Genussrecht ist, aber nicht jedes Genussrecht als partiarisches Darlehen qualifiziert; der Begriff des partiarischen Darlehens ist in mehrerlei Hinsicht enger als der des Genussrechts.[251] Beim partiarischen Darlehen ist das einzige für den Darlehensgeber in Betracht kommende Vermögensrecht eine Gewinnbeteiligung, wohingegen dem Genussrechtsberechtigten auch andere typische Vermögensrechte der Gesellschafter versprochen werden können; zudem ist – anders als beim partiarischen Darlehen – eine Verlustbeteiligung des Genussrechtsinhabers möglich.[252]

d) Die Finanzinstrumente in § 221 I AktG

Die Gemeinsamkeit von Genussschein, Wandel- und Optionsanleihe und Gewinnschuldverschreibung besteht darin, dass sie die Möglichkeit eröffnen, mitgliedschaftstypische Vermögensrechte und das Recht auf Aktienbezug zu gewähren.[253] Mitgliedschaftstypische Mitwirkungs- und Kontrollrechte können hingegen nicht eingeräumt werden.[254]

Genussschein ist der Oberbegriff für alle Finanzierungstitel, die mitgliedschaftstypische Vermögensrechte verschaffen, ohne bereits unter den spezielleren Begriff der Wandel- oder Optionsanleihe oder der Gewinnschuldverschreibung zu fallen.[255] Wandel- und Optionsanleihen sowie Gewinnschuldverschreibungen sind demnach Untergruppen des Genussrechts.[256] Der Terminus „Genussrecht“ in § 221 III AktG meint daher: „sonstige Genussrechte“, die nicht bereits von den spezielleren Finanzierungstiteln in § 221 I AktG erfasst werden.[257] Doch setzt sich die Praxis über die strenge Begrifflichkeit hinweg, so dass auch die Begebung von Wandel- und Optionsgenuss-

---

[247] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 41.
[248] *Sethe*, AG 1993, 293, (297).
[249] *Kiethe,* DStR 2006, 1763 (1768).
[250] *Ebert*, Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, S. 175.
[251] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 64.
[252] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 64 m.w.N.
[253] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.21.
[254] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.21.
[255] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.21.
[256] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.21.
[257] *Wünsch,* in: FS Strasser, S. 871 (882).

scheinen als zulässig erachtet wird.[258] Ein Wandelgenussschein ist mit einem Wandlungsrecht versehen, während ein Optionsgenussschein ein Bezugsrecht aufweist.[259]

aa) Die Wandelschuldverschreibung

Nach der Legaldefinition in § 221 I 1 AktG handelt es sich bei Wandelschuldverschreibungen um Schuldverschreibungen, bei denen den Gläubigern ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien eingeräumt wird.[260] Damit erweist sich das Finanzinstrument als eine Kombination aus zwei Elementen: der Gläubiger erhält zunächst eine Schuldverschreibung nach § 793 BGB. Diese wird um ein Bezugsrecht auf Aktien ergänzt.[261]

Dieses Recht auf Aktienbezug kann nach der gesetzlichen Definition in zwei Formen vereinbart werden: zum einen kann der Erwerb der Aktien im Wege des Umtauschs gegen die Schuldverschreibung erfolgen (Umtauschrecht oder Wandlungsrecht).[262] In diesem Fall spricht man von einer Wandelanleihe.[263] Zum anderen kann geregelt werden, dass der Inhaber der Schuldverschreibung die Aktien gegen Zahlung eines Bezugspreises erwerben kann; der Bestand der Schuldverschreibung bleibt vom Aktienerwerb unberührt.[264] In dieser Konstellation (Bezugsrecht) liegt eine Optionsanleihe vor.[265] Beide Varianten eröffnen dem Berechtigten die Möglichkeit, Anteile am Eigenkapital der Gesellschaft zu erlangen (Equity-Kicker).[266] Bei der Optionsanleihe hat der Equity-Kicker die Gestalt einer Option (Warrant); im Zusammenhang mit der Wandelanleihe besteht ein Wandlungsrecht (Convertible Bond).[267]

Bezüglich der Rechtsnatur der Wandel- und Optionsanleihe ist entscheidend, dass eine Schuldverschreibung in Rede steht, die um Zusatzrechte ergänzt wurde. Als Schuldverschreibung gewähren Wandel- und Optionsanleihe rein schuldrechtliche Gläubigerrechte.[268] Erst wenn der Inhaber sein Wandel- oder Optionsrecht ausgeübt hat, entstehen mit Wirkung ex nunc die Mitgliedschaftsrechte.[269] Während bei Wandelschuldverschreibungen die Verbriefung obligatorisch ist, ist die Verbriefung bei Genussrechten fakultativ.[270]

---

[258] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.40.
[259] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 266.
[260] *Kiethe,* DStR 2006, 1763 (1768).
[261] *Jänisch/Golland/Gehlhaar/Grossmann/Eickhoff-Kley,* BB 2005, Beilage Nr. 4, S. 1 (18)
[262] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 77.
[263] *Altenburg*, DStR 2013, 5 (9).
[264] *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (420, Fn. 46)
[265] *Altenburg*, DStR 2013, 5 (9).
[266] *Tcherveniachki,* Kapitalgesellschaften und Private Equity Fonds, S. 215.
[267] *Tcherveniachki,* Kapitalgesellschaften und Private Equity Fonds, S. 216.
[268] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.27.
[269] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.27.
[270] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 62.

(1) Die Wandelanleihe im Gesellschaftsrecht

Wird eine Wandelanleihe begeben, ist das Wandlungsrecht ein unselbständiger Teil des Kapitalüberlassungsverhältnisses.[271] Obwohl das Gesetz in Bezug auf die Wandelanleihe von „Umtausch" spricht, ist das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft kein Tausch der Schuldverschreibung gegen eine Aktie nach § 480 BGB[272] und auch keine Wahlschuld gem. § 262 BGB.[273] Durch die Wandlung wird auch nicht die Anleiheforderung gegen die Einlageschuld aufgerechnet gem. § 387 BGB; dieser Weg wird vielmehr bei der Optionsanleihe mit Verrechnungsabrede beschritten.[274] Das Wandlungsrecht stellt für den Anleihegläubiger eine Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) dar.[275] Anfangs hat er die Rechte aus der Obligation. Das Wandlungsrecht gewährt ihm die Befugnis, statt dieser Rechte die Mitgliedschaft zu erwerben.[276] Übt er diese Gestaltungsbefugnis aus, kommt es zu einer Umgestaltung des (schuldrechtlichen)[277] Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und dem Anleiheberechtigten.[278] Aufgrund der Wandlungserklärung erlischt das Anleihe-Rechtsverhältnis; an seiner statt entsteht ein Rechtsverhältnis, das darauf gerichtet ist, dem Berechtigten die Mitgliedschaft zuteil werden zu lassen.[279]

(2) Die Wandelanleihe im Steuerrecht

Nach § 43 I 1 Nr.2 S.1 EStG versteht man unter einer Wandelanleihe eine Teilschuldverschreibung, bei der neben der festen Verzinsung ein Recht zum Umtausch in Gesellschaftsanteile eingeräumt ist. Die laufenden Zinsen bewirken beim Gläubiger Einkünfte aus § 20 I Nr. 7 EStG.[280]

(3) Die Optionsanleihe

Bei der Optionsanleihe ist das Optionsrecht ein Recht, das neben der Schuldverschreibung selbständig verbrieft ist.[281] Der Inhaber einer Optionsanleihe übt das Bezugsrecht durch Abgabe einer Bezugserklärung aus.[282] Die Option ist in Bezug auf ihre Rechtsnatur ein Gestaltungsrecht. Die Bezugserklärung enthält zweierlei: zum einen

---

[271] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 62 f.
[272] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn. 226.
[273] *Schmidtbleicher,* Die Anleihegläubigermehrheit, S. 24.
[274] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn.226.
[275] *Kollruss,* GmbHR 2005, 214 (215).
[276] *Kollruss,* GmbHR 2005, 214 (215).
[277] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 77.
[278] *Beinert/Burmeister/Tries,* Mergers and Acquisitions in Germany, 1. Aufl., 2009, S. 91.
[279] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn. 226.
[280] *Kollruss,* GmbHR 2005, 214 (215).
[281] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 63.
[282] *Schmidtbleicher,* Die Anleihegläubigermehrheit, S. 24.

die Ausübung der Option und zum anderen die Annahme des Antrags des Ausgebenden auf Abschluss eines Zeichnungsvertrags.[283]
In § 43 I 1 Nr. 2 EStG ist die Optionsanleihe nicht genannt. Zinsen aus Optionsanleihen unterliegen daher der allgemeinen Regel des § 43 I 1 Nr. 7 lit. a EStG.[284]

bb) Gewinnschuldverschreibung und Gewinnobligation

(1) Die Gewinnschuldverschreibung im Aktienrecht

Nach der Legaldefinition des § 221 I 1 AktG handelt es sich bei der Gewinnschuldverschreibung um eine Schuldverschreibung, bei der die Rechte des Gläubigers mit dem Gewinnanteil der Aktionäre in Verbindung gebracht werden. Während Schuldverschreibungen gewöhnlich festverzinslich vereinbart werden, besteht das Wesensmerkmal der Gewinnschuldverschreibung darin, dass die laufende Verzinsung „mit dem Gewinnanteil der Aktionäre in Verbindung gebracht wird". Bei der Gewinnschuldverschreibung besteht also eine Konkurrenzsituation zwischen den Gläubiger- und den Aktionärsrechten.[285] Dies ist der Fall, wenn die Zinsabrede gewinnorientiert oder gewinnabhängig ist.[286] Denn in diesen Fällen gewährt die Gewinnschuldverschreibung eine Teilhabe am Gewinn.[287] Die Position der Gewinnschuldverschreibungs-Berechtigten steht damit in Konkurrenz zum Recht der Aktionäre auf die Dividende nach § 58 IV AktG. Die Gewinnschuldverschreibung ist die „kleine Schwester" der Wandelschuldverschreibung.[288] Die Gewinnschuldverschreibung verschafft ihrem Inhaber eine Stellung, die in vermögensrechtlicher Hinsicht mit dem Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs konkurriert. Der Inhaber einer Wandelschuldverschreibung konkurriert umfänglich mit dem Aktionär.
Differenzierend nach der Legitimation des Berechtigten kann eine Gewinnschuldverschreibung als Inhaberschuldverschreibung (§ 793 BGB) oder Orderschuldverschreibung (§ 363 HGB) ausgegeben werden.[289] In beiden Fällen ist eine Verbriefung obligatorisch, beim Genussrecht hingegen fakultativ.

(2) Die Gewinnobligation im Steuerrecht

Im Steuerrecht findet sich in § 43 I 1 Nr.2 S.1 EStG eine Definition der Gewinnobligation. Bei dieser handelt es sich um eine Teilschuldverschreibung, bei der neben der festen Verzinsung eine Zusatzverzinsung eingeräumt ist, die sich nach der Höhe der Gewinnausschüttungen des Schuldners richtet. Die Gewinnobligation im Sinne des

---

[283] *Schmidtbleicher,* Die Anleihegläubigermehrheit, S. 24 f.
[284] *Lindberg,* in: Blümich, 117. Aufl., § 43 EStG, Rn. 40.
[285] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 793 BGB, Rn. 23.
[286] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 793 BGB, Rn. 23.
[287] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 221 AktG, Rn.21.
[288] *Schmidtbleicher,* Die Anleihegläubigermehrheit, 2010, S. 25.
[289] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 221 AktG, Rn.203.

Einkommensteuerrechts ist nach einem Urteil des FG Köln „in der Regel“ verbrieft.[290] Dies impliziert, dass im Steuerrecht auch eine unverbriefte Gewinnobligation denkbar ist. Dem ist aber insoweit nicht zu folgen, denn eine Gewinnobligation ist stets ein Wertpapier.[291]

(3) Abgrenzung des Genussrechts von der Gewinnschuldverschreibung/Gewinobligation

Wie das Genussrecht ist auch die Gewinnschuldverschreibung bezüglich ihrer Rechtsnatur von rein schuldrechtlichem Charakter.[292] Genussrechte gewähren einen schuldrechtlichen Anspruch auf Vermögensrechte, wie sie typischerweise einem Aktionär zustehen. Ob ein Genussrecht sich in seiner Ausgestaltung mit einer Gewinnschuldverschreibung überschneidet, hängt von den jeweiligen Genussrechtsbedingungen ab. So sind zum einen Ausgestaltungen des Genussrechts möglich, die andere Vermögensrechte als eine Gewinnbeteiligung vorsehen: etwa das Recht, Aktien zu beziehen[293] oder eine Verlustbeteiligung.[294] Zum anderen können Genussrechte aber auch mit dem Inhalt vereinbart werden, dass sie ausschließlich eine Gewinnbeteiligung gewähren und dem Genussrechtsinhaber einen Rückzahlungsanspruch einräumen. In der zweiten Konstellation lässt sich das Finanzinstrument sowohl als Gewinnschuldverschreibung als auch als Genussrecht qualifizieren, während im ersten Fall nur die Eigenschaft als Genussrecht bejaht werden kann. Eine Gewinnschuldverschreibung setzt voraus, dass dem Berechtigten ein undbedingter und auf den Nennwert lautender Rückzahlungsanspruch zusteht.[295] Rechtssystematisch ist die Gewinnschuldverschreibung eine besondere Spielart des Genussscheins.[296] Fehlt es an einer Verbriefung, kann das vereinbarte Recht keinesfalls als Gewinnschuldverschreibung qualifiziert werden; in Rede steht dann ein „sonstiges Genussrecht“ nach § 221 III AktG.[297]

cc) Der Teilgewinnabführungsvertrag

Nach der Legaldefinition des § 292 I Nr.2 AktG versteht man unter einem Teilgewinnabführungsvertrag einen Vertrag, durch den eine AG oder KGaA sich verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns oder den Gewinn einzelner ihrer Betriebe ganz oder zum Teil an einen anderen abzuführen. Sieht der Vertrag die Abführung des gesamten Gewinns vor, liegt ein Gewinnabführungsvertrag i.S.d. § 291 I AktG vor. Ausreichend für einen

---

[290] FG Köln, Urteil vom 29.04.1999, Az 2 K 3998/95, EFG 1999, 1034.
[291] *Hahne,* DStR 2006, 1065 (1066).
[292] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 221 AktG, Rn. 57.
[293] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 61.
[294] *Lutter*, in: Kölner Kommentar, Band 5/1, 2. Aufl.,1995, § 221 AktG, Rn. 30.
[295] *Sigge,* Besteuerung Hybrider Finanzierungsinstrumente im internationalen Kontext, S. 169.
[296] *Capelle*, Der Genussschein als kapitalmarktfähiges Instrument der Eigenfinanzierung von Aktiengesellschaften, S. 20.
[297] *Sigge,* Besteuerung Hybrider Finanzierungsinstrumente im internationalen Kontext, S. 169.

Teilgewinnabführungsvertrag ist, dass der Gesellschaft irgend ein, wenngleich auch wirtschaftlich bedeutungsloser Teil des Gewinns verbleibt.[298]

Für die Abgrenzung des Genussrechts vom Teilgewinnabführungsvertrag ist zunächst aufzuzeigen, in welchen Bereichen es zu Überschneidungen der beiden Rechtsinstitute kommen kann. Gewährt ein Genussrecht das Recht auf Gewinnbeteiligung, so ist der wirtschaftliche Effekt, den die Genussrechts-Ausschüttungen auf die Gesellschaft ausüben, mit dem einer Teilgewinnabführung zu vergleichen: in beiden Fällen wird von der Gesellschaft Gewinn abgeführt.

Dennoch ist aus Gründen der Gesetzessystematik abzulehnen, dass Genussrechte dem Regime der Teilgewinnabführung unterfallen. Denn § 221 III AktG ist lex specialis zu § 292 I Nr.2 AktG.[299] Die Begebung von Genussrechten findet ihre umfassende und abschließende Regelung in § 221 AktG. Der Verweis von § 221 III AktG auf § 221 I AktG wäre überflüssig, wenn ein Genussrecht bereits als Teilgewinnabführungsvertrag zu qualifizieren wäre und das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung daher bereits aus §§ 292 I Nr.2 i.V.m. § 293 I 1 AktG resultieren würde. Unterstellt man dem Gesetzgeber, dass er im Aktiengesetz eine kohärente Systematik geschaffen hat, muss angenommen werden, dass das für die Gewährung der Genussrechte durch §§ 221 III, I 1 AktG geregelte Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschluss spezieller ist als §§ 292 I Nr.2, 293 I 1 AktG.

Dieses Ergebnis systematischer Auslegung wird mit Blick auf die Rechtsfolgen von § 221 I 1 AktG einerseits und § 293 I 1 AktG andererseits bestätigt. Denn diese sind unterschiedlich: im Regelungsbereich des § 221 AktG wirkt sich das Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung nur im Innenverhältnis der Gesellschaft aus. § 221 I 1 AktG beschränkt nur die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands (§ 77 AktG), nicht aber dessen Vertretungsbefugnis (§ 78 AktG).[300] § 293 I 1 AktG normiert demgegenüber mit der Zustimmung der Hauptversammlung ein Wirksamkeitserfordernis für Unternehmensverträge.[301]

Ein weiterer Unterschied ergibt sich in Bezug auf die Publizität: während sich die Publizität in § 221 I 2, 3 AktG auf einen Beschluss der ¾-Mehrheit des vertretenen Kapitals beschränkt, fordert § 294 I 1 AktG die Eintragung des Unternehmensvertrags in das Handelsregister.[302]

---

[298] *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2010, § 292 AktG, Rn. 50.
[299] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 221 AktG, Rn. 72.
[300] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 221 AktG, Rn. 150.
[301] *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 293 AktG, Rn. 64.
[302] *Rusch/Brocker*, ZIP 2012, 2193 (2197).

Schließlich gewährt das Gesetz den Aktionären im Fall der Gewährung von Genussrechten ein Bezugsrecht (§ 221 IV 1 AktG). Demgegenüber wird bei einem Teilgewinnabführungsvertrag weder ein angemessener Ausgleich nach § 304 AktG noch eine Abfindung nach § 305 AktG geleistet, denn beide Bestimmungen finden nur bei einem Gewinnabführungsvertrag (§ 291 I 1 AktG) oder einem Beherrschungsvertrag (§ 291 I 2 AktG) Anwendung.[303]

5. Genussrecht, Genussrechtsverhältnis und Kausalgeschäft

a) Trennung von Genussrecht und Genussrechtsverhältnis

Einigkeit herrscht darüber, dass das Genussrechtsverhältnis das Genussrecht entstehen lässt. Schließen die Genussrechtsparteien einen Genussrechtsvertrag, wird einer der Parteien die Stellung eines Genussrechtsinhabers eingeräumt. Der Genussrechtsinhaber hat aufgrund des Genussrechtsvertrags das Genussrecht, also den schuldrechtlichen Anspruch auf die vereinbarten gesellschaftertypischen Vermögensrechte.
Die Feststellung, dass das Genussrechtsverhältnis das Genussrecht begründet, setzt notwendig voraus, dass zwischen beiden Begriffen zu unterscheiden ist.[304] Der Genussrechtsvertrag ist ein zwischen den Genussrechtsparteien bestehendes Dauerschuldverhältnis, wohingegen das Genussrecht ein schuldrechtliches Gläubigerrecht darstellt. Die Trennung zwischen Genussrecht und Genussrechtsverhältnis erkennt auch der BGH an, indem er einerseits von der Gewährung der Genussrechte und andererseits vom zugrunde liegenden Genussrechtsvertrag spricht.[305]

b) Abstraktion und die Frage nach dem Kausalgeschäft

Wenn die Frage nach der abstrakten oder kausalen Ausgestaltung des Genussrechts gestellt wird, sind zwei Komplexe auseinanderzuhalten. Zum einen geht es darum, welchen Zweck der Genussrechtsverpflichtete damit verfolgt, seinem Vertragspartner ein Genussrecht zu gewähren. Zum anderen ist herauszuarbeiten, in welchem Verhältnis Genussrecht und Genussrechtsverhältnis zueinander stehen.

aa) Die dem Genussrechtsverhältnis zugrunde liegende causa

(1) Die Begebungsabrede

Es ist zu klären, warum das Genussrechtsverhältnis als solches vereinbart wird. Mit der Vereinbarung des Genussrechtsverhältnisses haben die Parteien einen Zweck verfolgt. Dieser Zweck entscheidet darüber, ob der Genussrechtsberechtigte das durch den Genussrechtsvertrag geschaffene Genussrecht behalten darf. Das Kausalgeschäft stellt den Rechtsgrund dafür bereit, dass in einem zweiten Schritt ein Genussrecht

[303] *Veil*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 304 AktG, Rn. 10; § 305 AktG, Rn. 13.
[304] a.A. *Frantzen,* Genussscheine, S. 14 f, der die Begriffe „Genussrecht“ und „Genussschein“ synonym verwendet.
[305] BGH, Urteil vom 9.11.1992, Az II ZR 230/91, WM 1992, 2098 – Bremer Bankverein.

vereinbart wird. *Thielemann* bezeichnet dieses Geschäft als „Begebungsabrede“.[306] Sie ist die „schuldrechtliche Abrede über die vorzunehmende Begebung“.[307] Rechtssystematisch hat sie eine vergleichbare Stellung wie die Sicherungsabrede einer Hypothek.[308] Die Begebungsabrede stellt also neben das Kausalverhältnis (nämlich das Genussrechtsverhältnis) noch eine zusätzliche Zweckbestimmung.[309] Bedeutung hat diese Begebungsabrede dahingehend, dass bei Wegfall des Rechtsgrundes ein Kondiktionsanspruch desjenigen, der das Genussrecht gewährt hat, besteht.

(2) Die Abstraktheit des Genussrechtsverhältnisses

Teilweise wird im Schrifttum auch vertreten, dass das Genussrechtsverhältnis als solches ein selbständiges, abstraktes und einseitiges Verpflichtungsgeschäft i.S.d. § 780 BGB sei.[310] Nach dieser Konzeption ist Gegenstand der Abstraktheit nicht isoliert das Genussrecht, sondern das ganze Genussrechtsverhältnis.[311] Der Rechtsgrund für die Begründung des Genussrechtsverhältnisses ist nicht Inhalt des Genussrechtsvertrags, sondern ist im zugrundeliegenden Kausalverhältnis zu finden.[312]

(a) Das einseitige Verpflichtungsgeschäft

Die Konstruktion des Genussrechtsvertrags als einseitiges Verpflichtungsgeschäft hat zur Folge, dass kein Austauschverhältnis die Hauptleistungspflichten der Parteien verbindet. Im Allgemeinen bestimmt sich nach den Abreden der Parteien, ob die Leistungen der Parteien i.S.d. § 320 BGB im Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) stehen.[313] Kategorisiert man den Genussrechtsvertrag als abstraktes Schuldversprechen, besteht kein Synallagma zwischen der Verpflichtung des Genussrechtsinhabers (Erbringung der versprochenen Geldleistung) und der des Genussrechtsverpflichteten (Leistung der Gewinnbeteiligung).[314] Der Vertrag ist vielmehr einseitig verpflichtend.[315] Der Genussrechtsverpflichtete verspricht, ein Genussrecht zu den vereinbarten Bedingungen zu gewähren. Der Genussrechtsberechtigte verspricht keine Gegenleistung.[316] Die Kapitaleinlage des Genussrechtsberechtigten sei vielmehr auf eine

---

[306] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 73.
[307] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 73.
[308] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 73.
[309] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 73.
[310] *Frantzen*, Genussscheine, S. 22.
[311] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 44, Fn. 72.
[312] *Frantzen*, Genussscheine, S. 19 f.
[313] *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 320 AktG, Rn. 23.
[314] *Frantzen*, Genussscheine, S. 22.
[315] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 44.
[316] *Bürger,* Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 56.

„der Genussrechtsgewährung zugrunde liegende causa“[317] zurückzuführen. Diese causa sei „die Zweckbestimmung, der vereinbarte Leistungszweck, der in der Zurverfügungstellung von Geld besteht“.[318]

(b) Die intendierte Konnexität

Dem ist nicht zu folgen. Die rechtliche Trennung zwischen Genussrechtsverhältnis und zugrunde liegendem Kausalgeschäft bewirkt eine unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Vorgangs.[319] Sinn und Zweck des Genussrechts ist in der wirtschaftlichen Praxis hauptsächlich die Kapitalbeschaffung. Genussrechte, die der Vergütung von Dienstleistungen oder Patenten dienen oder die auf Amortisation von Aktienkapital abzielen, treten vergleichsweise selten auf.[320] Legt man der Vereinbarung eines Genussrechts also den Standardfall eines Finanzierungsgenussrechts zugrunde, entspricht es nicht dem Willen des Genussrechtsverpflichteten, abstrakt eine Gewinnbeteiligung zu versprechen. Er tut dies gerade deswegen, weil der Genussrechtsberechtigte der Gesellschaft Kapital zum Gebrauch für eine bestimmte Zeit überlassen hat.[321] Diese von den Beteiligten intendierte Gegenseitigkeit der Verpflichtungen muss sich auch in der juristischen Bewertung der vertraglichen Vereinbarung finden.

bb) Die dem Genussrecht zugrunde liegende causa

Ist die Rede vom kausalen oder abstrakten Genussrecht, ist meist die Beziehung zwischen Genussrecht und dem ihm zugrunde liegenden Kausalgeschäft gemeint. Das Kausalgeschäft, welches das Genussrecht zur Entstehung bringt, ist der Genussrechtsvertrag. In den Genussrechtsbedingungen erhält das Genussrecht seine Gestalt. Darauf aufbauend, stellt sich die Frage, ob das Genussrecht kausal oder abstrakt ist. Diese Unterscheidung hat ihre Wurzeln im Sprachgebrauch des Wertpapierrechts. Dort wird sie auch virulent, denn der Erwerber eines Genussscheins hat ein großes Interesse daran, dass seinen Ansprüchen keine Einwendungen aus dem Kausalverhältnis zwischen Emittent und Ersterwerber entgegengehalten werden können.

(1) Das abstrakte Schuldversprechen

Im bürgerlichen Recht sind kausale Schuldverträge die Regel; in Ausnahme dazu lässt § 780 BGB das abstrakte Schuldversprechen zu.[322] Auch Schuldverträge sind – aus Sicht des Schuldners – Zuwendungsgeschäfte[323] bzw. – aus Sicht des Gläubigers – Er-

---

[317] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 45 Fn. 75.
[318] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 45 Fn. 75.
[319] *Ebert*, Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, S. 176.
[320] *Schön*, JZ 1993, 925, (927).
[321] *Ebert*, Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, S. 176.
[322] *Gehrlein,* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., 2012, § 780 BGB, Rn. 3.
[323] *Gehrlein,* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., 2012, § 780 BGB, Rn. 3.

werbsgeschäfte[324]. Denn der Gläubiger erlangt einen Anspruch gegen den Schuldner.[325] Diesen Erwerb können die Parteien kausal oder abstrakt ausgestalten. Schuldverträge im bürgerlichen Recht sind dann kausal, wenn der Zweck oder der Rechtsgrund der Verpflichtung zum Inhalt des Vertrags wird.[326] Die causa der schuldrechtlichen Verpflichtung liegt in der Abrede über den Zweck der Verbindlichkeit; sie stellt den Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Verpflichtung dar.[327] Ein Wirksamkeitsmangel in der Zweckabrede lässt in der Folge auch den vertraglichen Anspruch nicht entstehen.[328] Schließen die Parteien hingegen gem. § 780 BGB einen abstrakten Verpflichtungsvertrag, so entsteht der Anspruch auch beim Fehlen eines wirksamen Rechtsgrundes.[329]

Das abstrakte Schuldversprechen konstituiert eine einseitige Verpflichtung in Gestalt eines abstrakten Vertrags.[330] Eine Partei übernimmt eine selbständige Verpflichtung, die vom zugrunde liegenden Kausalverhältnis losgelöst ist.[331] Dafür ist zum einen erforderlich, dass die im Schuldversprechen eingegangene Verpflichtung von ihrem Rechtsgrund, d.h. dem wirtschaftlichen und rechtlichen Konnex, in den sie eingebettet war, befreit wird. Zudem muss sie allein auf den Leistungswillen des Schuldners, der im Versprechen in Erscheinung getreten ist, gegründet werden.[332]

Wird das Genussrecht in die Form eines abstrakten Schuldversprechens gekleidet, ist es unabhängig von Mängeln im Grundverhältnis zwischen dem Genussrechtsverpflichteten und dem Ersterwerber.[333] Der Fortbestand des Genussrechts ist vom Schicksal des Kausalgeschäfts unabhängig. Die Konstruktion des Genussrechts als abstraktes Verpflichtungsgeschäft ist für den Genussrechtsverpflichteten angenehm, denn der Zweiterwerber des Genussscheins kann ihm gegenüber nur diejenigen Ansprüche geltend machen, die sich aus den Genussrechtsbedingungen ergeben. Mit Ansprüchen aus dem Kausalverhältnis kann ihn dagegen nur der Ersterwerber konfrontieren.[334]

(2) Das Genussrecht als abstraktes Schuldversprechen

Die Ausformung des Genussrechts als abstraktes Schuldversprechen ist nach einer Ansicht zwingend.[335] Das Genussrecht begründe stets eine „selbständige abstrakte

---

[324] *Habersack,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 780 BGB, Rn. 2.
[325] *Habersack,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 780 BGB, Rn. 2.
[326] *Gehrlein,* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., 2012, § 780 BGB, Rn. 3.
[327] *Haas,* Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, S. 1.
[328] *Habersack,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 780 BGB, Rn. 2.
[329] *Haas,* Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, S. 79.
[330] *Spilker,* Genussrechte in der deutschen und Europäischen Genossenschaft, S. 87.
[331] *Sprau,* in: Palandt, 72. Aufl., 2013, § 780 BGB, Rn. 1a.
[332] BGH, Urteil vom 14.01.2008, Az II ZR 245/06, NJW 2008, 1589.
[333] *Luttermann,* Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 99.
[334] *Emde,* Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, S. 14.
[335] *Frantzen,* Genussscheine, S. 21 ff.

Verpflichtung".[336] Dem ist entgegenzuhalten, dass die Selbständigkeit des Versprechens des Genussrechtsverpflichteten der ständigen Praxis entspricht, aber keinesfalls die einzig mögliche Ausgestaltung darstellt.[337]

Das Bedürfnis, dem Genussrecht die Gestalt eines abstrakten Schuldversprechens zu verleihen, hat seine Wurzeln im Wertpapierrecht: dort ist es vorteilhaft für die Umlauffähigkeit des Genussscheins, wenn sich der Inhaber keine Einwendungen aus einem Kausalverhältnis zwischen dem Ersterwerber und dem Aussteller entgegen halten lassen muss.[338]

c) Der Genussschein als kausales und deklaratorisches Wertpapier

Wird das Genussrecht als Wertpapier verbrieft, stellen sich zwei Fragen. Zum einen ist zu klären, welche Beziehung zwischen dem im Genussschein verbrieften Recht und dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis besteht. Herauszuarbeiten ist, ob der Genussschein kausal oder abstrakt ist. Zum anderen ist fraglich, wie sich der Genussschein als Wertpapier zum Genussrecht verhält, ob also die Verbriefung für die Entstehung des Rechts konstitutiv oder nur deklaratorisch ist.

aa) Die Wertpapiereigenschaft des Genussscheins

Wird ein Genussrecht verbrieft, liegt ein Genussschein vor. *Schulte* geht davon aus, dass ein in einer Urkunde verbrieftes Genussrecht stets ein Wertpapier darstellt.[339] Dem ist aber nicht zu folgen. Es möglich, aber nicht zwingend, dass der Genussschein als Wertpapier ausgestaltet ist.[340] Welcher Weg eingeschlagen wird, bestimmen die Parteien.

(1) Der Genussschein als bloße Beweisurkunde

Einerseits kann Produkt der Verbriefung eine Urkunde sein, die lediglich die Funktion einer Urkunde im Allgemeinen hat, d.h. als Verkörperung einer Gedankenerklärung Beweis erbringt für Abschluss und Inhalt des Genussscheinvertrags.[341] Auf diese Weise kann bereits ein Schuldschein i.S.d. § 952 I BGB als Genussschein dienen.[342] Ein solcher Genussschein verkörpert keine Vermögensrechte.[343]

---

[336] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 41.
[337] *Brodmann*, JW 1932, 716 (716); *Lutter*, in: FS Döllerer, 1988, 383 (390); *Lutter*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1995, § 221, Rn. 239 m.w.N.; *Ernst,* Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, S. 117 Fn. 99; Emde, Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, S. 100.
[338] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 99 f.
[339] *Schulte*, in: Erle/Sauter, Körperschaftsteuergesetz, 3. Aufl., 2010, § 8 KStG Rn. 318.
[340] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 5.
[341] *Oettmeier*, Ausgestaltung von Genussrechten und Genussscheinen, S. 20.
[342] *Pougin*, in: FS Oppenhoff, S. 275 (278).
[343] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 47.

(2) Der Genussschein als Wertpapier

Andererseits kann der Genussschein als Wertpapier geschaffen werden.[344] Nach dem weiten Wertpapierbegriff der hM ist ein Wertpapier eine Urkunde, die ein Recht dergestalt verbrieft, dass dessen Geltendmachung nur dem Inhaber der Urkunde möglich ist.[345]

bb) Die Ausgestaltung als Inhaber-, Order- oder Rektapapier

Nach der Art und Weise, wie der Berechtigte legitimiert sein soll, kommt die Verbriefung des Genussrechts als Inhaber- Order- oder Rektapapier in Betracht.[346] Papiere aller drei Kategorien sind Wertpapiere, da jeweils die Ausübung des Rechts an das Innehaben des Papiers geknüpft ist.[347]

(1) Der Genussschein als Inhaberpapier

Unter einem Inhaberpapier versteht man eine Urkunde, die ein vermögenswertes Recht verkörpert, ohne aber den Namen des Berechtigten zu erwähnen. Zur Geltendmachung des Rechts ist grundsätzlich der jeweilige Inhaber der Urkunde berechtigt, es sei denn, dass ihm das Recht zur Verfügung über die Urkunde nicht zusteht.[348] Die Innehabung der Urkunde verschafft dem Inhaber eine widerlegbare Vermutung der materiellen Berechtigung (Legitimationsfunktion).[349]

Für die Verbriefung des Genussrechts steht als Inhaberpapier die Inhaberschuldverschreibung nach § 793 BGB zur Verfügung.[350] Die Begebung des Genussscheins als Inhaberpapier ist die in der Praxis am häufigsten anzutreffende Gestaltung.[351] Diese ist nach der Legaldefinition in § 793 I 1 BGB ein Inhaberpapier.[352] Denn eine Inhaberschuldverschreibung ist eine Urkunde, in der sich der Aussteller dem jeweiligen Inhaber zu einer Leistung verpflichtet, es sei denn, diesem fehlt die Verfügungsberechtigung über die Urkunde. Nach *Schmidtbleicher* ist der Genussschein stets eine Schuldverschreibung.[353] Unter einer Schuldverschreibung versteht man die Schuldverschreibung auf den Inhaber i.S.d. § 793 BGB.[354] Diese ist ein Inhaberpapier.[355] Ein

---

[344] *Erle/Berberich,* in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 1 Rn. 43.
[345] Hueck/*Canaris*, Recht der Wertpapiere, S.1.
[346] *Schwarze/Heuermann*, StBp 1983, 200 (202).
[347] *Richardi,* Wertpapierrecht, S. 15 f.
[348] *Müller-Christmann/Schnauder,* Wertpapierrecht, Rn. 30.
[349] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 68.
[350] *Schmidtbleicher,* Die Anleihegläubigermehrheit, S. 25.
[351] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 9.
[352] *Stadler*, in: *Jauernig*, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., 2011, § 793 BGB, Rn. 2.
[353] *Schmidtbleicher,* Die Anleihegläubigermehrheit, S. 25.
[354] *Tetzlaff,* in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., 2011, § 88, Rn. 47.
[355] *Oechsler,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 935 BGB, Rn. 16.

Genussschein muss aber nicht zwingend die Gestalt eines Inhaberpapiers haben. Ebenso ist eine Verbriefung als Order- oder Rektapapier möglich.[356]

Damit der Inhaber das Genussrecht geltend machen kann, muss er befugt sein, über den Genussschein zu verfügen.[357] Diese Verfügungsbefugnis kommt dem Eigentümer und dem nach § 185 BGB Ermächtigten zu.[358] In Folge der Legitimationswirkung der Urkunde (§ 793 I 1 HS 2 BGB) gilt derjenige, der die Inhaberschuldverschreibung vorlegt (formell Berechtigter) auch als sachlich Berechtigter.[359]

Mit dem Abschluss des Begebungsvertrags zwischen dem Genussrechtsemittenten und dem Genussrechtsinhaber als dem ersten Inhaber der Urkunde entsteht die Forderung.[360] Dem ersten Inhaber des Genussscheins fällt aufgrund des Begebungsvertrags auch das Eigentum am Genussschein zu.[361] Das verbriefte Recht wird durch Übereignung der Urkunde übertragen;[362] das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier.[363]

Bei der Inhaberschuldverschreibung findet sich keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung über das Verhältnis des verbrieften Rechts zum Kausalgeschäft.[364] In der Literatur wird teilweise vertreten, dass die Inhaberschuldverschreibung schon von Gesetzes wegen eine abstrakte wertpapierrechtliche Verpflichtung[365] oder ein abstraktes Verpflichtungsgeschäft[366] darstelle. Jedenfalls wird die Inhaberschuldverschreibung in der Praxis regelmäßig abstrakt ausgestaltet.[367]

(2) Der Genussschein als Orderpapier

Ein Orderpapier ist eine Urkunde, die ein Recht verbrieft und den ursprünglich Berechtigten nennt.[368] Gleichzeitig erlaubt sie aber die Rechtsausübung demjenigen, den der vorherige Berechtigte durch Order bestimmt hat. Die Übertragung der Befugnis, das verbriefte Recht geltend zu machen, geschah im Mittelalter beispielsweise durch die Formel „vel cui ordinaveris".[369] Auf diese Anweisung, entweder an den im Papier genannten Berechtigten oder „an dessen Order" zu leisten, geht die Bezeichnung Or-

---

[356] *Lühn,* Genussrechte, S. 42.
[357] Vgl. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 793 BGB, Rn. 26.
[358] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 793 BGB, Rn. 29.
[359] *Stadler*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., 2011, § 793 BGB Rn. 13.
[360] Vgl. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 793 BGB, Rn. 26.
[361] Vgl. *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, § 793 BGB, Rn. 26.
[362] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 68.
[363] *Berger*, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., 2011, § 952 BGB Rn. 3.
[364] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 208.
[365] *Gehrlein/Sutschet*, in: Bamberger/Roth, § 311 BGB Rn. 6
[366] *Schulze*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., 2012, Vorbemerkung zu §§ 311–319 BGB, Rn. 11.
[367] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 208.
[368] *Zöllner,* Wertpapierrecht, S. 12 f.
[369] *Kostanecki, Anton von,* Der wirthschaftliche Werth vom Standpunkt der geschichtlichen Forschung, S. 183.

derpapier zurück.[370] In diesem Sinne bestimmt für das Wechselrecht Art. 1 Nr. 6 WG, dass der gezogene Wechsel „den Namen dessen, an den oder an dessen Order gezahlt werden soll" enthalten muss. Die Order stellt einen Skripturakt dar.[371] Der Übertragende setzt die Order auf die Rückseite des Papiers. „Auf dem Rücken" heißt im Italienischen „in dosso".[372] Davon leitet sich die Bezeichnung des Skripturakts als „Indossament" ab.

Die Legitimation des Berechtigten ist an zwei Voraussetzungen gebunden:[373] zum einen ist die Innehabung der Urkunde erforderlich. Zum anderen muss eine ununterbrochene Reihe von Übertragungsvermerken (Indossamenten, § 364 I HGB) vom ursprünglich in der Urkunde Benannten zum jetzigen Inhaber führen.[374]

Die Übertragung des Rechts vollzieht sich grundsätzlich durch Übereignung (§§ 929 ff BGB) der indossierten (§ 364 I HGB) Urkunde.[375] Daneben kann für die Rechtsübertragung auch die Abtretung (§§ 398, 413 BGB) gewählt werden.[376] Zur Abtretung muss dann aber noch die Übergabe der Urkunde hinzutreten; dabei kann die Übergabe durch ein Übergabesurrogat ersetzt werden.[377]

Die Orderpapiere lassen sich in zwei Gruppen unterscheiden: die geborenen Orderpapiere sind schon aufgrund gesetzlicher Anordnung indossabel.[378] Demgegenüber werden gekorene Orderpapiere dadurch indossabel, dass zum einen der Aussteller sie mit einer Orderklausel versieht und zum anderen das Gesetz diese Möglichkeit überhaupt zulässt.[379] Während das Gesetz die Namensaktie als geborenes Orderpapier gestaltet (§ 68 I AktG), fehlt eine entsprechende gesetzliche Bestimmung zum Genussschein.[380]

Ein Genussrecht kann als kaufmännischer Verpflichtungsschein (§ 363 I 2 HGB) begeben werden.[381] Ein kaufmännischer Verpflichtungsschein ist nach der Legaldefinition in § 363 I 2 HGB eine Urkunde, in der ein Kaufmann die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen (§ 363 I 1 HGB) verspricht, ohne dass die Leistung von einer Gegenleistung abhängig ist. Da der kaufmännische Verpflichtungs-

---

[370] *Richardi,* Wertpapierrecht, S. 28.
[371] *Richardi,* Wertpapierrecht, S. 28.
[372] *Freund,* Die Wechselverpflichtung im 19. Jahrhundert, S. 434.
[373] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2009, Vor § 793 BGB, Rn. 15.
[374] *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, § 793 BGB Rn. 4.
[375] *Schnauder,* NJW 1991, 1642 (1645).
[376] *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, § 793 BGB Rn. 4.
[377] *Langenbucher*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 2009, § 363 BGB, Rn. 8.
[378] *Langenbucher*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 2009, § 363 BGB, Rn. 6.
[379] *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 35. Aufl., 2012, § 363 Rn. 1
[380] *Ernst*, Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, S. 129.
[381] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 69.

schein zu den gekorenen Orderpapieren zählt, ist für die Schaffung eines Ordergenussscheins erforderlich, dass er eine Orderklausel enthält.[382]

(3) Der Genussschein als Rektapapier

Schließlich ist die Verbriefung des Genussscheins als Rektagenussschein möglich.[383] Ein Rektapapier ist ein Wertpapier, das ein Recht dergestalt verbrieft, dass Berechtigter nicht der jeweilige Inhaber, sondern der in der Urkunde namentlich Genannte ist.[384] Das Recht ist in der Urkunde nicht verkörpert, sondern nur verbrieft.[385]
Die Übertragung des Rechts geschieht durch Abtretung nach § 398 BGB.[386] Der Eigentumsübergang an der Urkunde vollzieht sich hingegen nach § 952 II BGB: „das Recht am Papier folgt dem Recht aus dem Papier".[387] Das Gesetz ordnet an, dass der Zessionar Eigentümer der Urkunde wird. Das Rektapapier ist insoweit wie ein Schuldschein (§ 952 I BGB) zu behandeln.[388] Zur Geltendmachung des Rechts ist die Innehabung des Papiers notwendig. Die Innehabung schafft aber keine Vermutung der materiellen Berechtigung. Rektapapieren kommt daher keine Legitimationsfunktion zu.[389]
Für den Genussschein bietet sich der kaufmännische Verpflichtungsschein gem. § 363 I 2 HGB an, dem keine Orderklausel beigefügt ist. Auf diese Weise kann er nicht durch Indossament übertragen werden.[390]

(4) Der geeignete Genussschein beim Debt-Mezzanine-Swap

Der Vorzug einer Begebung des Genussscheins als Inhaberpapier ist die leichte Übertragbarkeit. Die Verbriefung als Inhaberschuldverschreibung bietet sich für Emittenten an, denen es ausschließlich um die Beschaffung von Kapital zur Unternehmensfinanzierung geht.[391] Denn dafür ist die leichte Übertragbarkeit bei Inhaberpapieren hilfreich. Auch als Orderpapier ist der Genussschein ein fungibles Wertpapier.[392]

---

[382] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 69.
[383] BFH, Urteil vom 12.07.1967, Az I 204/64, BFHE 90, 122; a.A.: *Heß*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Wertpapiere, Rn. 4, der – ohne Begründung – nur Genussrechte in Gestalt von Order- oder Inhaberpapieren als Wertpapiere betrachtet.
[384] *Langenbucher*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2009, § 363 Rn. 9.
[385] *Richardi*, Wertpapierrecht, S. 35.
[386] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 69.
[387] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 69.
[388] *Richardi*, Wertpapierrecht, S. 35.
[389] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vor § 793 BGB, Rn. 16.
[390] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 69.
[391] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 66.
[392] *Haarmann,* JbFStR 1985/86, 410 (410).

Das Rektapapier ist eine probate Möglichkeit der Verbriefung eines Genussrechts, wenn es dem Emittenten nicht nur darum geht, Quellen externer Finanzierung zu erschließen. Kommt es dem Emittenten darauf an, den Genussschein nur an bestimmte Personen, etwa den Kreis der Arbeitnehmer, auszugeben, ist das Rektapapier geeignet.[393] Ziel ist es, die Genussrechtsberechtigten als Arbeitnehmer möglichst an das Unternehmen zu binden. Durch die Fungibilität des Genussscheins würde diese Vorgabe konterkariert; die erschwerte Übertragbarkeit des Rektapapiers ist ausdrücklich erwünscht.[394]

Beim Debt-Mezzanine-Swap steht die Vertrauensbeziehung der beiden Swap-Parteien im Vordergrund. Die Objektgesellschaft ist bereit, dem Gläubiger ein beteiligungsähnliches Genussrecht einzuräumen, mit dem – je nach Vereinbarung – noch Mitspracherechte verbunden sind. Das mit einem Debt-Mezzanine-Swap verbundene große Transaktionsvolumen konstituiert für die Objektgesellschaft ein erhöhtes Interesse an der Integrität der Person des Investors. Eine erleichterte Fungibilität des Genussscheins als Inhaberpapier würde es demgegenüber ermöglichen, dass nicht absehbar ist, in wessen Hände die Wertpapiere geraten. Insbesondere mit Blick auf die mit dem beteiligungsähnlichen Genussrecht verbundenen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Unternehmung dürfte die Objektgesellschaft ein Rektapapier bevorzugen.

cc) Die Begründung des verbrieften Rechts

Legt man die herrschende Vertragstheorie zugrunde, entsteht das verbriefte Recht durch Abschluss eines Vertrags. Der Vertragsschluss vollzieht sich durch Aushändigung der Urkunde. Aus diesem Vorgang resultiert die Bezeichnung als Begebungsvertrag.[395] Damit der Genussrechtsinhaber seinen Genussschein erhält, sind drei Dinge erforderlich: Skripturakt, Begebungsvertrag und Übergabe.[396]

(1) Der Skripturakt

Zunächst ist in einem Skripturakt die Urkunde auszustellen. Der Skripturakt ist ein bloßer Realakt, ohne dass ihm rechtsgeschäftliche Bedeutung zukäme.[397]

(2) Der Begebungsvertrag

Sodann wird der Begebungsvertrag geschlossen. Inhalt des Begebungsvertrags ist beim Genussrecht die Verbriefung des Genussrechts in einem Wertpapier, nämlich dem Genussschein.[398]

---

[393] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 66 f.
[394] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 67.
[395] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 28.
[396] Vgl. *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 71.
[397] *Stöcker/Heidinger*, NJW 1992, 880, (881).

(a) Das Verpflichtungsgeschäft

Dieser enthält jedenfalls schuldrechtliche Regelungen;[399] bei Inhaber- und Orderpapieren kann er ein sachenrechtliches Geschäft beinhalten.[400] Der schuldrechtliche Regelungsgehalt des Begebungsvertrags besteht darin, dass die verbriefte Forderung begründet wird.[401] Insoweit liegt ein schuldrechtlicher Verpflichtungsvertrag i.S.d. § 311 I BGB vor. Der Aussteller der Urkunde verpflichtet sich zu einer Leistung. Gegenstand der Leistung ist die Forderung, die im Wertpapier verbrieft ist.[402] Beim Rektapapier hat es beim Begebungsvertrag als Verpflichtungsvertrag sein Bewenden.[403]

(b) Das Verfügungsgeschäft

Bei Inhaber- und Ordergenussscheinen dient der Begebungsvertrag auch der Übertragung des verbrieften Rechts.[404] Beim Rektapapier ist die Übereignung nicht erforderlich, da von Gesetzes wegen (§ 952 II BGB) das Eigentum an der Urkunde auf den Erwerber übergeht.[405]

Stehen Inhaber- oder Orderpapiere in Rede, stellt der Begebungsvertrag eine dingliche Einigung nach § 929 BGB dar mit dem Inhalt, dass das Eigentum am Genussschein vom Emittenten auf den Genussrechtsinhaber übergehen soll. Tritt zur dinglichen Einigung noch die Übergabe, geht das Eigentum an der Urkunde über. Damit ist auch der Übergang der inzwischen verbrieften Forderung verbunden, denn bei Inhaber- und Orderpapieren gilt: „das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier".[406]

Damit weist der Begebungsvertrag bei Inhaber- und Orderpapieren sowohl schuldrechtliche als auch sachenrechtliche Regelungen auf: in schuldrechtlicher Hinsicht verpflichtet sich der Aussteller zur Leistung gemäß der verbrieften Forderung, in sachenrechtlicher Hinsicht wird die Urkunde übereignet.[407] Statt von einem Begebungsvertrag mit Doppelcharakter ist bisweilen auch von zwei Begebungsverträgen die Rede.[408] Diese fallen jedoch immer in einem Akt zusammen.

---

[398] Vgl. *Arnold,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 214 AktG, Rn. 13.
[399] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 30.
[400] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 30.
[401] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S.71.
[402] *Richardi*, Wertpapierrecht, S. 55.
[403] *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 783 BGB Rn. 21.
[404] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 71.
[405] a.A.: *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 48, der annimmt, dass ein Begebungsvertrag stets eine obligatorische und eine dingliche Komponente aufweise.
[406] *Schulte-Nölke*, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl. 2012, § 952 BGB Rn. 2.
[407] *Richardi*, Wertpapierrecht, S. 55; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 31.
[408] *Stöcker/Heidinger*, NJW 1992, 880, (882).

dd) Der Genussschein als deklaratorisches Wertpapier

Nach der Funktion der Ausstellung des Papiers für die Entstehung des Rechts lassen sich Wertpapiere in zwei Gruppen einteilen: zum einen gibt es Wertpapiere, für welche die Verbriefung einen notwendigen Schritt zur Entstehung des Rechts darstellt; bei ihnen handelt es sich um konstitutive Wertpapiere. [409] Ein Beispiel dafür ist die Aktie, die aufgrund einer bedingten Kapitalerhöhung begeben wird, um dem Inhaber einer Wandelschuldverschreibung die Geltendmachung seines Umtausch- oder Bezugsrechts (§ 221 I AktG) zu ermöglichen. Durch die Ausgabe der Aktien aufgrund der Geltendmachung des Umtausch- oder Bezugsrechts entsteht die Mitgliedschaft des Aktionärs (§ 200 AktG).[410] Davon lassen sich die deklaratorischen Wertpapiere unterscheiden. Bei ihnen entsteht das Recht unabhängig von, ob ein Wertpapier ausgestellt wird. Dies ist der Fall bei der Aktie. Die Aktie stellt ein Mitgliedschaftsrecht dar.[411] Dieses Recht des Aktionärs existiert schon vor der Verbriefung.[412] Die Mitgliedschaft in einer Aktiengesellschaft entsteht durch Ausgabe einer Aktie. Die Ausgabe einer Aktie ist ein zweiaktiger Vorgang.[413] Zunächst muss der Zeichner der Aktie die Übernahmeerklärung abgeben. Daraufhin muss die Gründung der Gesellschaft oder die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen werden. Bereits im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung gelangt die Mitgliedschaft zur Enstehung. Die nachfolgende Verbriefung des so geschaffenen Mitgliedschaftsrechts in der Aktienurkunde hat nur deklaratorische, nicht aber konstitutive Wirkung.[414] Bevor eine Aktienurkunde ausgestellt wird, erfolgt die Übertragung des Mitgliedschaftsrechts durch Abretung nach §§ 413, 398 BGB.[415]

Der Genussschein ist in dieser Dichotomie den deklaratorischen Wertpapieren zuzuordnen.[416] Denn die Verbriefung ist keine notwendige Voraussetzung für die Begründung des Genussrechts.[417]

ee) Der Genussschein als kausales Wertpapier

(1) Die Unterteilung in kausale und abstrakte Wertpapiere

Die Ausgabe von Wertpapieren vollzieht sich nicht im leeren Raum, vielmehr liegt der Verbriefung ein Rechtsverhältnis zugrunde. Wertpapiere und damit auch der Genussschein können kausal oder abstrakt ausgestaltet sein. Die Unterteilung ist danach

[409] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 26.
[410] *Richardi*, Wertpapierrecht, S. 43.
[411] OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 24.06.1991, Az 11 U 18/91, AG 1991, 402.
[412] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 26.
[413] *Heider,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 10 AktG, Rn. 7.
[414] *Vatter,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 10 AktG, Rn. 27.
[415] OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 24.06.1991, Az 11 U 18/91, AG 1991, 402.
[416] *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 72.
[417] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organsierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 142.

vorzunehmen, in welcher Beziehung das Kausalverhältnis zum verbrieften Recht steht.[418] Der Fortbestand kausaler Wertpapiere bestimmt sich akzessorisch nach dem Kausalverhältnis, während für abstrakte Wertpapiere der Grundsatz der Nichtakzessorietät gilt.

(a) Das abstrakte Wertpapier

Bei einem abstrakten Wertpapier ist der Fortbestand des verbrieften Rechts unabhängig davon, ob das zugrunde liegende Kausalgeschäft wirksam ist.[419] Die Geltung des Rechts aus dem Papier ist in ihrem Schicksal selbständig. Auf diese Weise hat der Inhaber des Papiers eine starke Position, die bei weitem vorzüglicher ist als der wertpapierrechtliche Einwendungsausschluss, wie er sich etwa bei der Inhaberschuldverschreibung (§ 796 BGB) oder den kaufmännischen Orderpapieren (§ 364 II HGB) findet. Denn die Abstraktheit des Wertpapiers findet auch bei Rektapapieren Anwendung und schützt auch den Ersterwerber des Wertpapiers.[420] Das in der Urkunde verkörperte Recht ist nicht nur in seinem Fortbestand vom Kausalverhältnis unabhängig. Auch inhaltlich ist das verbriefte Recht vom Grundverhältnis losgelöst. Inhalt der Urkunde ist nur ein „rechtlich farbloses Leistungsversprechen".[421]

(b) Das kausale Wertpapier

Das in einem kausalen Wertpapier verbriefte Recht ist in Inhalt und Fortbestand vom Kausalverhältnis abhängig. Der Fortbestand des beurkundeten Rechts bestimmt sich in Akzessorietät zum Grundverhältnis. Auch inhaltlich ist das verbriefte Recht nicht losgelöst vom Grundgeschäft zu beurteilen. Durch Bezugnahme im Wertpapier wird erreicht, dass sich das verbriefte Recht inhaltlich aus dem Kausalverhältnis speist.

(2) Die Korrelation zwischen „deklaratorisch" und „kausal"

Im Schrifttum findet sich die Auffassung, wonach alle deklaratorischen Wertpapiere zwingend als kausal einzuordnen seien.[422] Das erscheint auf den ersten Blick eingängig: wenn ein Recht bereits besteht, beschränkt sich das Papier darauf, dieses Recht zu deklarieren. Daraus folge, dass das verbriefte Recht immer mit dem Grundverhältnis identisch sei und keine Selbständigkeit entfalten könne.[423] Doch ist dieser Schluss nicht logisch zwingend. Die Plausibilität obiger Behauptung gründet vor allem darin, dass gewöhnlicherweise konstitutive Papiere abstrakt, deklaratorische hingegen kausal sind. Jedoch kommt es für die abstrakte oder kausale Natur der Wertpapiere im konkreten Fall einzig darauf an, wie sie ausgestaltet sind: so ist es möglich, einem

[418] *Richardi*, Wertpapierrecht, S. 42.
[419] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 26f.
[420] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 27.
[421] *Richardi*, Wertpapierrecht, S. 42.
[422] *Zöllner*, Wertpapierrecht, S. 32.
[423] *Zöllner*, Wertpapierrecht, S. 32.

Ladeschein (ein gewöhnlicherweise abstraktes Papier) durch eine umfassende inhaltliche Einbeziehung des Frachtvertrags die Gestalt eines kausalen Papiers zu verleihen.[424]

In Bezug auf den Genussschein bedeutet das: aufgrund seiner Eigenschaft als deklaratorisches Papier ist seine Verbriefung grundsätzlich kausal. Aber eine abstrakte Ausgestaltung ist möglich, je nachdem, ob im Begebungsvertrag bzw. dem Skripturakt umfassend auf das Genussrechtsverhältnis Bezug genommen wird.

(3) Die Bedeutung der Eigenkapitalklassifikation

Fraglich bleibt indes, ob die Bilanzierung des Genussrechts als Eigen- oder Fremdkapital Einfluss hat auf die Abstraktheit des Genussscheins. Nach *Rid-Niebler* gibt es zwei mögliche Typen von Genussscheinen: den konstitutiv-abstrakten und den deklaratorisch-kausalen Genussschein. Hat das Genussrecht Eigenkapitalcharakter, liege ein deklaratorisch-kausaler Genussschein vor; weist das Genussrecht hingegen Fremdkapitalcharakter auf, so sei der Genussschein konstitutiv-abstrakt.[425] Ein Genussrecht mit Eigenkapitalcharakter entstehe durch den Genussrechtsvertrag, wohingegen die Verbriefung das Recht nur deklariere. Dies ergebe eine wirtschaftliche Betrachtung, nach der Eigenkapital-Genussrechte als „Risikobeteiligung" anzusehen seien.[426] Nicht in rechtlicher, aber in wirtschaftlicher Hinsicht sei ein Eigenkapital-Genussrechtsinhaber mit einem Gesellschafter zu vergleichen. Diese Vergleichbarkeit bringe mit sich, dass die Begründung eines Eigenkapital-Genussscheins rechtlich anders zu bewerten sei als bei einem Fremdkapital-Genussschein, der wie eine „gewöhnliche Schuldverschreibung" zu behandeln sei. [427]

Zutreffend ist, dass Inhaberschuldverschreibungen typischerweise als konstitutive Wertpapiere geschaffen werden. Die Verpflichtung aus einer Inhaberschuldverschreibung entsteht demgemäß durch den Begebungsvertrag zwischen dem Aussteller und dem Nehmer des Papiers.[428] Inhaberschuldverschreibungen können, müssen aber nicht abstrakt sein.[429] Die Ausgestaltung der wirtschaftlichen Stellung des Genussrechtsberechtigten ist kein taugliches Abgrenzungskriterium dafür, ob der Genussschein kausal oder abstrakt ist. Ob der Genussschein abstrakt ist, richtet sich einzig danach, ob der Begebungsvertrag, der die verbriefte Forderung zur Entstehung bringt, umfassend auf das zugrunde liegende Genussrechtsverhältnis Bezug nimmt

---

[424] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 28.
[425] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmerkt für die GmbH, S. 142.
[426] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmerkt für die GmbH, S. 142.
[427] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmerkt für die GmbH, S. 142.
[428] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 173.
[429] *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, S. 174.

oder ob die Forderung aus dem Genussschein als abstrakte Forderung zur Entstehung gebracht wird. Ob die wirtschaftliche Stellung des Genussrechtsinhabers der eines Gesellschafters oder der eines Inhabers einer Schuldverschreibung angenähert ist, ist demgegenüber nicht von Relevanz.

(4) Die Differenzierung von Innen- und Außenverhältnis

Eine Aufspaltung der Rechtsverhältnisse in ein Kausalgeschäft und ein abstraktes Genussrecht vermeidet der Ansatz von *Schön*.[430] Im Mittelpunkt der Betrachtung steht das Finanzierungsinstrument Genussrecht. Das Genussrecht ist eingebettet in das Gefüge zweier Rechtsverhältnisse. Zum einen besteht ein Rechtsverhältnis zwischen der unternehmenstragenden Gesellschaft und dem Genussrechtsinhaber (Innenverhältnis). Zum anderen obwaltet auch zwischen Genussrechtsinhaber und außenstehenden Dritten sowie den Gesellschaftern ein Rechtsverhältnis (Außenverhältnis). Das Genussrecht erfährt seine Prägung durch das Innenverhältnis.

Das Innenverhältnis ist von schuldrechtlicher Prägung; hier geht es um die Rechte und Pflichten des Genussrechtsinhabers als Gläubiger des Unternehmensträgers. Demgegenüber ist die Struktur des Außenverhältnisses aktienrechtlich gefärbt.[431]

d) Das kausale Genussrecht im Debt-Mezzanine-Swap

Das Kausalgeschäft für das Genussrecht ist das Genussrechtsverhältnis. Zentraler Bestandteil des Debt-Mezzanine-Swaps ist, dass ein Genussrechtsverhältnis vereinbart wird. Dieses Genussrechtsverhältnis konstituiert für den Genussrechtsberechtigten die Pflicht zur Einzahlung des Genussrechtskapitals. Als Erfüllung dieser Einzahlungsverpflichtung akzeptiert die Objektgesellschaft den Erlass der Darlehensforderung. Sie nimmt den Forderungsverzicht an Erfüllungs statt für die geschuldete Einzahlung an (§ 364 I BGB). Über die Genussrechtsbedingungen findet das Kausalverhältnis (Genussrechtsverhältnis) Eingang in das Genussrecht. Der Fortbestand des Genussrechts ist abhängig vom Grundverhältnis. Eine abstrakte Ausgestaltung des Genussrechts würde zwar die Zirkulationsfähigkeit des Genussrechts begründen. Doch entspricht das nicht der Interessenlage der Parteien. Zweck des Debt-Mezzanine-Swap ist die Sanierung der Objektgesellschaft durch Umwandlung einer Verbindlichkeit, nicht die Akquirierung mezzaninen Kapitals am Markt.

IV. Umwandlung

Nicht wenige Stimmen in der Literatur beschreiben den „Swap“ im hiesigen Zusammenhang als „Umwandlung“ von Fremdkapital in Mezzanine-Kapital.[432] Auch die *OFD*

[430] *Schön*, JZ 1993, 925 (930).
[431] *Schön*, JZ 1993, 925 (930).
[432] *Bauer*, in: Wachter, Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn 67; *Mihm*, CF law 2010, 435.

Rheinland spricht von der „Umwandlung“ eines Darlehens in ein Genussrecht.[433] *Hess* geht von einer „Wandlung von Forderungen in Genussscheine“ aus.[434] In Bezug auf den Debt-Equity-Swap formuliert *Wansleben*, dass eine „Umwandlung“ der Forderung nicht ausreiche; es sei – darüber hinausgehend – ein „Umtausch“ nötig.[435]

In der Dichotomie von Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft ist damit dem „Swap“ sein Platz bei den Verfügungsgeschäften zugewiesen. *Verfügung* ist ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar ein bestehendes Recht aufhebt, überträgt, belastet oder inhaltlich verändert.[436] Die Umwandlung bzw. der Umtausch eines Darlehensverhältnisses in ein Genussrechtsverhältnis bringt notwendigerweise die inhaltliche Änderung der ursprünglich bestehenden Darlehensforderung mit sich. Offen bleibt, wo die „Umwandlung“ bzw. der „Umtausch“ innerhalb des konventionellen zivilrechtlichen Instrumentariums einzuordnen ist.

1. Die Schuldänderung

Der Gesetzgeber greift – innerhalb des vorliegend relevanten Kontextes – auch im Gesellschaftsrecht auf den Begriff der Umwandlung zurück: so sieht § 24 AktG vor, dass die Satzung bestimmen könne, dass auf Verlangen eines Aktionärs seine Inhaberaktie in eine Namensaktie oder seine Namensaktie in eine Inhaberaktie umzuwandeln sei. Mit diesem Vorgang ist eine Inhaltsänderung der Aktie verbunden. Eine derartige Inhaltsänderung ist beispielsweise zu bejahen, wenn der mit einer Vorzugsaktie verbundene Vorzug aufgehoben wird.[437] Verallgemeinert man den aktienrechtlichen Umwandlungsbegriff, so ist unter „Umwandlung“ die „Inhaltsänderung eines im Übrigen fortbestehenden Finanzinstruments“ zu verstehen.[438]

Dieser Umwandlungsbegriff erfasst die Konstellation, in welcher ein Abänderungsvertrag nachträglich ein bestehendes Schuldverhältnis inhaltlich modifiziert gem. § 311 I BGB. Die Änderung bezieht sich beispielsweise auf die Verpflichtung, die den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet oder auf eine Modalität der Leistung.[439] Auf den Darlehensvertrag gewendet, bedeutet das: innerhalb des fortbestehenden Kapitalüberlassungsverhältnisses ändern die Parteien im Wege eines Abänderungsvertrags den Inhalt, nicht aber die Identität des Schuldverhältnisses.[440] Das Schuldverhältnis besteht als Darlehensverhältnis weiter.

---

[433] OFD Rheinland, Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 56/2011 vom 14.12.2011, BB 2012, 250.
[434] *Hess*, Sanierungshandbuch, Kap. 12, Rn. 145.
[435] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2083).
[436] *Bayreuther*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 185 BGB, Rn. 3.
[437] *Baums*, in: FS Canaris, S. 3 (6).
[438] *Baums*, in: FS Canaris, S. 3 (6).
[439] *Feldmann/Löwisch,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311 BGB, Rn. 86.
[440] *Häuselmann*, BB 2010, 944 (944).

2. Die Novation

Andere übersetzen „Swap“ ebenfalls mit „Umwandlung“, verstehen diese aber im Sinne einer Novation.[441] Eine solche liegt vor, wenn die Parteien vertraglich ein neues Schuldverhältnis begründen, das an die Stelle des bereits bestehenden treten soll.[442] Das alte Schuldverhältnis wird also gleichzeitig aufgehoben.[443] Diesen Aspekt betont die Bezeichnung der Novation als „Schuldersetzung“ oder „Schuldumschaffung“.[444] Wesensmerkmal der Novation ist damit das Zusammenfallen von gegenläufiger Vorgängen: zum einen heben die Parteien den bisherigen Rechtsgrund auf, zum anderen vereinbaren sie einen neuen.[445] Das bestehende Vertragsverhältnis erlischt; es wird vollständig durch ein neues ersetzt.[446] Die Aufhebung bezieht sich auf das Schuldverhältnis als Ganzes; demgegenüber ist Gegenstand des Erlasses (§ 397 BGB) eine bestimmte Forderung.[447]

3. Die Abgrenzung im Einzelfall

a) Der Ersetzungswille der Parteien

Ob die Vertragsparteien im Einzelfall eine bloße Vertragsänderung oder eine Novation gewollt haben, ist durch Auslegung der Willenserklärungen zu bestimmen.[448] Eine Novation schafft eine neue vertragliche Regelung, wohingegen die Vertragsänderung lediglich einen bestehenden Vertrag korrigiert. Nur im Fall der Novation handeln die Parteien mit Ersetzungswillen.[449] Bei der Ermittlung des Parteiwillens sind sowohl der wirtschaftlichen Bedeutung der Abänderung als auch der Verkehrsauffassung Rechnung zu tragen.[450]

Dabei darf der Wille, unter Aufhebung des alten Schuldverhältnisses ein neues zu begründen, nur mit großer Zurückhaltung angenommen werden.[451] Eine Novation ist daher nur ausnahmsweise zu bejahen; erforderlich ist, dass die Parteien einen auf Novation gerichteten Willen unzweifelhaft äußern.[452] Im Zweifel zielt der Wille der Parteien auf eine bloße Vertragsänderung.[453]

---

[441] *Hofert/Möller*, GmbHR 2009, 527, (530); *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2012, 494 (495).
[442] *Olzen,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Einl. zu §§ 362 ff BGB, Rn. 35.
[443] *Feldmann/Löwisch,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311 BGB, Rn. 81.
[444] *Olzen,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, Einl. zu §§ 362 ff BGB, Rn. 35.
[445] *Feldmann/Löwisch,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311 BGB, Rn. 86.
[446] *Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher*, Unternehmenssanierung, S. 213.
[447] *Feldmann/Löwisch,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 311 BGB, Rn. 81.
[448] BGH, Urteil vom 21.11.2012, Az VIII ZR 50/12, WuM 2013, 165.
[449] BGH, Urteil vom 11.07.2007, Az XII ZR 113/05, NJW-RR 2008, 97.
[450] BGH, Urteil vom 07.07.1992, Az KZR 28/91, NJW-RR 1993, 118.
[451] BGH, Urteil vom 5.10.2010, Az VI ZR 159/09, BGZ 187, 156.
[452] BGH, Urteil vom 21.11.2012, Az VIII ZR 50/12, WuM 2013, 165.
[453] BGH, Urteil vom 5.10.2010, Az VI ZR 159/09, BGZ 187, 156.

b) Der wirtschaftliche Zweck

Strittig ist indes die Rolle des wirtschaftlichen Zwecks, dem die Parteien ihr Vertragswerk unterstellen. Nach einer Auffassung ist die Beibehaltung des wirtschaftlichen Zwecks konstitutiv für die Schuldänderung, wohingegen bei dessen Änderung eine Novation vorliege.[454] Demgegenüber betont das BayObLG, dass auch bei der Novation die wirtschaftliche Identität gewahrt werde.[455] Beiden Auffassungen ist aber nicht zu folgen, denn die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist eine Prärogative des Handels- und Steuerrechts. Ob der wirtschaftliche Zweck eines Rechtsverhältnisses geändert wird, mag von Relevanz sein für die Frage der handels- und steuerbilanziellen Behandlung des betreffenden Finanzinstruments. Ausschlaggebend für eine Novation ist jedoch die Schaffung eines neuen Rechtsgrundes unter Aufhebung des bisherigen Rechtsgrundes. Ob ein altes Schuldverhältnis durch ein neues ersetzt wird, ist eine Frage, die sich an rechtlichen Maßstäben orientiert, mag auch für die Auslegung des Parteiwillens die wirtschaftliche Bedeutung der Abänderung Berücksichtigung finden. Auch die bloße Inhaltsänderung eines Darlehensvertrags kann zu dessen handels- und ggf. steuerbilanziellen Umqualifizierung führen.[456]

c) Der Debt-Mezzanine-Swap

Der Debt-Mezzanine-Swap geht über eine bloße Inhaltsänderung des Darlehensverhältnisses hinaus: nach Durchführung des Swaps besteht das Darlehensverhältnis nicht mehr, es wurde vielmehr ersetzt durch das Genussrechtsverhältnis.[457] Dies kann nur im Wege der Novation ins Werk gesetzt werden.[458] Eine bloße Schuldabänderung im Sinne einer „Umwandlung" ist dafür nicht ausreichend. Der Debt-Mezzanine-Swap zielt auf eine „Umschaffung" der Forderung.[459] An die Stelle der Forderung treten Ansprüche aus einem Genussrechtsverhältnis. Das ursprüngliche Darlehen wird ersetzt. Es wird stattdessen ein neues Rechtsverhältnis begründet.

V. Der Nennbetrag des Genussrechtskapitals

1. Die Rechtslage beim Debt-Equity-Swap

a) Die zivilrechtliche Gestaltung des Debt-Equity-Swap

Unter einem Debt-Equity-Swap versteht man die Umwandlung einer Verbindlichkeit in Eigenkapital.[460] In diesem Sinne sieht § 225a II 1 InsO vor, dass „Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt wer-

[454] *Häuselmann*, BB 2010, 944, (944).
[455] BayObLGZ 1926, 85.
[456] *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2012, 494 (495).
[457] *Breuninger,* JbFStR 2012/13, 308 (310).
[458] *Hofert/Möller*, GmbHR 2009, 527 (530).
[459] *Rusch/Brocker,* ZIP 2012, 2193 (2198).
[460] *Meyer-Löwy/Bruder,* GmbHR 2012, 432 (433).

den“. Swap bedeutet Tausch.[461] Die Umschreibung des Debt-Equity-Swap als „Tausch von Fremdkapital in Eigenkapital“[462] bringt in der Sache keine Variation gegenüber der „Umwandlung“ zum Ausdruck. Vielmehr werden die beiden Begriffe synonym verwendet.

Zur Durchführung eines Debt-Equity-Swap stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung, die jeweils kurz beschrieben werden sollen.

aa) Der klassische Debt-Equity-Swap

Der klassische Debt-Equity-Swap besteht in einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage.[463] Es handelt sich um eine Sachkapitalerhöhung (§§ 183, 27 AktG; § 56 GmbHG).[464] In dieser Form hat er seinen Niederschlag in § 225a II 3 InsO gefunden, wonach der Insolvenzplan insbesondere eine Kapitalerhöhung und die Leistung von Sacheinlagen vorsehen kann.

(1) Die Kapitalherabsetzung

Dem Debt-Equity-Swap wird regelmäßig eine Kapitalherabsetzung vorgeschaltet. Die Kapitalherabsetzung existiert in zwei Varianten: von der ordentlichen Kaptalherabsetzung (§§ 222-228 AktG, 58 GmbHG) ist die einfache Kapitalherabsetzung (§§ 229-236 AktG, 58 a GmbHG) zu unterscheiden.[465] Die einfache Kapitalherabsetzung wird auch Kapitalschnitt genannt.[466] Ihr Zweck besteht in der Beseitigung einer Unterbilanz.[467]

(2) Die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage

Bei der Objektgesellschaft ist eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage durchzuführen (§ 183 AktG, § 56 GmbHG).[468] Gegen die Gesellschaft gerichtete Forderungen sind tauglicher Gegenstand der Sacheinlage in eine AG (§ 27 I 1 AktG)[469] und in eine GmbH (§ 5 IV 1 GmbHG)[470]. So setzt auch das Gesetz in §§ 194 III, 205 V AktG als selbstverständlich voraus, dass derartige Forderungen einlagefähig sind.[471] Der Gesellschafter kann die Sacheinlage auf zwei Arten bewirken.[472] Zum einen kann er die Forderung

---

[461] *Söhner,* Gläubigerschutz und Anlegerschutz vor Private-Equity- und Hedgefonds, S. 51.
[462] *Scheunemann/Socher,* BB 2007, 1144 (1148).
[463] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, 2012, Rn. 3.201.
[464] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2083).
[465] *Loose/Maier,* in: Lüdike/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Aufl., 2008, § 17 Rn. 22.
[466] *Loose/Maier,* in: Lüdike/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Aufl., 2008, § 17 Rn. 22.
[467] *Eilers,* GWR 2009, 3 (3).
[468] *Lettau/Teyatnykov,* NJOZ 2009, 1573 (1583).
[469] *Solveen,* in: Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl., 2011, § 27 AktG, Rn. 8;
[470] *Zeidler,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 89.
[471] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (589).
[472] *Hermanns,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 56 GmbHG, Rn. 49.

abtreten (§ 398 BGB), so dass sie durch Konfusion erlischt.[473] Zum anderen kann der Gläubiger die Forderung erlassen (§ 397 I BGB).[474].

Durch die Kapitalerhöhung werden neue Anteile geschaffen. Das Bezugsrecht für die bisherigen Gesellschafter wird ausgeschlossen.[475] So erwirbt der Gläubiger die neu geschaffenen Anteile.[476]

bb) Der Erwerb eines Geschäftsanteils

Wählen die Parteien die folgende Transaktion, stellt sich das Geschäft zweistufig dar.[477] Auf der ersten Stufe erwirbt der Gläubiger den Geschäftsanteil durch Abtretung (§§ 413, 398 BGB).[478] Auf der zweiten Stufe leistet Gläubiger seinen Beitrag zur Sanierung der Gesellschaft, indem er diese von seiner Forderung befreit. Dies geschieht auf eine der oben genannten Modalitäten: Abtretung (§ 398 BGB), Erlass (§ 397 I BGB) oder negatives Schuldanerkenntnis (§ 397 II BGB).[479]

Dieses Vorgehen entspricht nicht dem „Debt-Equity-Swap im eigentlichen Sinne".[480] Denn Gegenstand des Geschäfts ist kein Forderungsverzicht gegen Kapitalerhöhung (einstufige Transaktion). *Rödding/Bühring* charakterisieren den Vorgang als einen Forderungsverzicht gegen Anteilsgewährung.[481] Der Terminus impliziert ein einstufiges Vorgehen, wie es dem Debt-Equity-Swap eigen ist. Bier der hier zu behandelnden Transaktion gewährt die Gesellschaft aber keine Anteile, wie dies bei der Kapitalerhöhung der Fall ist. Vielmehr überträgt sie die Anteile, und zwar im zweiten (separaten) Schritt nach dem Forderungsverzicht des Gläubigers. *Aleth/Böhle* sehen das Spezifikum der Transaktion daher im Forderungsverzicht gegen Beteiligungserwerb.[482] Der Gläubiger kauft den Gesellschaftsanteil (Share Deal).[483]

Dies verdeutlicht die Zweistufigkeit des Vorgangs und damit den Unterschied zum einstufigen Tausch der Forderung in Eigenkapital im Rahmen des Debt-Equity-Swap. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise liegt eine dem Debt-Equity-Swap vergleichbare Gestaltung vor.[484] Der Sanierungseffekt tritt ein; jedenfalls im Ergebnis liegt eine Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital vor.[485] Vor diesem Hintergrund be-

---

[473] *Kestler/Striegel/Jesch*, NZI 2005, 417 (422).
[474] BGH, Urteil vom 04.03.1996, Az II ZB 8/95, BGHZ 132, 141 (155).
[475] *Söhner,* Gläubigerschutz und Anlegerschutz vor Private-Equity- und Hedgefonds, S. 51.
[476] *Diffring,* Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 30.
[477] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.213.
[478] *Diffring,* Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 30.
[479] *Redeker,* BB 2007, 673 (679).
[480] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.213.
[481] *Rödding/Bühring,* DStR 2009, 1933 (1940).
[482] *Aleth/Böhle,* DStR 2010, 1186 (1188).
[483] *Redeker,* BB 2007, 673 (679).
[484] *Redeker,* BB 2007, 673 (680).
[485] *Redeker,* BB 2007, 673 (680).

zeichnet *Diffring* auch diese alternative Gestaltung als Debt-Equity-Swap.[486] Mit Rücksicht auf die mit dem klassischen Debt-Equity-Swap verbundenen Rechtsfragen sollte jedoch dieser Terminus technicus der Gestaltung über Forderungsverzicht gegen Kapitalerhöhung vorbehalten bleiben.

cc) Die Aufrechnung

Wählen die Parteien nicht den Weg der Sachkapitalerhöhung, sondern vereinbaren eine Barkapitalerhöhung, schuldet der Inferent eine Bareinzahlung. Vor diesem Hintergrund weisen *Lettau/Teyatnykov* darauf hin, dass der Gläubiger mit seiner Darlehensforderung gegen die Einlageforderung aufrechnen könne.[487] Dieser Vorschlag ist mit dem Recht der GmbH und der AG nicht vereinbar.

(1) Die Aufrechnung durch den Gesellschafter

(a) Die Rechtslage bei der GmbH

Gegen die Gesellschafts-Forderung auf Erbringung der Einlage kann der Gesellschafter grundsätzlich nicht aufrechnen (§§ 56 II, 19 II 2 GmbHG). Ausnahmsweise lässt das Gesetz eine Aufrechnung zu. Dies ist der Fall, wenn der Gesellschafter mit einer Forderung aufrechnet, die aus der Überlassung von Vermögensgegenständen herrührt, und deren Anrechnung auf die Einlageverpflichtung nach § 5 IV 1 GmbHG vereinbart worden ist (§§ 56 II, 19 II 2 GmbHG). Aufgrund der nur entsprechenden Anwendung von § 5 IV 1 GmbHG ist unter „Vereinbarung" im Zusammenhang des § 56 II GmbHG eine Festsetzung im Wege eines Kapitalerhöhungsbeschlusses zu verstehen.[488] §§ 56 II, 19 II 2 GmbHG betrifft damit den Fall der im Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzten Sachübernahme, denn es geht um eine Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen.[489] Die Sachübernahme besteht darin, dass dem Gesellschafter – ausnahmsweise – gestattet wird, die Bareinlagepflicht durch Aufrechnung mit einer Forderung zu erfüllen, die aus der Überlassung eines Sachwerts an die Gesellschaft stammt.[490]

Rechnet der Gesellschafter entgegen dem Verbot auf, ist die Aufrechnung unwirksam und die Einlageforderung besteht fort.[491]

Dieses Ergebnis erscheint im Lichte von § 19 IV GmbHG zweifelhaft. Hätte der Gesellschafter mit seiner Forderung nicht aufgerechnet, sondern als datio in solutum in die Gesellschaft eingebracht, läge eine verdeckte Sacheinlage vor. Dann käme es gesetzlich zur Anrechnung des werthaltigen Teils der Forderung (§ 19 IV 3 GmbHG). Eine

---

[486] *Diffring,* Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 30.
[487] *Lettau/Teyatnykov,* NJOZ 2009, 1573 (1583).
[488] *Zöllner/Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 56 GmbHG Rn. 19.
[489] *Gogger,* in: Gogger, Insolvenzgläubiger-Handbuch, 3. Aufl. 2011, § 3, Rn. 371.
[490] *Gogger,* in: Gogger, Insolvenzgläubiger-Handbuch, 3. Aufl. 2011, § 3, Rn. 371.
[491] *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 19 GmbHG, Rn 32.

Zuwiderhandlung gegenüber dem Aufrechnungsverbot würde stärker sanktioniert als ein Verstoß gegen die Vorschriften der Sacheinlage. Daher müsse eine unzulässige Aufrechnung zumindest zur Anrechnung führen.[492]

Dem ist aber nicht zu folgen.[493] § 19 IV GmbHG ist eine Ausnahmevorschrift, die eng auszulegen ist. Die Aufrechnung des Gesellschafters ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Demgegenüber betrifft § 19 IV GmbHG mit der verdeckten Sacheinlage ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, an dem auch der Geschäftsführer der GmbH beteiligt ist.[494]

(b) Die Rechtslage bei der AG

Nach § 66 I 2 AktG kann der Aktionär nicht gegen die Einlageforderung der AG (§ 54 I AktG) aufrechnen. Das Aufrechnungsverbot hat gegenüber den Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage (§ 27 III AktG) eigenständige Bedeutung.[495]

Die Regeln der verdeckten Sacheinlage stellen die dingliche Wirkung der Aufrechnung als Verfügungsgeschäft an sich nicht in Frage.[496] Gleichwohl werden die von der Aufrechnung bewirkten Rechtsfolgen durch § 27 III 3 AktG entscheidend modifiziert: die Einlageforderung erlischt nur insoweit, als die Gesellschafter-Forderung werthaltig ist.

Das Aufrechnungsverbot des § 66 I 2 AktG schließt jedoch die Wirksamkeit der Aufrechnung kategorisch aus. Die Forderungen stehen sich auch nach erklärter Aufrechnung ohne Veränderung gegenüber.[497] Der Gesellschafter bleibt Forderungsinhaber. Konsequenterweise unterbleibt eine Anrechnung nach § 27 III 3 AktG. Zweck des § 66 I 2 AktG ist die Sicherstellung der realen Kapitalaufbringung.[498] Dem Aktionär soll die Möglichkeit genommen werden, mit einer wertlosen Forderung seine Einlagenverpflichtung zu erfüllen. Ein solches Vorgehen könnte der Vorstand nicht verhindern. Ihm kommt das Gesetz zu Hilfe.

(2) Die Aufrechnung durch die Gesellschaft

(a) Grundsätzliche Möglichkeit der Aufrechnung

(aa) Die Rechtslage bei der GmbH

Die Aufrechnung durch die Gesellschaft unterliegt zwar nicht dem Verbot der §§ 56 II, 19 II 2 GmbHG.[499] Doch ist der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung zu beachten. Die Einlage der Forderung muss offengelegt werden. Die Forderung ist auf ihre Werthaltigkeit zu kontrollieren. Aus diesen Gründen kann eine Forderung nur im Zuge der

---

[492] *Gsell,* BB 2007, 2241 (2245).
[493] *Gehrlein,* Der Konzern 2007, 771 (784).
[494] *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 19 GmbHG, Rn 32.
[495] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn. 121.
[496] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn. 122.
[497] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn. 122.
[498] *Hüffer,* in: Hüffer, Aktiengesetz, 10. Aufl., 2012, § 66 AktG, Rn. 5.
[499] *Zöllner/Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 56 GmbHG Rn. 20.

Sacheinlage eingebracht werden.[500] Es bedarf eines Kapitalerhöhungsbeschlusses nach § 56 I 1 GmbHG, in dem die Sachübernahme festgesetzt wird. Die Beschränkung der Aufrechnung in §§ 56 II, 19 II 2 GmbHG finden auch auf die Gesellschaft Anwendung, wenn eine Festsetzung als Sacheinlage geboten war, aber nicht durchgeführt wurde.[501]

(bb) Die Rechtslage bei der AG

Schwintowski entnimmt dem Wortlaut des § 66 I 2 AktG ein generelles Aufrechnungsverbot, das sowohl eine Aufrechnung seitens der Gesellschaft als auch seitens des Gesellschafters erfasse.[502] Der Wortlaut „Gegen eine Forderung der Gesellschaft nach den §§ 54 und 65 AktG ist die Aufrechnung nicht zulässig" sei „völlig neutral".[503] Eine Aufrechnung sei „generell nicht zulässig, ganz gleich von wem sie ausgeht".[504] Dem ist nicht zu folgen. Der Wortlaut bezieht sich ausdrücklich auf eine Aufrechnung „gegen" die Einlageforderung. Der Wortlaut von § 393 BGB „Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig" wird dahingehend verstanden, dass der Täter einer unerlaubte Handlung gegen die Schadenersatz-Forderung des Verletzten nicht aufrechnen kann.[505] Die Forderung aus unerlaubter Handlung ist die Hauptforderung, gegen die der Täter mit einer eigenen Forderung (Gegenforderung) aufrechnet.[506] Strukturell ist § 66 I 2 AktG ebenso zu verstehen. Die Hauptforderung, gegen die nicht aufgerechnet werden darf, ist die Einlageforderung. Die Einlageforderung ist aber nur aus Sicht des aufrechnenden Gesellschafters die Hauptforderung. Rechnet die Gesellschaft auf, ist die Einlageforderung die Gegenforderung. Die Gesellschaft rechnet nicht *gegen*, sondern *mit* der Einlagenforderung auf.

Das Aufrechnungsverbot des § 66 I 2 AktG gilt demnach nicht für Aufrechnungen der Gesellschaft.[507] Das Aufrechnungsverbot des Aktionärs statuiert den Grundsatz, dass verdeckte Sacheinlagen verboten sind.[508] Denn der Weg, den das Gesetz für die Zuführung von Kapital vorsieht, ist die (offene) Sacheinlage. Eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen einen Kapitalerhöhungsbeschluss mit folgenden Festsetzungen voraus: Gegenstand der Sacheinlage, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, der Nennbetrag, bei Stückaktien die Zahl der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien (§ 183 I 1 AktG).

---

[500] OLG Celle, Urteil vom 16. 11. 2005 , Az 9 U 69/05, GmbHR 2006, 433 (433)
[501] *Bayer,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 19 GmbHG, Rn 28.
[502] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 288.
[503] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 288.
[504] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 288.
[505] *Schlüter,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 393 BGB, Rn. 1.
[506] *Schulze,* in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., 2012, § 393 BGB, Rn. 1.
[507] *Solveen,* in: Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl., 2011, § 66 AktG, Rn. 8.
[508] *Cahn,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 66 AktG, Rn. 21.

(b) Die Vollwertigkeit der aufzurechnenden Forderung

Die Forderung des Gesellschafters muss fällig, liquide und vollwertig sein. Die Forderung ist vollwertig, wenn ihr objektiver Wert so hoch ist wie ihr Nennwert.[509] Der objektive Wert ist der Wert, der bei einer Veräußerung der Forderung an einen Dritten erzielt werden kann.[510] Rechnet die Gesellschaft gegen eine nicht vollwertige Forderung auf, führt das bei wirtschaftlicher Betrachtung zu einer Befreiung von der Einlagepflicht.[511] Dies ist verboten (§ 19 II 1 GmbHG). Die Einlagepflicht würde in voller Höhe erlöschen, obwohl der Gegenstand, den der Gesellschafter dem Gesellschaftsvermögen zugeführt hat, weniger wert ist. Das Erfordernis der Fälligkeit ergibt sich aus § 387 BGB. Die Forderung ist liquide, wenn zum einen in Grund und Höhe unbestritten ist und zum anderen auch durchsetzbar ist.[512]

Die AG kann gegen die Forderung aufrechnen, wenn sie vollwertig, fällig und liquide ist.[513] Es muss sichergestellt sein, dass der Gesellschaft der volle Wert der Einlagenforderung auch wirklich zufließt.[514] Das allgemeine Verbot der Befreiung von Einlageleistungen (§ 66 I 1 AktG) muss auch bei der Aufrechnung Anwendung finden.[515]

(c)Die Aufrechnung gegen eine Altforderung des Gesellschafters

(aa) Die Aufrechnung der GmbH

Bei Kapitalerhöhung bereits bestehende Gesellschafterforderungen dürfen nicht aufgerechnet werden.[516] Darunter fallen Gesellschafterdarlehen. Denn ein bestehendes Gesellschafterdarlehen ist tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage. Nur im Wege der Sacheinlage darf das Gesellschafterdarlehen Verwendung finden zur Erfüllung der Einlageforderung. Nur so wird den Publizitätsanforderungen entsprochen: die Vermögensumschichtung wird offen gelegt und nach außen wird nicht der unzutreffende Anschein gesetzt, dass der Gesellschaft neues Barkapital zufließt.[517]

Es stellt sich die Frage, ob in dieser Situation eine Anrechnung nach § 19 IV GmbHG analog erfolgen kann. § 19 IV GmbHG ist jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar, wenn es an einer „im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede“ (§ 19 IV 1 GmbHG) fehlt.

---

[509] *Märtens,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 19 GmbHG, Rn. 97.
[510] *Märtens,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 19 GmbHG, Rn. 97.
[511] *Märtens,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 19 GmbHG, Rn. 96.
[512] *Ebbing*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 19 GmbHG, Rn. 62.
[513] *Cahn,* in: Spindler/Stilz, § 66 AktG, Rn 30.
[514] *Wiesner,* in MünchHdb AG, § 16 Rn 28.
[515] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 27 AktG, Rn. 124.
[516] BGH, Urteil vom 16. 2. 2009, Az II ZR 120/07.
[517] *Ebbing, in:* Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 19 GmbHG, Rn 87.

Rechnet die Gesellschaft dennoch gegen eine nicht vollwertige Gesellschafterforderung auf, erlischt die Einlageforderung in analoger Anwendung von § 19 IV 3 GmbHG in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung.[518]

Gegen eine analoge Anwendbarkeit spricht, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter gegen seinen Willen die Forderung nehmen kann, und zwar unter Nennwert.[519]

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass aus Wertungsgesichtspunkten ein Gleichlauf mit den Fällen der verdeckten Sacheinlage herzustellen ist.[520] Eine Versagung der Anrechnung würde zu Wertungswidersprüchen führen.[521] Im Fall der verdeckten Sacheinlage (§ 19 IV 1 GmbHG) umgehen Gesellschaft und Gesellschafter bewusst die Regeln der Sacheinlage; dennoch kommt es zu einer Anrechnung (§ 19 IV 3 GmbHG). Wenn die Gesellschaft gegen eine nicht werthaltige Gesellschafterforderung aufrechnet, ohne dass dies Gegenstand des Kapitalerhöhungsbeschlusses war (§ 56 I 1 GmbHG), liegt keine verdeckte Sacheinlage vor, wenn es an einer Vorabsprache fehlt.[522] Doch ist beiden Konstellationen gemeinsam, dass dem Vorgehen der Beteiligten der Vorwurf zu machen ist, dass die Vorschriften über Sacheinlagen umgangen wurden.[523] Das ordnungsmäßige Verfahren in Gestalt einer Barkapitalerhöhung unter Offenlegung der Sachübernahme ist nicht gewahrt.[524] Der Gläubigerschutz, den die Regeln der Sacheinlage im Blick haben, ist nicht zum Zuge gekommen.[525]

(bb) Die Aufrechnung der AG

Wenn im Zeitpunkt der Entstehung der Einlageforderung die Gesellschafterforderung bereits bestand, ist die Aufrechnung verboten.[526] Denn die Forderung des Gesellschafters soll nach der Konzeption des Gesetzes der Gesellschaft im Wege der Sacheinlage zugeführt werden (§§ 183, 27 AktG).[527] Die Regeln der Sacheinlage würden umgangen, wenn im ersten Schritt eine Bareinlageverpflichtung geschaffen und im zweiten Schritt mit einer bestehenden Gegenforderung aufgerechnet wird.[528]

Die Publizität der Sacheinlage ist auch bei der Aufrechnung der AG zu beachten. Potentiellen Investoren darf kein falsches Bild der Gesellschaft vermittelt werden. Wird eine tatsächlich ins Werk gesetzte Sacheinlage als Bareinlage präsentiert, ergibt sich für einen außenstehenden Dritten der Anschein, der Einlegende habe der Gesellschaft

---

[518] *Veil,* ZIP 2007, 1241 (1246); *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2085).
[519] *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 19 GmbHG Rn. 53.
[520] *Bayer,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 19 GmbHG Rn. 66.
[521] *Märtens,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 19 GmbHG, Rn. 108.
[522] *Märtens,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 19 GmbHG, Rn. 110.
[523] Vgl. BGH, Urteil vom 16.02.2009, Az II ZR 120/07, BGHZ 180, 38.
[524] Vgl. *Hermanns,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 56 GmbHG, Rn. 7.
[525] Vgl. BGH, Urteil vom 16.02.2009, Az II ZR 120/07, BGHZ 180, 38.
[526] *Bayer,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 66 AktG, Rn. 51.
[527] BGH, Urteil vom 18.02.1991, Az II ZR 104/90, BGHZ 113, 335 (341).
[528] *Bayer,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 66 AktG, Rn. 51.

werthaltige Mittel zugeführt.[529] In Wirklichkeit hat er aber nur eine nicht mehr werthaltige Forderung hingegeben. Dem muss durch Anwendung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage gegengesteuert werden.[530]

Sind die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage erfüllt, ist auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Aktionärs der Wert des Vermögensgegenstandes anzurechnen (§ 27 III 3 AktG).[531] Eine nicht mehr voll werthaltige Forderung ist demnach zu Teilwert anzurechnen. Diese Grundsätze müssen auch dann zum Einsatz kommen, wenn die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage (§ 27 III 1 AktG) nicht gegeben sind. Eine verdeckte Sacheinlage setzt eine Abrede voraus (§ 27 III 1 AktG). An einer derartigen Abrede fehlt es bei der einseitigen Aufrechnung der Gesellschaft. Es wäre widersprüchlich, wenn bei nachweisbarer Abrede eine Anrechnung der Forderung zum Teilwert möglich ist, während bei Fehlen einer Abrede keine Anrechnung erfolgen kann.[532] Die verdeckte Sacheinlage würde günstiger behandelt.[533] Das ist nicht hinzunehmen. Die Verrechnung nach § 27 III 3 AktG muss auch außerhalb der verdeckten Sacheinlage zum Einsatz kommen. Dafür streitet auch das Befreiungsverbot des § 66 I 1 AktG.[534]

(3) Der Aufrechnungsvertrag

(a) Der Aufrechnungsvertrag mit einer GmbH

Verboten ist die Verrechnung der Forderung des Gesellschafters mit der Einlageforderung, ohne dass im Kapitalerhöhungsbeschluss nach §§ 56 I 1 GmbHG der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteils bezeichnet sind.[535] Die einvernehmliche Aufrechnung im Zuge eines Aufrechnungsvertrags zwischen Gesellschafter und Gesellschaft ist möglich, wenn die Forderung des Gesellschafters vollwertig, fällig und liquide ist.[536]

Ansonsten sind die Regeln der verdeckten Sacheinlage (§ 19 IV GmbHG) analog anzuwenden.[537] Die analoge Beiziehung von § 19 IV 3 GmbHG im Fall der fehlenden Werthaltigkeit der Forderung ist möglich, weil der Gesellschafter nicht unverhältnismäßig belastet wird. Er ist Partei am Aufrechnungsvertrag. So ist ausgeschlossen, dass ihm gegen seinen Willen die Forderung unter Nennwert genommen wird.[538]

---

[529] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, BGHZ 110, 47 (62).
[530] *Cahn,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 66 AktG, Rn. 32.
[531] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2085).
[532] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn. 124.
[533] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn. 124.
[534] Vgl. *Bayer,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 66 AktG, Rn. 34.
[535] *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 19 GmbHG, Rn. 51.
[536] BGH, Urteil vom 13. 10. 1954, Az II ZR 182/53, BGHZ 15, 52 (60).
[537] *Lieder,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2011, § 56 Rn. 109.
[538] *Lieder,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2011, § 56 Rn. 109.

(b) Der Aufrechnungsvertrag mit einer AG

Bei der AG ist eine Aufrechnungsvereinbarung immer dann zulässig, wenn die AG einseitig die Aufrechnung erklären darf. Das setzt zum einen eine fällige, liquide und vollwertige Gegenforderung des Aktionärs voraus; zudem darf kein Aufrechnungsverbot bestehen, wie das bei Altforderungen der Fall ist.[539] Rechnet die Gesellschaft dennoch auf, sind aus Wertungsgesichtspunkten die Regeln der verdeckten Sacheinlage (§ 27 III 3 AktG) analog anzuwenden.[540]

b) Die Bewertung der Forderung im Zuge der Sacheinlage

Beim klassischen Debt-Equity-Swap sind bei der vorzunehmenden Sachkapitalerhöhung die Regeln der Kapitalaufbringung zu beachten. Diese Vorschriften verfolgen zwei Ziele: zum einen stellen sie sicher, dass die Sacheinlage vollständig erbracht wird (§§ 188 II 1, 36a II 1 AktG; §§ 56a, 7 III GmbHG).[541] Zum anderen kontrollieren sie, ob der Wert der Sacheinlage ausreicht, um die gesetzlichen Mindestanforderungen zu erfüllen (§§ 188 II 1, 36a II 3 AktG, §§ 57 II 1, 7 III GmbHG).[542] Die Vorschriften der Kapitalaufbringung stellen einen vom Gesetzgeber gewünschten Ausgleich zur Haftungsbeschränkung der Kapitalgesellschaften dar und sollen den Gläubigerschutz gewährleisten.[543]

Nach § 27 I 1 AktG versteht man unter Sacheinlagen Einlagen, die nicht durch Einzahlung des Ausgabebetrags der Aktien zu leisten sind. Diese Legaldefinition findet sinngemäß auch für die Sacheinlage in eine GmbH Anwendung.[544] Die Einbringung einer gegen die Objektgesellschaft gerichteten Forderung ist eine Sacheinlage.

In der wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft kann es dazu kommen, dass das Gesellschaftsvermögen nicht mehr ausreicht, die Schulden zu decken. Tritt dieser Fall ein, ist die Forderung nicht mehr voll werthaltig. Es stellt sich die Frage, in welcher Höhe die Forderung in die Gesellschaft eingebracht werden kann.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist auf den Nennbetrag der Forderung abzustellen. Richtigerweise ist die Forderung nur in Höhe des realen Werts tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage.

---

[539] *Bayer,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 66 AktG, Rn. 53.
[540] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn 124.
[541] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (598).
[542] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (598).
[543] *Vetter,* BB Die erste Seite 2006, Nr. 36.
[544] *Lieder,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2011, § 56 GmbHG Rn. 4.

aa) Die Bewertung zum Nennbetrag

(1) Teleologische Reduktion der Vorschriften zur Werthaltigkeitsprüfung

Um die Einbringung einer nicht werthaltigen Forderung zum Nennwert zu ermöglichen, wird die teleologische Reduktion der Bestimmungen über die Werthaltigkeitskontrolle bei Sacheinlagen (§§ 183, 27 AktG; 56 GmbHG) vorgeschlagen.[545] Der Schutzbereich dieser Vorschriften erstrecke sich in erster Linie nicht auf die Gesellschafter. Die Gläubiger, die unzweifelhaft dem Schutzzweck der Vorschriften unterfallen, seien ihrerseits nicht benachteiligt.[546]

(2) Die Perspektive der Gesellschaft

Für die Maßgeblichkeit des Nennwerts spricht zunächst, dass die Forderung als solche nicht zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht werden kann.[547] Denn die Forderung erlischt durch Erlass (§ 397 I BGB), Verzicht (§ 397 II BGB) oder Konfusion infolge der Abtretung (§ 398 BGB). Gegenstand der Sacheinlage ist vielmehr der Vorgang als solches: der Gläubiger befreit die Gesellschaft von der Verbindlichkeit.[548]
Welchen Wert die Forderung hat, bestimmt sich aus der Sicht der Gesellschaft; auf die Werthaltigkeit für den Gläubiger kommt es nicht an.[549] Für den Gläubiger hat die Überschuldung der Schuldner-Gesellschaft zur Folge, dass die Forderung nicht mehr voll werthaltig ist. In der Bilanz des Gläubigers ist eine Abschreibung vorzunehmen. Das korreliert aber nicht mit der Behandlung der Verbindlichkeit auf Seiten des Schuldners.[550] In der Bilanz des Schuldners bleibt die Verbindlichkeit mit dem Nennbetrag stehen. Aus der Perspektive der Gesellschaft stellt sich die Sacheinlage als Befreiung von der Verbindlichkeit dar. In der Bilanz der Gesellschaft war die Verbindlichkeit zum notwendigen Erfüllungsbetrag auszuweisen (§ 253 I 2 HGB). Das ist der Rückzahlungsbetrag. Dieser entspricht dem Nominalwert der Verbindlichkeit.[551] Für die Gesellschaft stellt sich die Forderung als vollwertig dar.[552] Dass die Gesellschaft von der Verbindlichkeit befreit wird, ist für diese mit einem Vorteil in Höhe des Nennbetrags verbunden. Dann erscheint es konsequent, die jungen Aktien oder die neuen Geschäftsanteil zum Betrag des Nennwerts der Verbindlichkeit auszugeben.[553]

---

[545] *Cahn/Simon/Theiselmann,* CF law 2010, 238 (249).
[546] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2090).
[547] *Hoffmann,* BB 1992, 575 (576).
[548] *Cahn/Simon/Theiselmann,* CF law 2010, 238 (244).
[549] *Cahn/Simon/Theiselmann,* CF law 2010, 238 (243).
[550] *Schall,* ZGR 2009, 126 (148 f).
[551] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2086).
[552] *Diffring,* Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 61.
[553] *Karollus,* ZIP 1994, 589 (595).

(3) Die Benachteiligung der anderen Gläubiger

Der Gläubiger erfährt nach *Cahn/Simon/Theiselmann* durch die Bewertung der eingelegten Forderung mit dem Nennbetrag keinen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber den anderen Gesellschafts-Gläubigern.[554] Denn die Gesellschaft erhält durch die Befreiung von der Verbindlichkeit einen Vorteil, und zwar in Höhe des Nennbetrags der Verbindlichkeit: in dieser Höhe vergrößert sich das Eigenkapital. Die Verbindlichkeit ist in der Bilanz zum Nominalwert zu passivieren. In dieser vollen Höhe erlangt die Gesellschaft eine Schuldbefreiung. Für die Ausgabe des Gesellschaftsanteils erhält sie einen Gegenwert in Gestalt des Wegfalls der Verbindlichkeit.[555]

Das vermehrte Eigenkapital verstärkt die Haftungssubstanz der Gesellschaft, so dass sich die Chance der übrigen Gläubiger auf Befriedigung verbessere.[556] Wenn die Forderung in Höhe des Nennbetrags bei der Kapitalerhöhung berücksichtigt werde, komme das auch dem Gläubigerschutz zugute. Würde nur der werthaltige Teil der Forderung in die Kapitalerhöhung einbezogen, würde der überschießende Betrag entweder als Ertrag in der Gewinn- und Verlustrechnung gebucht werden oder in die Rücklagen eingestellt werden. Dafür kommen die Agio-Rücklage (§ 272 II Nr. 1 HGB) oder die Zuzahlungsrücklage (§ 272 II Nr. 4 HGB) in Betracht. Diese Rücklagen sind grundsätzlich nicht von den Vorschriften der Kapitalerhaltung erfasst; lediglich § 150 AktG sieht für die Agio-Rücklage bestimmte Verwendungsbeschränkungen vor. Findet die Forderung zum Nennbetrag Eingang in die Kapitalerhöhung, ist der Betrag demgegenüber vor Ausschüttung sicher.[557]

Durch den Debt-Equity-Swap vermindern sich die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Höhe des Nennbetrags der eingebrachten Forderung; korrespondierend erhöht sich das Eigenkapital. Die Mehrung des Eigenkapitals soll nach dieser Auffassung in voller Höhe als Leistung auf die Einlageforderung der Gesellschaft gewertet werden.[558]

(4) Die Doppelstellung als Gläubiger und Gesellschafter

Nach *Karollus* müsse nur dann, wenn Gegenstand der Sacheinlage eine Forderung gegen einen Dritten sei, geprüft werden, in welcher Höhe die Forderung werthaltig sei.[559] Denn in diesem Fall komme es im Zuge der Einlage nicht zum Erlöschen der Forderung. Sie bestehe weiter; ihr Wert korreliere mit dem Betrag, den der Schuldner zur Erfüllung der Verbindlichkeit voraussichtlich zu leisten imstande sei.[560]

---

[554] *Cahn/Simon/Theiselmann,* CF law 2010, 238 (238 f).
[555] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2086).
[556] *Cahn/Simon/Theiselmann,* CF law 2010, 238 (244).
[557] *Cahn/Simon/Theiselmann,* CF law 2010, 238 (245).
[558] *Cahn/Simon/Theiselmann,* CF law 2010, 238 (245).
[559] *Karollus,* ZIP 1994, 589 (595).
[560] *Diffring,* Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 61.

Sei Schuldner der Forderung ein Dritter, sei zu klären, ob der Gesellschaft in Gestalt der Forderung überhaupt ein werthaltiger Vermögensgegenstand zugeführt werde. Sei der Gläubiger gleichzeitig Schuldner der Sacheinlage, stehe demgegenüber ein Passivtausch in Rede. Bei Vornahme des Debt-Equity-Swap sei die Verbindlichkeit bei der Objektgesellschaft bereits passiviert. Durch den Wegfall der Verbindlichkeit werde der Schuldner-Gesellschaft ein Wert zugeführt, der im Nominalwert der Verbindlichkeit zum Ausdruck komme.[561]

(5) Der Ausgabebetrag

Wird eine nicht werthaltige Forderung zum Nominalwert als Erfüllung der Einlageverpflichtung angenommen, könnten nach *Wansleben* die anderen Gesellschafter dadurch geschützt werden, dass der Ausgabebetrag „angemessen" bestimmt wird. Ein „Aufpreis" – gemeint ist wohl ein Agio bzw. Aufgeld – soll also die fehlende Werthaltigkeit der Sacheinlage kompensieren.[562]

bb) Die Bewertung zum realen Wert

Richtigerweise kann eine Darlehensforderung nur in Höhe des werthaltigen Teils in einen Gesellschaftsanteil umgewandelt werden.[563] Nur eine solche Sichtweise ist mit der Funktion der Kapitalerhöhung zu vereinbaren. Das neue Nennkapital muss aufgebracht werden.[564] Der Gesellschaft müssen Vermögensgegenstände zugeführt werden. Das ist prima facie beim Forderungsverzicht nicht der Fall. Gewöhnlicherweise führt eine Einlage zur Bilanzverlängerung; in der Sonderkonstellation des Forderungsverzichts kommt es dagegen nur zum Passivtausch.

(1) Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung

Die Einbringung einer Forderung im Zuge des Debt-Equity-Swap ist eine Sacheinlage. Das Registergericht hat zu kontrollieren, ob der Wert der Sacheinlage den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestbetrag erreicht (§§ 188 II 1, 36a II 3 AktG, §§ 57 II 1, 7 III GmbHG).

Die Kapitalaufbringung erfordert bei der Sacheinlage, dass der Einlagegegenstand real geleistet wird. Dies ist dann der Fall, wenn er in die Verfügungsgewalt der zuständigen Gesellschaftsorgane gelangt.[565] Das Erfordernis der freien Verfügbarkeit statuiert das AktG zwar nur für die Bareinlage (§§ 188 II 1, 37 I 2 AktG). Doch ist auch die Sacheinlage nach § 36a II 1 AktG erst dann vollständig geleistet, wenn der Gegenstand der Leistung im Wege einer Vollrechtsübertragung auf die Gesellschaft überge-

[561] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2086).
[562] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2087).
[563] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, BGHZ 110, 47.
[564] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., 2006, Kapitel N, Rn. 75.
[565] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (594).

gangen ist und „zur freien Verfügung des Vorstands steht“ (§ 37 I 2 AktG).[566] Bezüglich der GmbH verlangt §§ 56a, 7 III GmbHG, dass die Sacheinlagen so an die Gesellschaft zu bewirken sind, dass sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen.

Die Regeln der Kapitalaufbringung stellen sicher, dass die Sacheinlage vollständig erbracht wird (§§ 188 II 1, 36a II 1 AktG; §§ 56a, 7 III GmbHG). Diese Kontrolle betrifft den Vorgang der Sacheinlage.[567] Doch erfasst die Kapitalaufbringung auch das Ergebnis; erforderlich ist, dass der Wert der Sacheinlage einen gewissen Mindestbetrag abdeckt (§§ 188 II 1, 36a II 3 AktG; §§ 57 II 1, 7 III GmbHG).[568]

(2) Der Grundsatz der Kapitalerhaltung

Würde die Gesellschaft die Gesellschafter-Forderung berichtigen und müssten zu diesem Zweck Mittel zum Einsatz kommen, die der Erhaltung des Stammkapitals dienen, wäre eine Zahlung an den Gesellschafter unzulässig (§ 30 I GmbHG).[569] Die Forderung des Gesellschafters existiert. Doch ist die Gesellschaft von Gesetzes wegen daran gehindert, sie zu erfüllen. Die Forderung, die – in der Krise der Gesellschaft – wirtschaftlich auf eine Auszahlung von Mitteln abzielt, die durch § 30 I GmbHG geschützt sind, darf nicht zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht werden.[570] Das Erlöschen der Forderung würde die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit befreien, die ohnehin nicht durchsetzbar ist.[571]

Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bewirken, dass die Forderung nur insoweit in einen Gesellschaftsanteil umgewandelt werden kann, als die Gesellschaft zu ihrer Erfüllung imstande ist,[572] d.h. in Höhe des werthaltigen Teils.[573]

(3) Der zugeführte Vermögenswert

Es stellt sich die Frage, was nach Einbringung der Forderung zur Disposition des Geschäftsführers bzw. des Vorstands steht. Die Forderung als solche kommt nicht in Betracht, denn sie erlischt durch Konfusion. Relevant ist vielmehr dasjenige Aktivvermögen, über das der Geschäftsführer bzw. Vorstand nicht verfügen konnte, weil es zur Deckung von Schulden gebraucht wurde (§ 92 II 1, 1 AktG, § 64 S.1, 2 GmbHG).[574] Infolge des Forderungsverzichts kann die Gesellschaft über diese Mittel nun wieder disponieren.

---

[566] *Döbereiner,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 36a AktG Rn. 9.
[567] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (598).
[568] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (598).
[569] *Hermanns,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 56 GmbHG, Rn. 54.
[570] *Hermanns,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 56 GmbHG, Rn. 54.
[571] *Priester,* in: FS Döllerer, S. 475 (484).
[572] *Beyer,* DStR 2012, 2199 (2201).
[573] *Breuer,* in: Münchener Kommentar Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2008, § 224 InsO, Rn. 14.
[574] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (594).

Im Gefolge der Befreiung von der Verbindlichkeit sind in der Bilanz Aktivposten nicht mehr dadurch gebunden, dass sie die Verbindlichkeit decken müssen.[575] Die Bilanz wird von einem Passivposten befreit;[576] diese Verbindlichkeit hätte die Gesellschaft sonst befriedigen müssen.[577] Bei wirtschaftlicher Betrachtung stellt sich der Forderungsverzicht als Zuführung von Vermögensgegenständen dar.[578] Es kommt zu einem „faktischen Mittelzufluss".[579]

(4) Die Deckungsquote

Der Wert der Sacheinlage ergibt sich aus der Deckungsquote. Zu fragen ist nach dem Verhältnis von Vermögen und Schulden der Gesellschaft. Demgegenüber ist der Nennwert der Forderung nicht aussagekräftig. Die Vorschriften der Kapitalaufbringung werden aber nicht beachtet, wenn die Forderung in Höhe des Nennwerts zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht werden kann. Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung verlangt, dass die Gesellschaft in der Lage ist, die einzubringende Forderung bezahlen zu können.

Wird die Forderung zum Nennwert eingebracht, obwohl kein ausreichendes Deckungskapital vorhanden ist, fehlt es an der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit zur üblichen Sacheinlage: damit das Erlöschen der gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung als Zuführung eines Vermögensgegenstandes gewertet werden kann, ist erforderlich, dass die Gesellschaft ausreichend Aktiva zur Deckung der in Rede stehenden Verbindlichkeit vorhält[580]. Ist dem nicht so, werden durch den bilanziellen Wegfall der Forderung nicht ausreichend Aktiva frei gesetzt, dass mit Blick auf den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung der Vorgang als „Zuführung von Vermögensgegenständen" betrachtet werden kann.[581]

Die Leistung auf die Sacheinlageforderung der Gesellschaft hat nur befreiende Wirkung, wenn die gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung vollwertig und liquide ist.[582] Die Forderung kann nur dann zum Nennwert Gegenstand einer Sacheinlage sein, wenn die Gesellschaft in der Lage ist, alle ihre Verbindlichkeiten zu begleichen.[583] Bei einer überschuldeten Gesellschaft kann die Forderung nur insoweit eingebracht werden, als sie werthaltig ist. Das bestimmt sich nach der Deckungsquote.[584] Diese ermittelt sich aus der Relation von Vermögen und Schulden der Gesellschaft.

---

[575] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (593).
[576] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.208.
[577] *Hermanns,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 56 GmbHG, Rn. 45.
[578] Vgl. BFH, Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.
[579] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.208.
[580] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, NJW 1990, 982.
[581] *Priester,* DB 2010, 1445 (1447).
[582] BGH, Beschluss vom 7. 7. 1997, Az II ZR 221/96, DStR 1997, 1257.
[583] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2084).
[584] *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2084).

Nach einer Auffassung bestimmt sich das Aktivvermögen der Gesellschaft aus der Bilanz, so dass auf die fortgeführten Buchwerte der Vermögensgegenstände abzustellen ist.[585] Dem wird entgegengehalten, dass auch die stillen Reserven Eingang in die Deckungsquote finden müssen.[586]

(5) Das Prinzip der funktionellen Äquivalenz

Nur Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist, können der Gesellschaft im Wege der Sacheinlage zugeführt werden (§ 27 II AktG). Diese Vorschrift enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken, der über das Aktienrecht hinaus Geltung für das gesamte Recht der Kapitalgesellschaften hat.[587] Die Sacheinlage ist ein funktionelles Äquivalent zur Bareinlage (Prinzip der funktionellen Äquivalenz).[588] Die Sacheinlage findet ihre Bestimmung darin, die wirtschaftliche Grundlage der Gesellschaft zu bilden und den Gläubigern ein Haftungssubstrat zu schaffen.[589] Geeignet für die Sacheinlage sind demnach alle Gegenstände, die einen feststellbaren wirtschaftlichen Wert haben.[590] Die Sacheinlage muss einen realen Vermögenszufluss bewirken.[591] Ziel ist, dass dem Betriebsvermögen eine vermögenswerte Rechtsposition hinzugefügt wird.[592] Bei der Einbringung einer Gesellschafterforderung in eine überschuldete Gesellschaft besteht die atypische Konstellation, dass die Werthaltigkeit des Gegenstandes der Sacheinlage nach der Vermögenslage der Gesellschaft zu beurteilen ist.[593]

Allein die Tatsache, dass ein Passivposten aus der Bilanz wegfällt, genügt den Voraussetzungen der realen Kapitalaufbringung nicht. Die Gesellschaft bildet allein durch den Forderungsverzicht des Gesellschafters kein „echtes Haftkapital".[594] Das Prinzip der funktionellen Äquivalenz verlangt, dass der Vermögensgegenstand wirklich überlassen wird.[595] Eine Ausnahme ist nur zulässig, wenn die reale Kapitalaufbringung dennoch gewährleistet ist. Dies ist der Fall, wenn die Forderung des Gesellschafters vollwertig ist.[596] Eine hypothetische Geltendmachung des Anspruchs hätte nämlich in voller Höhe die Liquidität der Gesellschaft belastet.[597]

---

[585] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (600).
[586] *Priester,* DB 2010, 1445 (1448).
[587] *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 63.
[588] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn. 188.
[589] *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 63.
[590] *Hüffer,* in: Hüffer, Aktiengesetz, 10. Aufl., 2012, § 27 AktG, Rn. 16.
[591] *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 69.
[592] *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 69.
[593] *Ekkenga,* ZGR 2009, 581 (593).
[594] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.208.
[595] *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 91.
[596] *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., 2012, § 56 GmbHG, Rn. 3.
[597] *Zeidler*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 91.

(6) Die Kapitalherabsetzung

Der Bewertung der Sacheinlage mit dem realen Wert der eingebrachten Forderung lässt sich auch nicht das Instrument der Kapitalherabsetzung entgegenhalten. Denn die Herabsetzung des Nennkapitals zur Beseitigung der bilanziellen Überschuldung mit dem Ziel der Herstellung der Vollwertigkeit der gegen die Gesellschaft gerichteten Darlehensforderung ist zwar in der Praxis verbreitet, entspringt aber keiner rechtlichen Pflicht.[598]

(7) Die Regeln der verdeckten Sacheinlage

Verzichtet der Gesellschafter im Zuge des Debt-Equity-Swap auf seine Forderung, um damit eine Bareinlageverpflichtung zu erfüllen, kann liegt unter den Voraussetzungen von § 19 IV 1 GmbHG eine verdeckte Sacheinlage vor.[599] Die verdeckte Sacheinlage bewirkt keine Erfüllung der Einlageverpflichtung; diese besteht fort (§ 19 IV 3 GmbHG). Der werthaltige Teil der Forderung wird jedoch auf die Geldeinlagepflicht angerechnet (§ 19 IV 3 GmbHG). Für den Einlegenden ergibt sich eine Differenzhaftung.[600]

(8) Der Differenzhaftungsanspruch

Haben Gläubiger und Gesellschaft eine Sacheinlage vereinbart, muss die offene Sacheinlage den Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteils bzw. den geringsten Ausgabebetrag der zu gewährenden Aktien erreichen (§§ 56 II, 9 I 1 GmbHG; § 183 II, 27 III, 34 I Nr. 2 AktG). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung des tatsächlichen Werts der geleisteten Sacheinlage ist die Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister.[601] Bleibt der Wert hinter dem Nennbetrag zurück, ergibt sich in dieser Höhe ein Differenzhaftungsanspruch der Gesellschaft.[602]

(9) Der Schutz der Gläubiger

Zuzugeben ist, dass die gegenwärtigen Gläubiger der Gesellschaft durch die Einbringung der Forderung zum Nennwert nicht beeinträchtigt werden.[603]

Aber prospektive Gläubiger werden enttäuscht, und zwar in ihrer Erwartung, der Gesellschaft werde im Zuge der Kapitalerhöhung neue Vermögenswerte zugeführt.[604] Einem Dritten gegenüber erweckt die nach außen kommunizierte Kapitalerhöhung den Eindruck, der Gesellschaft erhalte von außen neues Kapital. Doch ist in Wahrheit nur das Gesellschaftsvermögen umgeschichtet worden. Der präventive Kapitalauf-

---

[598] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, NJW 1990, 982.
[599] BGH, Urteil vom 18.02.1991, Az II ZR 104/90, BGHZ 113, 335.
[600] *Eilers/Bühring,* Sanierungs-Steuerrecht, Rn. 3.209.
[601] *Zöllner/Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 56 GmbHG, Rn. 18.
[602] *Wirsch,* NZG 2010, 1131 (1133).
[603] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, NJW 1990, 982.
[604] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, NJW 1990, 982.

bringungsschutz verlangt daher, dass im Zeitpunkt der Forderungseinbringung eines Bewertung vorzunehmen ist.[605]

(10) Der Schutz der Gesellschafter

Wenn die jungen Aktien dem Nennwert der Darlehensforderung entsprechen, sind diejenigen Aktionäre, die nicht am Bezug der neu ausgegebenen Aktien teilhaben, schlechter behandelt, und zwar in Höhe des nicht werthaltigen Anteils der Forderung.[606]

Es kann auch nicht vorgebracht werden, dass die bisherigen Gesellschafter eine Vergünstigung dadurch erfahren, dass die im Debt-Equity-Swap umgewandelte Forderung im Fall von Insolvenz oder Liquidation ihrem Auszahlungsanspruch nicht mehr vorgehe. Diese Vergünstigung sei derart gewichtig, dass sie den Nachteil ausgleiche, dass die Forderung einerseits zum Nennwert eingebracht werde und andererseits der bisherige Gläubiger an Gewinn und Liquidationserlös der Gesellschaft partizipiere, und zwar anteilig auf Basis des Forderungsnennwerts. Dem ist entgegenzuhalten, dass in diesem Szenario zu viele zu unbestimmte Gesichtspunkte eine Rolle spielen, als dass generell gesagt werden kann, dass eine Forderungseinbringung zum Nennwert für die Gesellschafter mit keinem Nachteil verbunden sei. Das ergibt sich vielmehr aus einer Beurteilung der Spezifika des jeweiligen Einzelfalls.[607]

(11) Die Doppelstellung als Einlageschuldner und Gläubiger

Die Doppelstellung als Einlageschuldner und Gläubiger ist nur zufällig und rechtfertigt keine von den allgemeinen Grundsätzen der Bewertung von Sacheinlagen divergierende Behandlung.[608] Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Doppelstellung nicht zufällig sei, sondern „durch die bereits bei der Gesellschaft passivierte Forderung indiziert" werde. „Bei der Verrechnung mit einer Forderung des Inferenten [sei] der Gesellschaft bereits ein Wert zugeflossen […], der in der Bilanz voll passiviert" sei.[609] Das ist nicht zutreffend. Welchen Wert die Objekt-Gesellschaft durch den Wegfall der Verbindlichkeit erhält, bestimmt sich nach der Werthaltigkeit der Forderung. Ob das Zusammenfallen von Gläubigerstellung und Einlageschuldner zufällig oder indiziert ist, hat keine Bedeutung für den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung.

(12) Vereinbarung eines Agios

Dieser Weg kann für eine GmbH eingeschlagen werden, ist aber bei einer AG abzulehnen. Ein Agio bei der Sachenlage in eine GmbH ist nicht Teil des Differenzhaf-

[605] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, NJW 1990, 982.
[606] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, NJW 1990, 982.
[607] BGH, Urteil vom 15.01.1990, Az II ZR 164/88, NJW 1990, 982.
[608] *Lutter,* in: FS Stiefel, 1987, S. 505 (517).
[609] So aber: *Wansleben,* WM 2012, 2083 (2086).

tungsanspruchs (§ 9 I, § 56 II GmbHG).[610] Bei der AG ergibt sich ein anderes Bild: der Differenzhaftungsanspruch besteht zum einen, soweit der Wert der Sacheinlage hinter dem geringsten Ausgabebetrag zurückbliebt. Erfasst ist zum anderen das Aufgeld (§ 9 II AktG).[611] Das Agio ist Bestandteil des Ausgabebetrags und Inhalt der Leistungspflicht nach § 54 I AktG. Dass das Agio nicht in das gezeichnete Kapital, sondern in die Kapitalrücklage eingestellt wird, tut dem keinen Abbruch. Denn auch insoweit besteht die gläubigerschützende Ausschüttungssperre des § 150 AktG.[612] Die zwingenden Vorschriften der Kapitalaufbringung verlangen im Recht der AG bei der Sacheinlage eine Wertdeckung auch im Hinblick auf das Agio.[613] Die fehlende Werthaltigkeit der eingebrachten Forderung würde jedenfalls bei der AG zu einer Differenzhaftung des Inferenten führen. Der Differenzhaftungsanspruch erfasst die Summe aus Ausgabebetrag und Agio.

(13) Ergebnis

Richtigerweise ist bei der Einbringung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung auf den objektiven Wert der Forderung abzustellen; der in der Bilanz der Schuldner-Gesellschaft gebuchte Nominalwert muss außer Betracht bleiben. Der eingebrachte Sachwert und der ausgegebene Anteil müssen sich wertmäßig entsprechen.

2. Die Rechtslage beim Debt-Mezzanine-Swap

Die Forderung des Gläubigers gegen die Objektgesellschaft in der Krise ist nicht voll werthaltig. Fraglich ist, ob beim Debt-Mezzanine-Swap die Forderung nur in Höhe ihres werthaltigen Teils in Genussrechte umgewandelt werden kann.

a) Der reale Wert der Forderung

Lambrecht will den Forderungserlass gegen Erwerb von Anteilen (Debt-Equity-Swap) genau so behandeln wie den Forderungsverzicht gegen Erwerb eines Genussrechts (Debt-Mezzanine-Swap).[614] Das Genussrecht ist diesem Ansatz zufolge mit einem Nennwert in die Bilanz einzustellen, der dem werthaltigen Teil der Forderung entspricht:[615] „das Agio als Differenz soll wirtschaftlich die zusätzlich gewährten Options- bzw. Wandlungsrechte begründen, also quasi den Preis hierfür darstellen".[616] Dem ist nicht zu folgen. Ein Options- oder Wandelgenussrecht ist in der Bilanz wie

[610] *Bayer,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 9 Rn. 4.
[611] BGH, Urteil vom 06.12.2011, Az II ZR 149/10, BB 2012, 405.
[612] BGH, Urteil vom 06.12.2011, Az II ZR 149/10, BB 2012, 405.
[613] *Weng,* DStR 2012, 862 (863).
[614] *Lambrecht,* in: Rattunde, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Rn. 268.
[615] *Lambrecht,* in: Rattunde, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Rn. 268.
[616] *Lambrecht,* in: Rattunde, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Rn. 268 mit Verweis auf *Brühl/Lerche,* in: Brühl/Göpfert, Unternehmensrestrukturierung, 202.

eine Options- oder Wandelanleihe auszuweisen.[617] Ein gezahltes Agio ist der Kapitalrücklage analog § 272 II Nr. 2 HGB zuzuführen.[618] Doch gilt dies nur für ein Options- oder Wandelgenussrecht.[619] Erhält der Gläubiger ein „gewöhnliches" beteiligungsähnliches Genussrecht, funktioniert dieser Ansatz nicht. In diesem Fall ist das gezahlte Agio keine Gegenleistung für ein Options- oder Wandlungsrecht. Das entrichtete Agio ist dann in den Eigenkapitalposten „Genussrechtskapital" aufzunehmen; die Zuzahlung ist in einen Unterposten (§ 265 V 1 HGB) einzustellen oder mit einem „davon"-Vermerk zu versehen.[620]

Überdies unterscheidet sich der Debt-Equity-Swap fundamental vom Debt-Mezzanine-Swap, so dass die Argumentation, die beim Debt-Equity-Swap für eine Einbringung der Forderung in Höhe des werthaltigen Teils, nicht unbesehen übertragen werden kann.

b) Der Nennbetrag der Forderung

Beim Debt-Mezzanine-Swap ist die Forderung zum Nennwert in Genussrechtskapital umzuwandeln. Das entspricht den Interessen der Parteien. Außerdem werden weder gegenwärtige noch künftige Gläubiger oder Gesellschafter der Objektgesellschaft durch eine Nennwertanrechnung benachteiligt.

aa) Die Interessen der Parteien

Im Zuge des Debt-Mezzanine-Swaps verzichtet der Gläubiger auf seine Darlehensforderung. Stattdessen erhält er ein Genussrecht. Die Forderung auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals ist dabei nachrangig gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger. Die Nachrangvereinbarung ist in der Praxis die Regel, da nur sie die handelsbilanzielle Eigenkapital-Klassifikation des Genussrechts erreicht werden kann. Es ist fraglich, ob sich ein Gläubiger darauf einlassen würde, dass seine Forderung auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals nicht nur nachrangig sein, sondern überdies nur in Höhe des realen Werts der Darlehensforderung vereinbart werden soll. Bei einer hoch überschuldeten Objektgesellschaft käme dies wirtschaftlich einem Forderungsverzicht gleich. Eine solche Gestaltung dürfte daher einem Gläubiger nicht vermittelbar sein, insbesondere wenn er kein Gesellschafter, sondern ein außenstehender Dritter ist.

---

[617] *Habersack,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn. 355, Fn. 975.
[618] *Habersack,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2011, § 221 AktG, Rn. 355, Fn. 975.
[619] Zum Wandel- und Optionsrecht bei mezzaninen Finanzierungen: *Katzorke/Hirdes,* Fleischwirtschaft 2006, 52 (52).
[620] *Reiner,* in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2013, § 272 HGB, Rn. 100.

bb) Die gegenwärtigen Gläubiger

Wie beim Debt-Equity-Swap ist auch beim Debt-Mezzanine-Swap für gegenwärtige Gläubiger der Gesellschaft kein Nachteil damit verbunden, dass die Forderung zum Nennwert berücksichtigt wird. Denn die Einbringung in die Gesellschaft führt bei dieser zu keinerlei Liquiditätseinschränkungen, egal, ob sie in Nennkapital oder Genussrechtskapital umgewandelt wird. Die Stellung der bisherigen Gläubiger wird sogar verbessert.[621] Denn in einer Insolvenz würde der Gläubiger, der sich auf den Debt-Mezzanine-Swap eingelassen hat, im Rang nach allen anderen Gläubigern bedient. Sein Genussrechtskapital steht als Eigenkapital auf einer Stufe mit den Gesellschaftern.

cc) Die zukünftigen Gläubiger

Prospektive Gläubiger werden bei der Forderungseinbringung zum Nennwert im Rahmen des Debt-Equity-Swap darüber getäuscht, dass der Gesellschaft – anders als üblich im Zuge einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage – in Wahrheit keine neuen Vermögensgegenstände zugeführt werden. Anlass für die Werthaltigkeitskontrolle beim Debt-Equity-Swap ist der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung. Der klassische Debt-Equity-Swap ist mit einer Kapitalerhöhung verbunden. Dies ist beim Debt-Mezzanine-Swap nicht der Fall. Das Nennkapital der Gesellschaft wird durch die Vornahme des Debt-Mezzanine-Swap nicht berührt. Es kann demnach auch keine Erwartung der prospektiven Gläubiger enttäuscht werden, dass beim Debt-Mezzanine-Swap der Gesellschaft neue Vermögenswerte zugeführt werden.

Das Genussrechtskapital erscheint – abhängig von der Ausgestaltung der Genussrechtsbedingungen – in der Handelsbilanz als Eigenkapital. Insofern stellt sich das Genussrechtskapital als Haftungssubstrat der Gesellschaft dar. Allerdings handelt es sich dabei um Eigenkapital auf Zeit. Die Kapitalüberlassung erfolgt nicht dadurch, dass der Gesellschafter eine gesellschaftsrechtliche Einlage leistet. Beim Genussrecht wird das Kapital auf schuldrechtlicher Grundlage zur Verfügung gestellt.

Beyer ist der Ansicht, dass beim Debt-Mezzanine-Swap im Fall des beteiligungsähnlichen Genussrechts eine „Einlage in das gesellschaftsrechtliche Eigenkapital“ zu verneinen sei.[622] Das erscheint zu weitgehend. Zutreffend ist jedenfalls, dass der Genussrechtsinhaber beim Debt-Mezzanine-Swap keine gesellschaftsrechtliche Sacheinlage erbringt. Denn eine solche Einlage wäre in das gezeichnete Kapital zu leisten. Der Inferent erhielte als Gegenleistung einen Gesellschaftsanteil. Beides ist beim Debt-Mezzanine-Swap nicht der Fall.

---

[621] *Beyer,* DStR 2012, 2199 (2201).
[622] Beyer, DStR 2012, 2199 (2201).

Das Genussrechtskapital steht letztlich deswegen als Eigenkapital in der Bilanz, weil das die Informationsfunktion der Handels- und Steuerbilanz gebietet. In der Sache ist das Genussrechtskapital aber von originärem Eigenkapital zu unterscheiden. Originäres Eigenkapital verdankt seine Entstehung den Einlagen der Gesellschafter oder der Bildung von Rücklagen aus erwirtschafteten Gewinnen. Das Genussrechtskapital wird lediglich wie Eigenkapital behandelt, weil es in mehrerlei Hinsicht die Funktion von Eigenkapital erfüllt.

dd) Die anderen Gesellschafter

Beim Debt-Equity-Swap lässt sich aufgrund der Vielzahl der zu berücksichtigenden Faktoren nicht allgemein sagen, ob dessen Durchführung mit einem Vorteil oder Nachteil für die Liquiditätssituation der Gesellschaft verbunden ist. Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass die anderen Gesellschafter einen Nachteil dadurch erleiden, dass die Forderung zum Nennwert eingebracht wird. Denn der neue Gesellschafter erhält mit Anteilen zum Forderungsnennwert eine Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös. Die Vergütung des Genussrechtsinhabers steht in keinem Zusammenhang damit, welcher Anteil am Eigenkapital auf ihn entfällt. In den Genussrechtsbedingungen vereinbaren die Parteien, in welcher Art und Höhe die Vergütung für die Kapitalüberlassung ausgestaltet sein soll. So kann eine Beteiligung am Gewinn und/oder Liquidationserlös bestimmt werden. In welcher Höhe das Genussrechtskapital in der Handels- und Steuerbilanz ausgewiesen ist, hat darauf keinen Einfluss. Deshalb ist es ausgeschlossen, dass die anderen Anteilseigner allein dadurch benachteiligt werden, dass die Forderung im Zuge des Debt-Mezzanine-Swap in Höhe ihres Nennbetrags in Genussrechtskapital umgewandelt wird.[623]

C. Das Genussrecht in der Handelsbilanz

Die nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung (§§ 8 I 1 KStG, 5 I 1 EStG) ermittelte Handelsbilanz ist auch für die steuerliche Gewinnermittlung maßgeblich, wenn nicht §§ 8 I 1 KStG, 5 Ia-VI EStG oder sonstige vorrangige Spezialvorschriften Abweichungen vorsehen. Daher ist für die Qualifizierung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital der Blick zunächst darauf zu richten, wie das Genussrecht in der Handelsbilanz zu behandeln ist. Auszugehen ist dabei von einer begrifflichen Abgrenzung des Eigenkapitals. Danach ist zu prüfen, ob das Genussrecht als Eigenkapitalposten zu erfassen ist. Ist das nicht der Fall, muss das Genussrecht als Verbindlichkeit passiviert werden.

[623] *Beyer,* DStR 2012, 2199 (2201 f).

I. Der Begriff des Eigenkapitals

Was unter Eigenkapital zu verstehen ist, definiert das HGB nicht;[624] § 266 III A. HGB und § 272 HGB setzen den Begriff voraus[625] und befassen sich mit der Gliederung des Eigenkapital-Ausweises in der Bilanz.[626] Es handelt sich also um einen unbestimmten Rechtsbegriff.

1. Das Eigenkapital als Saldogröße

a) Das Eigenkapital in der handelsbilanziellen Rechnungslegung

Das HGB weist im normativen Kontext des handelsbilanziellen Eigenkapitals einen Weg zur Begriffsbildung. Nach § 242 I 1 HGB hat der Kaufmann zum Schluss des Geschäftsjahres eine Bilanz aufzustellen. Unter Bilanz ist ein Abschluss zu verstehen, der das Verhältnis von Vermögen und Schulden des Kaufmanns darstellt (§ 242 I 1 HGB). Vermögen in § 242 HGB meint das Betriebsvermögen, und zwar in seiner Funktion als Gegenbegriff zum Privatvermögen.[627] Die Definition der Bilanz ergänzt der Gesetzgeber noch um weitere Posten: so muss die Bilanz das Eigenkapital ausweisen (§ 247 I HGB) und kann Rechnungsabgrenzungsposten (§ 247 I HGB) enthalten. Als obligatorische zentrale Bestandsgrößen der Bilanz stehen damit Vermögen und Schulden fest. Damit lässt sich das Eigenkapital als Residualgröße bestimmen, und zwar als Differenz von Vermögen und Schulden.[628] Das Eigenkapital stellt das Reinvermögen dar.[629]

b) Die Bestimmung des Eigenkapitals

Der erste Schritt bei der Ermittlung des Eigenkapitals im HGB ist eine Einzelbewertung aller Vermögensgegenstände des Unternehmens. Durch Addition ist daraus ein Gesamtwert zu bilden; man spricht daher von additiver Eigenkapitalbestimmung.[630] Davon ist er Gesamtwert der Schulden des Unternehmens zu subtrahieren. Das Eigenkapital ist – negativ gewendet – das Residuum[631] oder – positiv ausgedrückt – das Reinvermögen[632] des Unternehmens. Durch die Anknüpfung an einzelne Vermögensgegenstände bleibt freilich der Geschäfts- oder Firmenwert unberücksichtigt. Den entgeltlich erworbenen Geschäftswert kann der Unternehmer in der Bilanz aktivieren (§ 266 II A. I. 3. HGB); darunter versteht man gem. § 246 I 4 HGB den Unterschiedsbe-

---

[624] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 169 f.
[625] Vgl. *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 21.
[626] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 169 f.
[627] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2013, § 242 HGB, Rn. 7.
[628] *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 22. Aufl., 2012, S. 319.
[629] *Schaffhauser-Linzatti,* Grundzüge des Rechnungswesens, 2. Aufl., 2006, S. 72.
[630] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 138.
[631] *Wolf,* Bilanzierung von Zuschüssen nach HGB und IFRS, S. 210; *Pernsteiner,* IFRS for SMEs im Vergleich mit den Regelungen des UGB, S. 15.
[632] *Wengel,* Buchführung kompakt, 2007, S. 113.

trag, um den die für die Übernahme des Unternehmens bewirkte Gegenleistung den Wert der einzelnen Vermögensgegenstände des Unternehmens (abzüglich der Schulden im Zeitpunkt der Übernahme) übersteigt.

Im Gegensatz dazu darf der Unternehmer den selbst geschaffenen Geschäftswert nicht aktivieren.[633] Unter dem Geschäftswert versteht man den Mehrwert, der dem gewerblichen Unternehmen über den Substanzwert der einzelnen Vermögensgegenstände (abzüglich der Schulden) zukommt.[634] Dieser Mehrwert besteht in den erhöhten Gewinnaussichten, die das Unternehmen von Konkurrenten mit vergleichbarer Ausstattung an Vermögensgegenständen unterscheiden. Die Erhöhung der Gewinnaussichten beruht auf spezifischen Vorteilen, die das Unternehmen aufweist, wie etwa der gute Ruf, ein zuverlässiger Kundenstamm oder eine effiziente interne Organisation.[635] Diese Gewinnchancen wohnen nicht den einzelnen Wirtschaftsgütern inne, sondern resultieren aus dem Betrieb des fortbestehenden Unternehmens im Ganzen.[636] Der Geschäftswert umfasst alle wertbildenden Faktoren, die zum Gesamtertrag der Unternehmung beitragen.[637]

Dass bei der additiven Eigenkapitalbestimmung der originäre Geschäftswert keine Berücksichtigung finden kann, liegt in der Systematik des HGB begründet. Nach § 252 I Nr. 3 HGB gilt das Prinzip der Einzelbewertung.[638] Dies bringt mit sich, dass jeder Vermögensgegenstand einzeln zu erfassen und zu bewerten ist. Der Verzicht auf eine Gesamtbewertung folgt auch dem Vorsichtsprinzip.[639] Der Geschäftswert ist ein nicht fassbares „Konglomerat aller nicht einzeln […] bilanzierbaren Vermögenswerte".[640]

Durch die Definition als Differenz zwischen Vermögen und Schulden gewinnt das Eigenkapital aber noch keine materiellen Konturen. Denn das kodifizierte Bilanzrecht enthält auch für die Verbindlichkeiten keine Legaldefinition.[641] Vielmehr müssen Schulden und Eigenkapital voneinander abgegrenzt werden. Damit taucht das Eigenkapital auf beiden Seiten der Definition auf.[642]

2. Die Konturierung des Eigenkapitalbegriffs

Kapital, das einer Gesellschaft überlassen wird, ist entweder Eigen- oder Fremdkapital (vgl. § 247 I HGB). Tertium non datur. Es kann dahinstehen, ob an das Vorliegen

---

633 *Wiedmann*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 2008, § 255 Rn. 67.
634 BFH, Urteil vom 27.03.1996, Az I R 60/95, BB 1996, 2037.
635 BFH, Urteil vom 27.03.1996, Az I R 60/95, BB 1996, 2037.
636 BFH, Urteil vom 09.08.2011, Az VIII R 13/08, DStR 2011, 1799.
637 *Blasius*, IFRS, HGB und F&E, S. 109.
638 *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 140.
639 *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 140.
640 *Duhr*, Grundsätze ordnungsmäßiger Geschäftswertbilanzierung, 2006, S. 12, zit. nach: *Küting*, DStR 2008, 1795 (1795).
641 *Urban,* Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung, 1. Aufl., 2012, S. 164.
642 *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 140.

von Eigenkapital „strengere Voraussetzungen“ gestellt werden als bei der Qualifizierung als Fremdkapital.[643] Jedenfalls ist ein Kapitalposten, der nicht unter das Eigenkapital fällt, dem Fremdkapital zuzuweisen. Daher sind im Folgenden Kriterien zu entwickeln, die für das Vorliegen eines Eigenkapitalausweises maßgeblich sind.

a) Die formellen Ansätze

aa) Die Definition des Eigenkapitals nach der Mittelherkunft

Eine erste Annäherung an den Begriff des Eigenkapitals ermöglicht die Frage nach der Herkunft der Mittel.

Mit Blick in die Vergangenheit kann man beobachten, wie sich das Eigenkapital über die Geschäftsjahre hinweg entwickelt hat: wie es mit den Bar- oder Sacheinlagen bei der Gründung der Gesellschaft seinen Anfang genommen hat, wie es dann durch weitere Einlagen und Jahresüberschüsse vermehrt, durch Entnahmen und Jahresfehlbeträge vermindert wird, so dass sich zum Jahresabschluss das aktuelle bilanzielle Eigenkapital ergibt.[644] Von dieser Warte aus gesehen, lässt sich Eigenkapital definieren als Kapital, das die Gesellschafter dem Unternehmen zeitlich unbegrenzt zur Verfügung gestellt (Zuführung von außen) oder in ihm belassen haben (Zuführung von innen durch Unterlassen der Gewinnausschüttung).[645]

Die Herkunft der Mittel entscheidet damit über deren Zuordnung zum Eigen- oder Fremdkapital:[646] Eigenkapital hat ein Gesellschafter zur Verfügung gestellt, Fremdkapital ein Dritter.[647] Das steht im Einklang mit dem Aussagewert der Bilanz: die Passivseite soll Aufschluss über die Mittelherkunft geben.[648] Die Herkunft des Vermögens zu eluzidieren, ist das zentrale Anliegen dieses Ansatzes. Eigenkapital soll es nur da geben, wo auch eine gesellschaftsrechtliche Beziehung zwischen Kapitalgeber und Gesellschaft besteht.[649] Die „gesellschaftsrechtlich veranlasste Einlage des Gesellschafters in das Stammkapital“ (GmbH) bzw. Grundkapital (AG) konstituiert Eigenkapital.[650]

Möglich ist aber auch, dass ein gesellschaftsfremder Dritter der Gesellschaft Kapital überlässt. Voraussetzung für die Eigenkapitalklassifikation ist dann zweierlei: Zum einen muss dem Kapitalgeber im Gefolge der Kapitalüberlassung eine Gesellschafter-

---

[643] So aber: *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 20.
[644] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., 2006, Rn. 1648.
[645] *Coenenberg/Haller/Schultze*, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 22. Aufl., 2012, S. 319.
[646] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 94.
[647] *Priester*, DB 1991, 1918.
[648] *Deitermann/Schmolke/Rückwart*, Industrielles Rechnungswesen, 40. Aufl., 2011, S. 21.
[649] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 64.
[650] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 172.

stellung eingeräumt werden. Zum anderen muss die Kapitalzuführung societatis causa erfolgen.[651]

bb) Definition des Eigenkapitals nach der Rechtsform der Kapitalüberlassung

Mit der Differenzierung nach der Herkunft ist grundsätzlich die rechtliche Form der Kapitalüberlassung synchronisiert: stellt der Gesellschafter Kapital zur Verfügung, liegt eine Beteiligung vor; stammt das Kapital von einem Dritten, hat die Kapitalüberlassung die Gestalt eines Darlehens.[652] Während aber erstgenannter Ansatz auf die Person des Kapitalgebers abstellt und danach fragt, ob er Gesellschafter ist oder nicht, ist hier das Rechtsverhältnis entscheidend, das der Kapitalüberlassung zugrunde liegt.[653] Beim idealtypischen Eigenkapital handelt es sich um ein Beteiligungsverhältnis, beim idealtypischen Fremdkapital um ein Schuldverhältnis.[654] Das Beteiligungsverhältnis gewährt die Teilhabe an einer Steigerung des Gesellschaftsvermögens, wohingegen das Schuldverhältnis nominale Gläubigeransprüche begründet. Die Fremdkapitalgeber erhalten eine erfolgsunabhängige Vergütung, sie haben einen Festbetragsanspruch. Dem korreliert bei den Eigenkapitalgebern ein Restbetragsanspruch, denn ihre Auszahlungsansprüche sind den Ansprüchen der Gläubiger nachgeordnet.[655]

b) Die materiellen Ansätze

Für beide Ansätze spricht die klare Handhabung der Abgrenzungsfrage. Doch bleibt fraglich, ob mit einer derart formalen Bestimmung des Eigenkapitals der Leser der Bilanz die gewünschten Informationen erhält. Daher sollen im Folgenden zunächst die Funktionen der Bilanz dargestellt werden. Daraufhin ist auf die Funktion idealtypischen Eigenkapitals einzugehen.

aa) Die Funktionen der Bilanz

Die Vorschriften der handelsrechtlichen Rechnungslegung definieren den Eigenkapitalbegriff nicht. Doch lassen sich aus den Zwecken der Bilanz Rückschlüsse darauf ziehen, welche Eigenschaften ein Kapitalposte aufweisen muss, um im Eigenkapital ausgewiesen zu werden.[656]

---

[651] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 64.
[652] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 67.
[653] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 129.
[654] *Jacob,* Informationsorientiertes Management, S. 311.
[655] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 130.
[656] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 21.

(1) Die Informationsfunktion

Der grundlegende Zweck der Bilanz besteht darin, den Leser in standardisierter Form über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu unterrichten.[657] Die Pflicht des Kaufmanns, die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen, ergibt sich bereits aus § 238 I 1 HGB. Darauf aufbauend verlangt § 264 II 1 HGB, dass die Bilanz der Kapitalgesellschaft ein Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft vermitteln muss, das den tatsächlichen Verhältnissen entspricht und überdies die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung beachtet.

Der Adressat der Bilanz soll sich mit Blick in die Bilanz ein Bild des Unternehmens verschaffen können, das ihn befähigt, eine fundierte Entscheidung über eine Investition in das Unternehmen zu treffen.[658] Der Unternehmer legt in der Bilanz Rechenschaft über den Erfolg seines unternehmerischen Handelns ab.[659] Rechenschaft ablegen muss der Kaufmann in zwei Richtungen, nämlich vor sich selbst und vor Anderen. Im ersten Fall geht es um Selbstinformation (interne Information), im zweiten um Fremdinformation (externe Information).[660]

Die Selbstinformation soll den Kaufmann in die Lage versetzen, seine Zahlungsfähigkeit bei der Tätigung von Geschäften realistisch einzuschätzen.[661] Mit Blick in die Vergangenheit kann der Kaufmann damit bereits getroffene unternehmerische Entscheidungen überprüfen; in die Zukunft gewandt, stellt die Bilanz die Tatsachengrundlage für noch zu treffende Entscheidungen dar.[662]

Die Fremdinformation bezieht sich auf zwei Kategorien von Adressaten, nämlich gesellschaftsfremde Drittgläubiger und Gesellschafter-Gläubiger. Drittgläubiger wollen wissen, ob die Gesellschaft finanzkräftig genug ist, bestehende Kredite zurückzuzahlen.[663] Gesellschafter-Gläubiger wollen in Erfahrung bringen, wie die Gesellschaft mit ihrer Einlage gewirtschaftet hat.[664]

(2) Die Dokumentationsfunktion

Ein Kaufmann ist von Gesetzes wegen verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte ersichtlich zu machen (§ 238 I 1 HGB). Diese Vorschrift ist die

---

[657] *Auer/Schmidt*, Buchführung und Bilanzierung: Eine anwendungsorientierte Einführung, 1. Aufl., S. 17.
[658] *Wagner,* Harmonisierung der Rechnungslegung: Der Lösungsansatz der informationsorientierten Kapitalerhaltung, S. 5.
[659] *Gräbe*, Das Maßgeblichkeitsprinzip vor dem Hintergrund des BilMoG, S. 14.
[660] *Scheffler*, Besteuerung von Unternehmen II, 7. Aufl., S. 4.
[661] *Bächer,* Bilanzierung von Mezzanine-Kapital nach HGB, IFRS und US-GAAP, S. 18.
[662] *Hahn/Wilkens*, Buchhaltung und Bilanz Teil C, 2. Aufl., 2000, S. 5.
[663] *Förster,* Gesellschaftsrecht, 2012, Rn. 47.
[664] *Gräbe*, Das Maßgeblichkeitsprinzip vor dem Hintergrund des BilMoG, S. 15 f.

„Generalnorm der Buchführung".[665] In ihr kommt das Ziel handelsrechtlicher Rechnungslegung zum Ausdruck, nämlich systematisch und mit dem Anspruch auf Vollständigkeit alle Geschäftsvorfälle festzuhalten.[666] Dabei muss die Buchführung so beschaffen sein, dass sie einem sachverständigen Dritten innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über die Geschäftsvorfälle vermitteln kann (§ 238 I 2 HGB). Indem alle wesentlichen Informationen über Entstehung und Abwicklung der Geschäftsvorfälle (§ 238 I 3 HGB) Eingang in die Bilanz finden, sind diese vor nachträglichen Veränderungen geschützt. Die Integrität der Dokumentation erlaubt die Verwendung der Bilanz als Beweismittel.[667]

(3) Die Zahlungsbemessungsfunktion

Die Zahlungsbemessungsfunktion weist der Bilanz die Aufgabe zu, den Gewinn zu bemessen, der an die Gesellschafter ausgeschüttet wird.[668] Im Rahmen der Zahlungsbemessungsfunktion ist der Blick auf die Zahlungsüberschüsse des abgelaufenen Geschäftsjahres zu richten.[669] Denn der in der Vergangenheit erwirtschaftete Erfolg ist Bemessungsgrundlage für erfolgsabhängige Zahlungsansprüche.[670] Die Zahlungsbemessungsfunktion der Bilanz entfaltet dabei Schutzwirkung in zwei Richtungen: zum einen sollen die Gesellschafts-Gläubiger vor zu hohen Ausschüttungen an die Gesellschafter geschützt werden. [671] Zum anderen soll den Gesellschaftern untereinander jeweils eine angemessen hohe Ausschüttung gesichert werden; es geht dabei um die Abgrenzung der Kompetenzen bezüglich der Ausschüttungen im Innenverhältnis.[672]
Im Hinblick auf den Schutz der Gläubiger geht es insbesondere darum, die Ausschüttungen der Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafter zu begrenzen.[673] Dies liegt im wirtschaftlichen Interesse der Gläubiger der Gesellschaft. Bei einer Kapitalgesellschaft gilt das Trennungsprinzip, welches die Vermögenssphären von Gesellschaftern und Gesellschaft separiert.[674] Die Gesellschafter haften mit ihrem Privatvermögen nicht für Gesellschaftsschulden (§ 1 I 2 AktG, § 13 II GmbHG). Daher wünschen die Gesellschafts-Gläubiger eine ausreichende Haftungssubstanz der Gesellschaft. Diese darf nicht durch unbegrenzte Ausschüttungen an die Gesellschafter dezimiert werden.[675] Um den hinreichenden Bestand an Eigenkapital zu sichern, ist der Anteil am

---

[665] *Hanke*, Die Bewertung von Pensionsrückstellungen nach dem (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz) BilMoG, 2009, S. 9.
[666] *Blasius,* IFRS, HGB und F&E, 2006, S. 20.
[667] *Brede*, Betriebswirtschaftslehre, S. 194.
[668] *Funnemann/Graf Kerssenbrock,* BB 2008, 2674 (2674).
[669] *Nguyen*, Bilanzielle Abbildung von Finanzderivaten und Sicherungsgeschäften, S. 50.
[670] *Frodermann/Jannott*, Handbuch des Aktienrechts, 8. Aufl., 11. Kapitel, Rn. 14.
[671] *Bitz/Schneeloch/Wittstock*, Der Jahresabschluss, 5. Aufl., 2011, S. 48.
[672] *Bitz/Schneeloch/Wittstock*, Der Jahresabschluss, 5. Aufl., 2011, S. 50 f.
[673] *Zimmermann/Werner/Hitz,* Buchführung und Bilanzierung nach IFRS, 2. Aufl. 2011, S. 24.
[674] *Daragan,* DStR 2011, 2079 (2080).
[675] *Wulf/Müller,* Bilanztraining, 14. Aufl., 2013, S. 15.

Gewinn zu ermitteln, der ohne Bedenken bezüglich der Sicherungsinteressen der Gläubiger ausgeschüttet werden kann.[676]

Was den Schutz der Gesellschafter anbelangt, so ist zu berücksichtigen, dass bei mehreren Gesellschaftern die Ausschüttungsinteressen divergieren können.[677] Besonders konfliktträchtig dürfte die Konstellation sein, in der einige Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind, andere hingegen nicht.[678] Die Unternehmensleitung hat ein vergleichsweise größeres Interesse an einer Verringerung der Ausschüttungen; man spricht insofern vom „Aushungern" der Beteiligungsminderheit.[679]

(4) Schlussfolgerung

Die Handelsbilanz zielt in ihrer Informations-, Dokumentations- und Zahlungsbemessungsfunktion darauf ab, einen wirksamen Gläubigerschutz zu gewährleisten.[680] Der Gläubigerschutz als übergreifender Zweck der Bilanz ist bei der Konturierung des handelsbilanziellen Eigenkapitalbegriffs zu berücksichtigen.[681] Wird einer Gesellschaft Genussrechtskapital überlassen, ist dieses als Eigenkapital einzuordnen, wenn es in Bezug auf den Gläubigerschutz den Anforderungen entspricht, welche an die in § 266 III A. HGB genannten Eigenkapitalposten gestellt werden. Das Genussrechtskapital muss ein vergleichbares Niveau an Gläubigerschutz sicherstellen.[682] Daher ist nun – vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes – der Blick auf die Funktionen zu richten, welche die „klassischen" Bestandteile des Eigenkapitals in § 266 III A. HGB erfüllen.

bb) Die Funktionen des Eigenkapitals

Wenn auch die betriebswirtschaftlichen Funktionen des Eigenkapitals keine objektive Bestimmung der Definitionsmerkmale des Eigenkapitals ermöglichen, so geben sie doch Anhaltspunkte für die Auslegung des Eigenkapitalbegriffs in der handelsrechtlichen Rechnungslegung.[683] Ob die Zuführung von Kapital als Überlassung von Eigenkapital einzuordnen ist, bestimmt sich entscheidend nach der Funktion des zugeführten Kapitals.[684]

---

[676] *Wulf/Müller,* Bilanztraining, 14. Aufl., 2013, S. 15; *Gräbe*, Das Maßgeblichkeitsprinzip vor dem Hintergrund des BilMoG, S. 17.
[677] *Hüttche,* Grundlagen der Rechnungslegung nach HGB, S. 13.
[678] *Habig/Berninghaus,* Die Nachfolge im Familienunternehmen ganzheitlich regeln, 2. Aufl., S. 144
[679] *Hommelhoff*, ZGR 1986, 418 (425 f).
[680] Vgl. *Lutter*, DB 1993, 2441 (2441).
[681] Vgl. *Küting/Kessler,* BB 1994, 2103 (2104).
[682] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 22.
[683] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 135.
[684] *Silberberger,* Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär, S. 65.

(1) Die Kontinuitätsfunktion

Eigenkapital wird dem Unternehmen langfristig[685] oder sogar zeitlich unbegrenzt[686] überlassen. Auf diese Weise sichert das Eigenkapital den Fortbestand des Unternehmens.[687] Eigenkapital verschafft der Gesellschaft die Freiheit, auch eine mit Risiken verbundene Geschäftspolitik zu verfolgen, für die sich ein Fremdkapitalgeber nicht bereit fände.[688] Nachrangigkeit des überlassenen Kapitals und eine Verlustbeteiligung in voller Höhe würden die Eigenkapitalbasis der Gesellschaft nicht nachhaltig stärken, wenn die überlassenen Mittel ohne großen Aufwand wieder abgezogen werden können.[689] Es ist daher eine „Kontinuität der Mittelüberlassung" zu fordern.[690]

(2) Die Haftungsfunktion

Die Haftungsfunktion zielt auf den Schutz der Gläubiger ab. Der Schutz wird dadurch erreicht, dass die Eigenkapitalgeber die Haftung für die Gesellschaftsschulden übernehmen, und zwar in Höhe ihrer Einlageverpflichtung.[691] Die Eigenkapitalgeber haben für die Forderungen der Gläubiger einzustehen. Das Eigenkapital ist Haftungssubstrat der Gesellschaft.[692] Technisch wird dies im Wege der Nachrangigkeit des Eigenkapitals umgesetzt. Gerät die Gesellschaft in die Insolvenz, dient das Eigenkapital vorrangig dazu, die Massegläubiger zu befriedigen.[693] Die Eigenkapitalgeber erhalten nur den danach verbleibenden Rest. Eigenkapital dient als Haftungssubstanz für Fremdkapital.[694] *Karsten Schmidt* bringt die Haftungsfunktion anschaulich auf den Punkt: „In der Insolvenz der Unternehmung ist Eigenkapital verloren, Fremdkapital nur entwertet".[695]

(3) Die Garantiefunktion

Im Sinne der Garantiefunktion dient das Eigenkapital dazu, aus der Geschäftstätigkeit resultierende Verluste auszugleichen.[696] Das Eigenkapital fungiert als Verlustpuffer.[697] Während die Haftungsfunktion in der Insolvenz zum Tragen kommt, soll die Garantie-

---

[685] *Küting/Dürr*, DB 2005, 1529 (1530).
[686] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 17.
[687] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 76.
[688] *Metten*, Mittelstandsfinanzierung im Wandel, 2009, S. 29.
[689] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 175.
[690] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 175.
[691] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 132 f.
[692] *Müller-Känel*, Mezzanine Finance, S. 13.
[693] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 65, der jedoch von „Befriedigung der Masseschuldner" spricht.
[694] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrumente, S. 207.
[695] *K. Schmidt*, JZ 1984, 771 (772).
[696] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 65.
[697] *Möschel*, ZHR 149 (1985), S. 206 (214).

funktion präventiv eine Insolvenz verhindern.[698] Weil die Garantiefunktion des Eigenkapitals auch im Vorfeld einer Insolvenz Wirkung entfaltet, beeinträchtigen Verluste auch in diesem Stadium das Fremdkapital erst, wenn das Eigenkapital verbraucht ist. Das Eigenkapital dient als Puffer von Verlusten, die das operative Geschäft mit sich bringen kann.[699] In diesem Sinne übernimmt die Garantiefunktion eine Voraushaftungsfunktion.[700] Die Garantiefunktion grenzt vom Eigenkapital solche Mittel ab, bei denen dem Kapitalgeber ein Festanspruch auf Verzinsung oder Rückzahlung zusteht.[701]

(4) Die Gewinnbeteiligungsfunktion

Die Gewinnbeteiligungsfunktion verweist darauf, dass der Eigenkapitalgeber an den Gewinnen teilhat, welche die Gesellschaft ausschüttet.[702] Der Eigenkapitalgeber erhält als Vergütung für die Kapitalüberlassung einen Residualanspruch, dessen Gegenstand der Unternehmensgewinn ist.[703] Die Gewinnbeteiligungsfunktion stellt damit die für den Eigenkapitalgeber erfreuliche Kehrseite der Haftungs- und Garantiefunktion dar. Herleiten lässt sich die Gewinnbeteiligungsfunktion aus § 57 II AktG, der insoweit einen verallgemeinerbaren Rechtsgedanken enthält.[704] Das Verbot der Zusage und Auszahlung von Zinsen an Aktionäre ist ein Ausfluss des Grundsatzes der Kapitalerhaltung. Für Gewinnausschüttungen stehen nur diejenigen Mittel des Eigenkapitals zur Verfügung, die nicht der Kapitalerhaltung unterfallen. Eine fixe Vergütung verträgt sich nicht mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung, so dass eine Kapitalüberlassung, die mit einer festen Zinszahlung einhergeht, nicht als Eigenkapital eingeordnet werden kann.

(5) Die Geschäftsführungsfunktion

Das idealtypische Eigenkapital vermittelt demjenigen, der die Mittel zur Verfügung stellt, die Befugnis zur Mitwirkung an unternehmerischen Entscheidungen.[705] Die Gesellschafterversammlungen stellen das Forum dar, in dem der Eigenkapitalgeber Einfluss auf die Unternehmensführung nehmen kann.[706] Zu beachten ist dabei, dass sich

---

[698] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 133.
[699] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 23.
[700] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kaitalmarkt für die GmbH, S. 16.
[701] *Küting/Kessler*, BB 1994, 2103 (2105).
[702] *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 66.
[703] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 134.
[704] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 24.
[705] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 134.
[706] *Müller,* Die Bilanzierung des Eigenkapitals der Kreditinstitute nach HGB und IFRS, S. 22 f; *Protz*, Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, S. 66.

der betriebswirtschaftliche Terminus „Geschäftsführungsfunktion“[707] in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht sowohl auf das Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander bezieht und dabei „Geschäftsführung“ meint, als auch das Außenverhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten erfasst und in diesem Sinne „Vertretung“ bedeutet.[708]

cc) Folgerungen für den Eigenkapitalbegriff

Eine formalisierte Betrachtung geht an der Informationsfunktion der Handelsbilanz vorbei. Aus der Handelsbilanz soll hervorgehen, wie es um die Kapitalsituation des Unternehmens bestellt ist.[709] Dafür ist nicht entscheidend, ob formal ein Dritter oder ein Gesellschafter das Kapital zur Verfügung gestellt hat. Abzustellen ist vielmehr darauf, ob das überlassene Kapital die Funktionen erfüllt, die dem idealtypischen Eigenkapital zukommen. Dies führt zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.[710]
Die zentrale Funktion des Eigenkapitals besteht darin, dem Unternehmen als Haftungssubstrat zu dienen. Die Leistungsfähigkeit der Geldwirtschaft basiert auf Vertrauen; das Vertrauen gründet seinerseits auf Haftung.[711] Die Gläubigerschutzfunktion der Handelsbilanz erfordert, dass die als Eigenkapital überlassenen Mittel eine hinreichende Haftungsqualität aufweisen.[712] Demgegenüber ist irrelevant, ob ein Fremder oder ein Gesellschafter das Kapital überlassen hat. Unabdingbar für die Klassifikation als Eigenkapital ist, dass die Mittel dem Gläubiger als Haftungsgrundlage nicht weggenommen werden können.[713] Entscheidend ist, ob ein Abzug der Mittel geeignet ist, Gläubigeransprüche zu gefährden.[714] Als Haftungssubstrat qualifiziert das Kapital, wenn es kumulativ drei Kriterien erfüllt: es muss eine Voraushaftungsfunktion erfüllen, es muss nachrangig ausgestaltet sein und es muss dauerhaft überlassen werden.[715]

(1) Die Voraushaftung

Das Eigenkapital muss eine Voraushaftungsfunktion haben.[716] Das bedeutet, dass die laufenden Verluste des Unternehmens zunächst das Eigenkapital verzehren.[717] Erst wenn diese Mittel aufgebraucht sind, darf das Fremdkapital eingesetzt werden.[718] Di-

---

[707] *Kußmaul,* Betriebswirtschaftslehre für Existenzgründer, 6. Aufl., S. 254.
[708] *Kaminski/Strunk,* Besteuerung unternehmerischer Tätigkeit, 2. Aufl., S. 18.
[709] *Knobbe-Keuk*, Unternehmenssteuerrecht, 1993, S. 107.
[710] *Vollmer*, in: FS Bareis, S. 397 (402 f).
[711] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 149.
[712] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 170 f.
[713] *Silberberger,* Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär, S. 65.
[714] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 155.
[715] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 150 f.
[716] *Müller/Wobbe,* BB 2007, 1491 (1492); *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kaitalmarkt für die GmbH, S. 16; *Ulbrich,* Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, S. 45.
[717] *Bezzenberger,* Erwerb eigener Aktien durch die AG, S. 11.
[718] *K. Schmid,* Gesellschaftsrecht, § 18 II 2.

ametral zur Voraushaftungsfunktion steht ein Festanspruch des Kapitalgebers auf Verzinsung oder Rückzahlung.[719] Vor diesem Hintergrund untersagt § 57 II AktG Zinsen auf Einlagen der Aktionäre; lediglich Vorabdividenden dürfen geleistet werden (§ 60 II AktG). Diese Regelung sorgt im Interesse der Gläubiger dafür, dass die Mittel der Gesellschaft vor einer zusätzlichen Dezimierung durch Zinszahlung an Aktionäre geschützt werden.[720] Dies ist die Folge davon, dass den Eigenkapitalgebern lediglich ein Residualanspruch zukommt.

(2) Die Nachrangigkeit

Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger genießen Vorrang vor den Auszahlungsansprüchen der Eigenkapitalgeber.[721] Der Eigenkapitalgeber hat nur dann einen Rückzahlungsanspruch, wenn zuvor alle Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger umfänglich befriedigt worden sind.[722]

(3) Nachhaltigkeit

Die Nachhaltigkeit der Kapitalüberlassung setzt nicht voraus, dass die Überlassung unbefristet erfolgt.[723] Das ergibt sich daraus, dass die Eigenkapitalposten des § 272 HGB nicht unauflösbar an das Unternehmen gebunden sind. Bei Rücklagen ist zwischen gesetzlichen und freien Rücklagen zu differenzieren.[724] Von Gesetzes wegen zu bildende Rücklagen (§§ 150, 218, 229, 232, 237 AktG, § 42 II 3 GmbHG) können nur unter den vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen ausgelöst werden (gesetzliche Rücklagen). Soweit nicht das Gesetz die Bildung von Rücklagen anordnet, kann die Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung vorsehen, dass und wie Rücklagen zu schaffen sind.[725] Diese freien Rücklagen werden dann durch einen Beschluss der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung gebildet. Die Gesellschaft kann die freien Rücklagen nach Belieben auflösen.[726]

Die Bedeutung des Nachhaltigkeitskriteriums relativiert sich auch unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Situation, in der sich die Gesellschaft befindet: im Hinblick auf die Haftungsfunktion des Eigenkapitals ist es ausreichend, dass die überlassenen Mittel so lange als Haftungssubstrat fungieren, bis sich die wirtschaftliche

---

[719] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 151.
[720] *Henze*, NZG 2005, 115 (120).
[721] *Häuselmann,* BB 2007, 931 (933).
[722] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 172 f.; *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 152.
[723] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 153.
[724] *Lachmann,* in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz 2. Aufl. 2012, § 8, Rn. 80.
[725] *Lachmann,* in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz 2. Aufl. 2012, § 8, Rn. 80.
[726] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 153 f.

Lage derart entspannt hat, dass die Mittel ohne Schwierigkeiten zurückgezahlt werden können.[727]

II. Die Kriterien des IDW-HFA

Hauser geht davon aus, dass Genussrechte stets eigenkapitalähnliches Mezzanine-Kapital darstellen.[728] Diese generalisierende Zuordnung wird jedoch der Vielgestaltigkeit des Genussrechts nicht gerecht. Ob ein mezzanines Finanzierungsinstrument wie das Genussrecht unter das Eigen- oder das Fremdkapital fällt, kann nicht pauschal bestimmt werden.[729] Ein Genussrecht ist nicht per se ein Eigen- oder Fremdkapitalinstrument. Vielmehr ist auf die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall abzustellen.[730] Dabei werden nach verbreiteter Übung in der Praxis die Kriterien angewandt, die der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer entwickelt hat.[731]

1. Die Nachrangigkeit

Das Genussrechtskapital ist nachrangig ausgestaltet, wenn der Genussrechtsinhaber in der Insolvenz oder Liquidation der Gesellschaft seinen Rückzahlungsanspruch erst nach vollständiger Befriedigung aller Fremdkapital-Gläubiger geltend machen kann.[732] Das Genussrechtskapital muss also dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt sein und somit als Haftungssubstanz fungieren.[733]

a) Die Vereinbarung eines Rangrücktritts

Schwierigkeiten bereitet indes die praktische Umsetzung der Nachrangigkeit. Ein in der Praxis beliebtes Mittel ist die Vereinbarung eines Rangrücktritts im Genussrechtsvertrag.[734] Aufgrund des Rangrücktritts kann der Genussrechtsinhaber die Forderung erst geltend machen, wenn die dafür vereinbarten Voraussetzungen vorliegen.[735] Der Rangrücktritt stellt eine Verfügung dar über eine bereits bestehende Forderung des Gläubigers auf Rückzahlung der Darlehensvaluta aus § 488 I 2 BGB; es handelt sich um einen verfügenden Schuldänderungsvertrag i.S.d. § 311 I BGB.[736] Für die Vereinbarung bedarf es eines ausdrücklichen Antrags, wohingegen die Erklärung auch konkludent erklärt werden kann[737] oder ganz unterbleiben kann (§ 151 BGB)[738].

---

[727] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 154.
[728] *Hauser,* Chancen und Risiken einer Unternehmensakquisition durch eine Zwischengesellschaft als Finanzierungsmodell, S. 31.
[729] *Hennrichs* ZGR 2006, 563 (582).
[730] *Hennrichs* ZGR 2006, 563 (582).
[731] *Silberberger,* Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär, S. 65.
[732] Stellungnahme IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[733] Stellungnahme IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420); Böhlmann/Engels, Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (404).
[734] *Küting/Kessler/Harth*, BB Beilage 1996, Nr. 4, S. 1 (6).
[735] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 50.
[736] *Budde,* ZinsO 2010, 2251 (2261).
[737] *BGH*, Urteil vom 30. 3. 1998, Az II ZR 146/96, NJW 1998, 2667.
[738] *Wittig,* NZI 2001, 169 (171).

In zivilrechtlicher Hinsicht stellt ein Rangrücktritt also ein Verfügungsgeschäft dar, das den bestehenden Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta (§ 488 I 2 Var.2 BGB) ändert.[739] Inhalt der Vereinbarung ist, dass die Forderung in der Insolvenz erst nach den Forderungen aller anderen Gläubiger befriedigt wird.

b) Einfacher und qualifizierter Rangrücktritt

Hinsichtlich der Tiefe des Rangrücktritts ist zwischen dem einfachen und dem qualifizierten Rangrücktritt zu differenzieren.

aa) Der einfache Rangrücktritt

Beim einfachen Rangrücktritt vereinbaren Genussrechtsinhaber und Genussrechtsverpflichteter, dass der Genussrechtsinhaber im Fall der Insolvenz oder Liquidation nach den Fremdkapitalgebern, aber noch vor den Eigenkapitalinhabern bedient wird.[740] Das Genussrecht steht im Rang zwischen dem Fremdkapital und dem Eigenkapital.[741]

bb) Der relative Rangrücktritt

Begrifflich abzugrenzen davon ist der relative Rangrücktritt.[742] Der relative Rangrücktritt erfasst eine Vereinbarung der Gläubiger untereinander, wonach die Forderung des einen Gläubigers im Rang hinter die Forderungen eines oder mehrerer anderer Gläubiger zurückweichen soll.[743]

cc) Der qualifizierte Rangrücktritt

Noch gravierendere Folgen sind für den Genussrechtsinhaber mit einem qualifizierten Rangrücktritt verbunden: in dieser Situation wird er nach den Fremdkapital-Gläubigern und zusammen mit den Eigenkapitalgebern befriedigt.[744]
Fraglich ist, ob für die Nachrangigkeit des Genussrechtskapitals ein einfacher Rangrücktritt ausreicht.

c) Die Regeln des Kapitalschutzes

Ein dabei zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist das Regime der Kapitalerhaltung bei der GmbH und AG, das deshalb im Folgenden kurz dargestellt werden soll.
Die Haftungsbeschränkung des § 13 II GmbHG bzw. des § 1 S.2 AktG bewirkt, dass die Gesellschafter nur mit ihrer geleisteten Einlage haften. Privatvermögen und Gesellschaftsvermögen bilden zwei separate Vermögensmassen (Trennungsprinzip).[745] Im

---

[739] *Habersack*, ZGR 2000, 384 (403).
[740] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel D, Rn. 1536; *Schaumann*, Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung, S. 77.
[741] *Kiethe*, DStR 2006, 1763 (1765).
[742] *Glos/Sester*, BKR 2008, 315 (322).
[743] *Wittig*, NZI 2001, 169 (169).
[744] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel D, Rn. 1538.
[745] *Ulbrich,* Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, S. 63.

Gegenzug muss sichergestellt sein, dass das Stammkapital (§ 5 I GmbHG) bzw. das Grundkapital (§§ 6, 7 AktG) nicht nur vollständig aufgebracht wird, sondern auch erhalten bleibt.[746] Damit besteht ein zweispuriges System des Kapitalschutzes bei Kapitalgesellschaften: die Vorschriften der Kapitalaufbringung gewährleisten, dass die Gesellschafter ihre Risikobeiträge leisten und damit die Gesellschaft mit dem in der Satzung bestimmten Stammkapital ausstatten.[747] Daran knüpfen die Regeln der Kapitalerhaltung an, die verhindern sollen, dass die Gesellschafter ungehinderten Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen haben und das bereits aufgebrachte Kapital wieder abziehen.[748]

Der Abzug von Eigenkapital ist nur in einem formalisierten Verfahren möglich, welches das Gesellschaftsrecht vorsieht. *Lörsch* bezeichnet diesen Vorgang als „Entwidmung des Eigenkapitals".[749]

Dieser Schutz des Stammkapitals dient einerseits den Interessen der Gesellschaftsgläubiger, andererseits wird aber auch im Sinne des einzelnen Gesellschafters sichergestellt, dass das Gesellschaftsvermögen nur für betriebliche Zwecke Verwendung findet.[750] Die Regeln der Kapitalerhaltung im Gesellschaftsrecht korrespondieren mit der Zahlungsbemessungsfunktion der Handelsbilanz: nur Beträge aus dem freien Vermögen können ausgeschüttet werden.[751]

d) Die einzelnen Eigenkapitalposten

Das Eigenkapital der Handelsbilanz wird von den Regeln der Kapitalerhaltung nicht als einheitlicher Block geschützt. Vielmehr differenziert das Gesetz zwischen den verschiedenen Bestandteilen des Eigenkapitals. Auf diese Weise bietet das Gesellschaftsrecht ein vielfältig abgestuftes Konzept des Eigenkapitalschutzes an, das den möglicherweise konfligierenden Interessen der Beteiligten Rechnung trägt: das Interesse an der Disponibilität des Kapitals, das dann für Ausschüttungen zur Verfügung steht, verträgt sich nicht mit einer Geschäftspolitik der Thesaurierung.

Nach *Lörsch* unterscheidet das Gesetz zwischen Grundkapital und Eigenkapital, wobei nur das Grundkapital den Vorschriften der Kapitalerhaltung unterfalle, während „die anderen Eigenkapitalbestandteile frei ausgeschüttet werden können."[752] Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Die gesetzlich konzipierte Kapitalverfassung von GmbH und AG sieht ein kleinteiliger differenziertes Regime der Kapitalerhaltung vor.

---

[746] *Goette*, DStR 1997, 1495 (1495).
[747] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 139.
[748] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 139.
[749] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 25.
[750] *Goette*, DStR 1997, 1495 (1495).
[751] *Vollmer*, in: FS Bareis, S. 397 (404).
[752] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 24.

Der Bilanzposten Eigenkapital ist gemäß § 266 III A. HGB zu gliedern. Diese gesetzliche Gliederung orientiert sich daran, inwieweit die Organe der Gesellschaft die Möglichkeit haben, über die Eigenkapitalpositionen zu verfügen. Die Aufzählung erfolgt in aufsteigender Reihenfolge der Verfügbarkeit.[753]

aa) Das gezeichnete Kapital

Nach der Legaldefinition in § 272 I 1 HGB ist unter gezeichnetem Kapital das Kapital zu verstehen, auf das die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Kapitalgesellschaft gegenüber den Gläubigern beschränkt ist. Dabei ist zu beachten, dass nach der gesetzlichen Konzeption der GmbH und der AG von vornherein keine Haftung der Gesellschafter vorgesehen ist (§ 13 II GmbHG, § 1 S. 2 AktG).

Das Nennkapital verpflichtet die Gesellschafter dazu, ihrer Gesellschaft eine Kapitalausstattung in diesem gesetzlich vorgesehenen Mindestumfang zu belassen.[754] Der Nennbetrag des Grund- bzw. Stammkapitals hat insofern normative Funktion, als sich daraus ergibt, welche Mittel die Gesellschafter aufbringen und erhalten müssen. Indem das gezeichnete Kapital innerhalb des Eigenkapitals passiviert wird, wird gewährleistet, dass eine ausschüttungsresistente Eigenkapitalreserve vorgehalten wird.[755] Das Grundkapital lässt sich metaphorisch als Staumauer darstellen, die sicherstellt, dass nur erwirtschaftete Überschüsse an die Aktionäre fließen, während die Reserve im Stausee verbleibt.[756]

Der Nennbetrag des gezeichneten Kapitals (§ 272 I 2 HGB) ist als Betrag des Grundkapitals (§ 23 II Nr.3 AktG) bzw. als Nennbetrag des Stammkapitals (§ 3 I Nr.3 GmbHG) eine konstante Komponente des Eigenkapitals.[757] Eine Erhöhung oder Minderung ist nur in den im Gesetz vorgesehenen Fällen möglich. Dazu zählen zunächst der Erwerb (§ 272 Ia HGB, § 71 AktG, § 33 GmbHG) und die Veräußerung (§ 272 Ib HGB) eigener Anteile. Auch die Einforderung ausstehender Bar- (§ 36 II AktG, § 56a GmbHG) oder Sacheinlagen (§ 36a II AktG, § 56a GmbHG) führt zu einer Veränderung des Nennkapitals.

Eine Kapitalerhöhung mehrt das Nennkapital. Dabei ist zwischen der effektiven und der nominellen Kapitalerhöhung zu unterscheiden. Die effektive Kapitalerhöhung realisiert eine Außenfinanzierung der Gesellschaft.[758] Die Gesellschaft erhält frische Ei-

---

[753] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2013, § 272 Rn. 1.
[754] *Tasma,* Leveraged Buyout und Gläubigerschutz, S. 193.
[755] *Pentz, Andreas/Priester, Hans-Joachim/Schwanna, André,* Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 42 (46).
[756] *Pentz, Andreas/Priester, Hans-Joachim/Schwanna, André,* Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, S. 42 (46).
[757] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 5.
[758] *v. Dryander/Niggemann*, Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl., 2011, Vor §§ 182-191 AktG, Rn. 11.

genmittel.[759] Für die effektive Kapitalerhöhung stehen drei Verfahren zur Verfügung:[760] die Kapitalerhöhung gegen Einlagen (ordentliche Kapitalerhöhung, §§ 182 ff AktG, §§ 55 ff GmbHG), die bedingte Kapitalerhöhung (§§ 192 ff Akt)[761] und das genehmigte Kapital (§§ 202 ff AktG, § 55a GmbHG). Bei jedem der drei Verfahren kann die Kapitalzuführung im Wege der Sach- oder Barkapitalerhöhung ins Werk gesetzt werden.[762] Die nominelle Kapitalerhöhung bezeichnet eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§§ 207 ff AktG, §§ 57c ff GmbHG). Der Grundsatz der realen Kapitalaufbringung verlangt dabei, dass hinreichend freie Rücklagen zur Verfügung stehen.[763]

Eine Minderung des Nennkapitals tritt durch eine Kapitalherabsetzung ein. Die Kapitalerabsetzung kann als nominelle oder effektive Kapitalherabsetzung erfolgen. Die nominelle Kapitalherabsetzung stellt das Gegenstück zur nominellen Kapitalerhöhung dar. Die nominelle Kapitalherabsetzung wird durchgeführt, um eine Unterbilanz zu beseitigen.[764] Die durch die Kapitalherabsetzung frei gewordenen Mittel verbleiben in der Gesellschaft, indem Verluste ausgeglichen oder die Kapitalrücklage verstärkt wird.[765] Die Bilanz wird an das durch Verluste dezimierte Gesellschaftsvermögen angepasst.[766] Demgegenüber werden bei der effektiven Kapitalherabsetzung die frei geordenen Mittel an die Gesellschafter ausgeschüttet.[767] Die Unterscheidung zwischen der effektiven und nominellen Kapitalherabsetzung ist im Hinblick auf die Körperschaftsteuer von Bedeutung: bei der nominelle Kapitalherabsetzung bleibt das Betriebsvermögen konstant, denn es finden lediglich Umbuchungen von Eigenkapitalpositionen i.S.d. § 266 III A. HGB statt.[768] Die effektive Kapitalherabsetzung mindert dagegen das Betriebsvermögen. Die Vermögensminderung ist aber gesellschaftsrechtlich veranlasst und nicht Ausfluss einer reduzierten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.[769] Das körperschaftsteuerliche Einkommen mindert sich daher nicht (§ 8 III 1 KStG).

Die Kapitalherabsetzung kennt drei Erscheinungsformen:[770] die ordentliche Kapitalherabsetzung (§§ 222 ff AktG, § 58 GmbH), die vereinfachte Kapitalherabsetzung (§§

---

[759] *Ziemons,* in: Ziemons/Jaeger, Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, § 55 GmbHG, Rn. 3.
[760] *v. Dryander/Niggemann,* Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl., 2011, Vor §§ 182-191 AktG, Rn. 11 (für die AG).
[761] Das GmbHG sieht eine bedingte Kapitalerhöhung nicht vor, vgl. *Häuselmann,* in: Lüdike/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Auflage 2008, § 7, Rn. 23.
[762] *Wiese/Schäfer*, DStR 1999, 2084 (2085).
[763] *Lieder,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2011, § 57c GmbHG, Rn. 2.
[764] *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., 2012, § 58 GmbHG, Rn. 5.
[765] *Vetter,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2011, Vor § 58 GmbHG, Rn. 124.
[766] *Terbrack*, RNotZ 2003, 90 (90).
[767] *Haberstock/Greitemann*, in: Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl., 2011, § 222 AktG, Rn. 2.
[768] *Vetter*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2011, Vor § 58 GmbHG, Rn. 125.
[769] *Vetter*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2011, Vor § 58 GmbHG, Rn. 129.
[770] *Terbrack*, RNotZ 2003, 90 (90).

229 ff AktG, §§ 58a ff GmbHG) und die Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien (§§ 237 ff AktG).

bb) Die Kapitalrücklage

In der Kapitalrücklage werden die in § 272 II HGB erwähnten Beträge bilanziert, welche die Gesellschafter über das gezeichnete Kapital hinaus in das Eigenkapital der Gesellschaft zahlen;[771] es handelt sich um Beträge, die nicht von der Gesellschaft erwirtschaftet werden, sondern von außen kommen.[772]

Etwaige Verwendungsbeschränkungen der in die Kapitalrücklage eingestellten Beträge ergeben sich nicht aus dem Recht der Handelsbilanz, sondern aus gesellschaftsrechtlichen Sonderbestimmungen.[773]

(1) Das gebundene Kapital

(a) Die Posten des § 272 II Nr. 1-3 HGB

Das erzielte Agio bei der Ausgabe von Anteilen (§ 272 I Nr.1 HGB), das erzielte Agio bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen für Wandlungs- und Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen (§ 272 II Nr.2 HGB) und der Betrag von Zahlungen, die Gesellschafter gegen Gewährung eines Vorzugs für ihre Anteile leisten (§ 272 II Nr. 3 HGB) dürfen nur für bestimmte Zwecke verwendet werden, die in § 150 III, IV AktG enumerativ genannt sind. Eine Ausschüttung kommt daher nicht in Betracht.

(b) Andere Posten

§ 272 II HGB nennt bestimmte Zahlungen der Gesellschafter, die in die Kapitalrücklage einzustellen sind; diese Aufzählung ist als nicht abschließend zu verstehen.[774] So sind in der Kapitalrücklage auch folgende – beispielhaft genannte – Beträge erfasst.

(aa) Beträge aus der vereinfachten Kapitalherabsetzung

(i) Der Kapitalschutz bei der AG

Die aus der vereinfachten Kapitalherabsetzung (§ 229 AktG) gewonnenen Beträge dürfen nicht an die Aktionäre ausgeschüttet werden, wie sich aus dem allgemeinen Ausschüttungsverbot des § 57 I 1, III AktG ergibt.[775] Auch eine Ausschüttung nach § 233 I, II AktG kommt nicht in Betracht (§ 233 III AktG).[776] Denn das Ausschüttungsverbot des § 230 S.1 AktG findet ohne Ausnahme Anwendung.[777] Ist in der Folge eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses ein Bilanzgewinn festgestellt worden, verbietet §

---

[771] *Reiner/Haußer*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 266 HGB, Rn. 93.
[772] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 HGB, Rn. 160.
[773] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 65.
[774] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 64.
[775] *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 230 AktG, Rn. 9.
[776] *Hüffer,* in: Hüffer, Aktiengesetz, 10. Aufl. 2012, § 233 AktG, Rn. 9.
[777] *Marsch-Barner,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 233 AktG, Rn 13.

230 S. 1 AktG die Ausschüttung.[778] Allerdings dürfen sie nur in den Grenzen des § 231 AktG in die Kapitalrücklage transferiert werden.[779] Bei zu hoch angenommenen Verlusten sieht § 232 AktG hingegen vor, dass sie der Kapitalrücklage zugeführt werden müssen. Wird der Betrag nun in die Kapitalrücklage eingestellt, besteht keine Bindungswirkung mehr nach § 230 S. 1 AktG; der Betrag unterfällt nunmehr dem Schutz nach § 150 III, IV AktG.[780]

Nach § 237 V AktG ist in die Kapitalrücklage ein Betrag einzustellen, der dem auf die eingezogenen Aktien entfallenden Betrag des Grundkapitals gleichkommt;[781] diese Kapitalrücklage unterfällt der Verwendungsbeschränkung nach § 150 III, IV AktG.[782]

(ii) Der Kapitalschutz bei der GmbH

Die Beträge, die aus einer vereinfachten Kapitalherabsetzung (§ 58a GmbHG) gewonnen wurden, dürfen nur verwandt werden, um Wertminderungen auszugleichen und sonstige Verluste zu decken (§ 58b I GmbHG). Daneben dürfen sie in den Grenzen des § 58b II GmbHG in die Kapitalrücklage eingestellt werden. Sind die Beträge der Kapitalrücklage zugeführt worden, unterfallen sie für fünf Jahre der Verwendungsbeschränkung des § 58b III GmbHG.

(bb) Die Nachschüsse

Auch die Nachschüsse zählen bei der GmbH zur Kapitalrücklage (§ 42 I 1 GmbHG); insoweit erweitert § 42 II 1 GmbHG die Posten des Eigenkapitalrücklage in § 272 II HGB.[783] Diese Regelung flankiert die Bestimmung des § 30 II GmbHG, wonach eingezahlte Nachschüsse an die Gesellschafter zurückgezahlt werden können, soweit sie nicht zur Deckung von Verlusten am Stammkapital gebraucht werden. Das Nachschusskapital darf nicht ohne weiteres als Gewinn ausgeschüttet werden: die nach § 42 II 3 GmbHG zu bildende Rücklage kann daher nur aufgelöst werden, wenn die Voraussetzungen des § 30 II GmbHG vorliegen.[784] Der Charakter der Nachschüsse als haftendes Eigenkapital ist damit schon vom Gesetz vorgesehen; eine freie Kündigung dieser Rücklage ist nicht möglich.[785]

(cc) Die Sonderrücklage nach § 218 S. 2 AktG

Wird eine bedingte Kapitalerhöhung zur Gewährung von Wandelschuldverschreibungen durchgeführt (§ 192 II Nr.1 Var. 1 AktG), ist die Ausgabe der Aktien konstitutiv

---

[778] *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 230 AktG, Rn. 9.
[779] *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 231 AktG, Rn. 1.
[780] *Hennrichs/Pöschke,* in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 150 AktG, Rn. 18.
[781] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 266.
[782] *Marsch-Barner*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 237 AktG, Rn. 39.
[783] *Haas,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 42 GmbHG, Rn 7.
[784] *Haas,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 42 GmbHG, Rn 7.
[785] *Thiery*, Nachschüsse, Zuschüsse und Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der GmbH-Bilanz, in: FS Frotz, S. 841 (844 f).

für die Heraufsetzung des Grundkapitals (§ 200 AktG).[786] Damit die effektive Kapitalaufbringung sichergestellt ist, darf der Vorstand die Bezugsaktien nur ausgeben, wenn die volle Leistung des Gegenwerts gewährleistet ist (§ 199 II AktG).[787] Die Sonderrücklage nach § 218 S. 2 AktG verfolgt vor diesem Hintergrund den Zweck, den Unterschied zwischen dem Ausgabebetrag der Schuldverschreibungen und dem höheren geringsten Ausgabebetrag der für die zu gewährenden Bezugsaktien zu decken. Die Sonderrücklage darf nur für die Gewährung von Bezugsaktien eingesetzt werden; eine Auflösung kommt erst in Betracht, wenn aufgrund Fristablaufs die Wandelschuldverschreibungen nicht mehr in Aktien umgetauscht werden können.[788]

(dd) Die Kapitalrücklage beim Erwerb eigener Anteile

Beim Erwerb eigener Anteile (§ 272 Ia S. 2 HGB) ist eine Kapitalrücklage entsprechend §§ 58c S.1, 2, 58b III GmbHG zu bilden, und zwar in Höhe des Nennbetrags der eigenen Anteile.[789]

(2) Das ungebundene Kapital

§ 272 II Nr. 4 HGB stellt gegenüber den Kapitalrücklagen nach § 272 II Nr. 1-3 HGB einen subsidiären Tatbestand dar.[790] Unter § 272 II Nr. 4 AktG fallen freiwillige Zuzahlungen des Gesellschafters in das Eigenkapital.[791] Das Aktienrecht sieht keine Bindung des Kapitals vor (vgl. § 150 III, IV AktG). Das zuständige Organ der AG ist daher befugt, diese Rücklage ohne weiteres aufzulösen.[792] Bei der AG sind lediglich Dokumentationspflichten zu beachten: der Betrag, der im Geschäftsjahr in die Kaptalrücklage eingestellt wird (§ 152 II Nr.1 AktG) und der Betrag, der im Geschäftsjahr aus der Kapitalrücklage entnommen wurde (§ 152 II Nr.2 AktG), ist in der Bilanz oder im Anhang gesondert anzugeben. Auch der GmbH steht es frei, diese Rücklagen aufzulösen und auszuschütten.[793] Bei ungebundenen Rücklagen können die Gläubiger nicht darauf vertrauen, dass das Kapital langfristig in der Gesellschaft verbleibt.

cc) Die Gewinnrücklagen

Gewinnrücklagen zeichnen sich dadurch aus, dass sie nur aus dem Ergebnis gebildet werden dürfen (§ 272 III 1 HGB).[794] Die eingestellten Beträge muss das Unternehmen

---

[786] *v. Dryander/Niggemann*, in: Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, § 200 AktG, Rn. 1.
[787] *v. Dryander/Niggemann*, in: Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, § 199 AktG, Rn. 2.
[788] *Arnold*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 218 AktG, Rn. 19.
[789] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 35.
[790] *Küting/Reuter, in:* Küting/Pfitzer/Weber, Handbuch der Rechnungslegung - Einzelabschluss, 5. Aufl., § 272 HGB, Rn. 105.
[791] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 266.
[792] *Marx/Dallmann,* Stbg 2010, 453 (462).
[793] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 65.
[794] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 266.

selber erwirtschaftet haben,[795] wohingegen bei der Kapitalrücklage die Beträge von außen zugeführt werden.[796]

(1) Die gesetzliche Rücklage

Bei der GmbH ist keine gesetzliche Rücklage zu bilden.[797] Für die AG schreibt § 150 I, II AktG die Bildung einer gesetzlichen Rücklage vor. Die Verwendung der eingestellten Mittel unterliegt den Beschränkungen des § 150 III, IV AktG.

(2) Die Rücklage für Anteile an einem herrschenden Unternehmen

Nach § 272 IV 1 HGB muss für Anteile an einem herrschenden (vgl. § 17 I AktG) oder mit Mehrheit beteiligten Unternehmen (vgl. § 16 I AktG) eine Rücklage gebildet werden. In die Rücklage ist ein Betrag einzustellen, der dem auf der Aktivseite der Bilanz für die Anteile an dem herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten Unternehmen angesetzten Betrag entspricht (§ 272 IV 2 HGB).

Die Dotierung dieser Rücklage ist ausweislich des Wortlauts von § 272 IV 1 HGB („ist … zu bilden") von Gesetzes wegen obligatorisch. Zweck der Rücklage ist der Kapitalschutz.[798] Erwirbt eine Kapitalgesellschaft Anteile eines Unternehmens, das sie beherrscht oder an dem sie mit Mehrheit beteiligt ist, hat der Erwerbsvorgang bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Ähnlichkeit mit dem Erwerb eigener Anteile.[799]

Eigene Aktien sind für eine AG ohne Wert, denn sie stellen eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen dar, das der AG ohnehin gehört; eigene Aktien sind nur „wertlose Rechtshülsen".[800] Kauft die AG einem Aktionär dessen Aktien ab, stellt dies eine Einlagenrückgewähr dar, die aber von § 57 I 1 AktG verboten ist.[801] Als Rückgewähr gilt aber nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien (§ 57 I 2 AktG). Zulässig ist der Erwerb eigener Aktien, wenn die Voraussetzungen von § 71 I, II AktG eingehalten werden und zudem die von der AG erbrachte Gegenleistung nach dem Dafürhalten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 I 1 AktG) nicht überhöht ist.[802] Die eigenen Aktien stellen auch in der Zwangsvollstreckung keine geeignete Sicherheit für die Gläubiger dar, denn ihr Wert teilt das Schicksal des Gesellschaftsvermögens.[803] Nach § 272 Ia S.1 HGB ist konsequent der Nennbetrag der erworbenen eigenen Aktien offen vom gezeichneten Kapital abzuset-

---

[795] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2013, § 272 HGB, Rn. 105.
[796] *Hentze/Kehres,* Buchführung und Jahresabschluss in Krankenhäusern, 3. Aufl., 2007, S. 89.
[797] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2013, § 272 HGB, Rn. 107.
[798] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2013, § 272 Rn. 117.
[799] *Coenenberg/Haller /Schultze,* Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 22. Aufl., 2012, S. 340.
[800] *Brodmann,* Bank-Archiv 1932/33, 46 (47 f), zit. nach: Cahn, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 71 Rn. 1.
[801] *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 71 AktG, Rn. 19.
[802] *Cahn*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 71 AktG, Rn. 45.
[803] *Cahn*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 71 AktG, Rn. 14.

zen; sollten die Anschaffungskosten darüber hinausgehen, sind diese mit den frei verfügbaren Rücklagen zu verrechnen (§ 272 Ia S.2 HGB). Das Gesetz erkennt damit die wirtschaftliche Bedeutung des Aktienrückkaufs als Ausschüttung an.[804] Walter spricht ausdrücklich von der „Ausschüttung durch Aktienrückkauf".[805] Dieser bilanzrechtliche Gläubigerschutz wird flankiert von § 71 II 2 AktG. Diese Vorschrift gestattet einen Erwerb eigener Aktien nur, wenn die AG den Kaufpreis aus freien Rücklagen zahlen kann.[806]

Der Erwerb von Anteilen an einem herrschenden oder mit Mehrheit beteiligten Unternehmen würde in gleicher Weise bewirken, dass gezeichnetes Kapital an die Gesellschafter zurück fließt. Dies verstößt gegen das Verbot des § 57 I, III AktG bzw. § 30 I GmbHG. Dem unerlaubten Kapitalabfluss wird durch die Bildung der Rücklagenach § 272 IV HGB entgegengesteuert. Die Bilanzierung der Rücklage bewirkt zum einen eine Ausschüttungssperre.[807] Denn die Auflösung der Rücklage ist nur unter den Voraussetzungen des § 272 IV 4 HGB möglich. Zum anderen bezweckt die Dotierung der Rücklage die Information des Bilanzlesers darüber, dass infolge des Erwerbs der Anteile eventuell ein unausgeglichenes Jahresergebnis vorliegt.[808] Denn auch im Fall eines unausgeglichenen Jahresergebnisses muss die Rücklage gebildet werden; sie kann aus frei verfügbaren Rücklagen dotiert werden (§ 272 IV 3 HGB). Sind solche Rücklagen nicht zur Hand, muss die Rücklage nach § 272 IV 1 HGB dennoch geschaffen werden.[809]

(3) Die satzungsmäßigen Rücklagen

Satzungsmäßige Rücklagen (§§ 266 III A. III. 3., 272 III 2 Var. 2 HGB) sind zu bilden, wenn die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag dies zwingend vorschreiben.[810] Es handelt sich mithin um Pflichtrücklagen.[811] Das geht aus dem Wortlaut von § 272 III 2 Var. 2 HGB nicht hervor, denn dort spricht das Gesetz nur davon, dass die Rücklagen auf Gesellschaftsvertrag oder Satzung „beruhen". Auf Gesellschaftsvertrag oder Satzung beruhen aber auch Ermessensrücklagen. Ermessensrücklagen sind Rücklagen, zu deren Bildung der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung lediglich ermächtigen, wobei die Entscheidung über ihre Bildung im Ermessen der zuständigen Gesellschaftsorgane steht;[812] dies ist der Fall bei der Rücklage nach § 58 II 2 AktG.[813] Die Differenzierung

[804] *Cahn*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 71 AktG, Rn. 14.
[805] *Walter,* Aktienrückkäufe – Rahmenbedingungen, Motive und Wertkonsequenzen, S. 25.
[806] *Cahn*, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 71 AktG, Rn. 225.
[807] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 HGB, Rn. 301.
[808] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 124.
[809] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 124.
[810] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 HGB, Rn. 250.
[811] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel D, Rn. 1860.
[812] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 114.
[813] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 HGB, Rn. 250.

zwischen Pflichtrücklagen und Ermessensrücklagen ist aber in § 270 II HGB angelegt, der Gewinnrücklagen einteilt in solche, die „nach Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung vorzunehmen sind“ und solche, die „auf Grund solcher Vorschriften beschlossen worden sind“.

Die gesetzliche Grundlage satzungsmäßiger Gewinnrücklagen ist § 29 I 1 GmbHG bzw. § 58 IV AktG.[814] Ihre Auflösung und Verwendung unterliegt keinen gesetzlichen Restriktionen. Satzung oder Gesellschaftsvertrag können die Verwendung der eingestellten Beträge an einen bestimmten Zweck binden, der in Gestalt eines „davon“-Vermerks oder im Anhang (§ 265 V 2 HGB) angegeben werden kann.[815]

(4) Die anderen Gewinnrücklagen

Als letzten Posten der Gewinnrücklagen sieht § 266 III A. III. 4. HGB die Bildung von „anderen Gewinnrücklagen“ vor. Die Bezeichnung wird auch von § 272 III 2 Var. 3 HGB aufgegriffen. Aufgrund der durch die Gesetzessystematik naheliegenden subsidiären Stellung der „anderen Gewinnrücklagen“ lässt sich der Begriff ex negativo dahingehend bestimmen, dass weder gesetzliche (§ 266 III A. III. 1. HGB) noch satzungsmäßige (§ 266 III A. III. 3. HGB) Rücklagen noch Rücklagen für Anteile an einem herrschenden oder mehrheitlich beteiligten Unternehmen (§ 266 III A. III. 2. HGB) vorliegen dürfen.[816] Positiv gewendet, sind „andere Gewinnrücklagen“ das Produkt der frei gefassten Entscheidung der zuständigen Gesellschaftsorgane über die Gewinnverwendung.[817] Sie werden freiwillig aus dem Ergebnis gebildet, ohne dass Gesetz oder Satzung/Gesellschaftsvertrag dies anordnen.[818]

Vorstand und Aufsichtsrat können aufgrund gesetzlicher Ermächtigung einen Betrag bis höchstens zur Hälfte des Jahresüberschusses (§ 58 II 1 AktG) und aufgrund satzungsmäßiger Ermächtigung (§ 58 II 2 AktG) auch einen darüber hinausgehenden Teil (freilich in den Grenzen des § 58 II 3, 4 AktG) in die anderen Gewinnrücklagen einstellen.

Eine Satzungsbestimmung nach § 58 I 1 AktG erfordert nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung der Hauptversammlung, Beträge aus dem Jahresüberschuss den anderen Rücklagen zuzuweisen. Diese „statutarische Zwangsklausel“ gestattet keine Ermessensentscheidung der Hauptversammlung;[819] es liegt demnach keine Ermessensrücklage vor.[820] Jedoch schreibt der Gesetzeswortlaut ausdrücklich

---

[814] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 113.
[815] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 113.
[816] *Hermanns*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 57d GmbHG, Rn. 14.
[817] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 115.
[818] *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 58 AktG, Rn. 5.
[819] *Cahn/v. Spannenberg,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 58 AktG, Rn. 23.
[820] *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 58 AktG, Rn. 26.

eine Einstellung in die andere Gewinnrücklage vor und nicht in die systematisch einschlägige satzungsmäßige Rücklage.

Nach § 58 III 2 AktG kann die Satzung die Hauptversammlung dazu ermächtigen, eine „andere Verwendung als nach § 58 III 1 AktG“ zu beschließen. Diese „andere Verwendung“ ist abzugrenzen von der Verteilung an die Aktionäre, welche die Satzung ganz oder teilweise ausschließen kann (§§ 58 III 2, IV, 254 I AktG). Die Verwendung nach § 58 III 1 AktG ist die Einstellung in die Gewinnrücklage oder der Gewinnvortrag. „Andre Verwendung“ meint auch nicht die Zuführung zu einer Kapitalrücklage, weil dies aktienrechtlich nicht vorgesehen ist.[821] Möglich ist damit nur eine Abführung der Mittel aus der Gesellschaft, etwa für gemeinnützige Zwecke.[822] Es kommt darauf an, dass der Bilanzgewinn an Nicht-Aktionäre fließt.[823] Mit Verweis darauf, dass aufgrund des satzungsmäßigen Ermessens in Bezug auf die „andere Verwendung“ keine satzungsmäßige Rücklage in Rede stehe, nimmt *Reiner* eine Ermessensrücklage an.[824]

Die Hauptversammlung kann gem. § 58 III 1 AktG „weitere Beträge“ – also über die im Jahresabschluss dotierten anderen Gewinnrücklagen hinaus – in Gewinnrücklagen einstellen.[825] Die korrespondierende Vorschrift bei der GmbH ist § 29 II GmbHG.

Den Eigenkapitalanteil von Wertaufholungen (§ 253 V AktG) und von Passivposten, die bei der steuerrechtlichen Gewinnermittlung gebildet wurden und nicht im Sonderposten mit Rücklageanteil ausgewiesen werden dürfen, können Vorstand und Aufsichtsrat in die anderen Gewinnrücklagen einstellen (§ 58 IIa 1 AktG). Dem korrespondiert die Regelung in § 29 IV 1 GmbHG.

Die anderen Gewinnrücklagen sind in ihrer Verwendung nicht beschränkt und zählen daher zu den „frei verfügbaren Rücklagen“ (vgl. §§ 268 VIII 1, 272 Ia S. 2, Ib S.2, IV 3 HGB).

dd) Der Gewinnvortrag

Wird die Bilanz vor Verwendung des Jahresergebnisses erstellt, ist der Gewinnvortrag gesondert zu bilanzieren. Dazu kann es bei einer GmbH kommen; aufgrund der Regelung des § 58 AktG entspricht das bei einer AG aber nicht der Praxis.[826] Die Höhe richtet sich nach dem letztjährigen Beschluss zur Ergebnisverwendung.[827]

Die Hauptversammlung bzw. die Gesellschafterversammlung fasst einen Beschluss bezüglich der Verwendung des Bilanzgewinns (§ 174 I AktG, § 29 II GmbHG). Der Betrag des Gewinns, der nach Abzug des an die Aktionäre auszuschüttenden Betrags (§

---

[821] *Cahn/v. Spannenberg,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 58 AktG, Rn. 86.
[822] *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 58 AktG, Rn. 91.
[823] *Cahn/v. Spannenberg,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 58 AktG, Rn. 86.
[824] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 113.
[825] *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 58 AktG, Rn. 88.
[826] *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, § 268 HGB, Rn. 1.
[827] *Reiner/Haußer*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 266 HGB, Rn. 96.

174 II Nr.2 AktG) und des in die Gewinnrücklage einzustellenden Betrags (§ 174 II Nr.3 AktG) übrig bleibt, ist der Gewinnvortrag (§ 174 II Nr. 4 AktG).
Wird die Bilanz nach voller oder teilweiser Verwendung des Jahresergebnisses aufgestellt (§ 268 I 1 HGB), tritt an die Stelle der Posten „Jahresüberschuss" und „Gewinnvortrag" der Posten „Bilanzgewinn" (§ 268 I 2 HS 1 HGB). Ein vorhandener Gewinnvortrag ist in den Posten „Bilanzgewinn" einzubeziehen und in der Bilanz oder im Anhang gesondert anzugeben (§ 268 I 2 HS 2 HGB).

ee) Der Jahresüberschuss

Der Jahresüberschuss ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Zum einen kann er verstanden werden als Differenz zweier Größen, nämlich dem Saldo aus Aktiva und Passiva des letzten Jahresabschlusses und dem Saldo aus Aktiva und Passiva des diesjährigen Jahresabschlusses.[828] Zum anderen kann der Jahresüberschuss erklärt werden als Differenz von Erträgen und Aufwendungen des betrachteten Geschäftsjahres.[829] In dieser Hinsicht ist der Jahresüberschuss ein Produkt der GuV (§ 275 II Nr. 20, III Nr.19 HGB) und stellt das wirtschaftliche Ergebnis des Unternehmens dar.[830] Wie auch der Gewinnvortrag darf der Jahresüberschuss nur als Bilanzposten zum Einsatz kommen, wenn die Bilanz vor Ergebnisverwendung aufgestellt wird (§ 268 I 1 HGB).

e) Die Ergebnisverwendung

aa) Das Verfahren bei der GmbH

Der Geschäftsführer stellt den Jahresabschluss auf (§ 264 I HGB). Nach einer ggf. erforderlichen Prüfung (§ 316 I HGB) legt der Geschäftsführer den Jahresabschluss der Gesellschafterversammlung vor (§ 42a I 1 GmbHG), damit diese die Höhe des Gewinns durch den Feststellungsbeschluss (§ 46 Nr.1 Var.1 GmbHG) bestimmen kann. Der so festgestellte Jahresüberschuss steht im Grundsatz den Gesellschaftern zu (§ 29 I 1 GmbHG). Nun hat es die Gesellschafterversammlung in der Hand, einen Beschluss über die Ergebnisverwendung zu fassen (§§ 46 Nr.1 Var.2, 29 II GmbHG). Diese Freiheit findet ihre Grenze in den Regeln der Kapitalerhaltung.
Der Grundsatz der Kapitalerhaltung ist in § 30 I GmbHG kodifiziert und besteht im Verbot, das zur Erhaltung des Stammkapitals (§ 3 I Nr.3 GmbHG) erforderliche Vermögen der GmbH an die Gesellschafter auszuzahlen. Diese Vorschrift wird flankiert durch die Rückzahlungspflicht in § 31 I GmbHG. Diese Vorschrift sieht vor, dass der Empfänger Zahlungen, die dem Verbot des § 30 I GmbHG zuwider geleistet worden sind, erstatten muss.

---

[828] *Reiner/Haußer*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 266 HGB, Rn. 97.
[829] *Salje,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 29 GmbHG, Rn. 18.
[830] *Reiner/Haußer*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 266 HGB, Rn. 97.

Während nach § 57 I 1 AktG die Rückgewähr von Einlagen generell nicht möglich ist, greift § 30 I GmbHG nur dann ein, wenn das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen dezimiert wird.[831] Eine solche unerlaubte Dezimierung ist zu bejahen, wenn durch die Zahlung an die Gesellschafter entweder eine Unterbilanz herbeigeführt oder eine bestehende Unterbilanz vertieft wird.[832] Eine Unterbilanz besteht, wenn die Stammkapitalziffer durch das Gesellschaftsvermögen nicht gedeckt ist.[833] Zur Ermittlung einer etwaigen Unterbilanz ist auf die Buchwerte abzustellen, die sich aus einer Fortschreibung der Handelsbilanz zum Zeitpunkt der Zahlung ergeben,[834] d.h. es ist eine Zwischenbilanz nach § 42 GmbHG zu erstellen.[835]

bb) Das Verfahren bei der Aktiengesellschaft

Bei der Aktiengesellschaft stellt der Vorstand den Jahresabschluss auf (§§ 242, 264 HGB). Danach muss der Vorstand den Jahresabschluss dem Aufsichtsrat vorlegen (§ 170 I 1 AktG); zugleich muss er den Aufsichtsrat über den Vorschlag zur Gewinnverwendung informieren, den er der Hauptversammlung unterbreiten will (§ 170 II1 AktG). Der Aufsichtsrat hat nun den Jahresabschluss zu prüfen (§ 171 I 1 AktG). Der Jahresabschluss wird demnach von Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam festgestellt, indem der Aufsichtsrat den Vorschlag des Vorstands annimmt.[836] Über die Verwendung des im Jahresabschluss festgestellten Gewinns beschließt die Hauptversammlung (§ 174 AktG). Die Hauptversammlung hat die Wahl, ob sie den Gewinn in die Gewinnrücklage einstellen (§§ 58 III, 152 III Nr.1, 174 II Nr. 3 AktG) oder an die Aktionäre als Dividende ausschütten will (§ 58 IV, 174 II Nr. 2 AktG). Dem Gewinnverwendungsbeschluss ist jedoch die Kompetenz von Vorstand und Aufsichtsrat vorgeschaltet, einen Teil des Gewinns (höchstens die Hälfte), in Gewinnrücklagen einzustellen (§§ 58 II 1, 152 III Nr. 2 AktG). Als Folge dieser Thesaurierung wird der Bilanzgewinn dezimiert.[837] Die thesaurierten Beträge nach § 58 II, III AktG sind „andere Gewinnrücklagen“ i.S.d. § 272 III 2 Var. 3 HGB.

f) Die Kapitalerhaltung in der AG

Die aktienrechtliche Kapitalverfassung sieht einen gestaffelten Schutz des Gesellschaftsvermögens vor: die Vorschriften der materiellen Kapitalerhaltung (also das Verbot der Einlagenrückgewähr, § 57 I 1 AktG) stellen sicher, dass das Grundkapital

---

[831] *Froning*, in: *Sudhoff,* Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005, § 46 Rn.24.
[832] *Nachmann/Betlehem*, in: *Kindler/Nachmann*, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 1. Ergänzungslieferung 2010, Rn. 344.
[833] *Goette*, DStR 1997, 1495 (1497).
[834] *Nachmann/Betlehem*, in: *Kindler/Nachmann*, Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 1. Ergänzungslieferung 2010, Rn. 344.
[835] *Goette*, DStR 1997, 1495 (1497).
[836] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 547.
[837] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 549.

und die gebundenen Rücklagen nicht abgezogen werden können.[838] Sind über das Stammkapital und die gebundenen Rücklagen hinaus Mittel vorhanden, greift das System der formellen Gesamtvermögensbindung.[839] Das nicht den Restriktionen der Kapitalerhaltung unterliegende Vermögen (freies Vermögen) kann nicht beliebig an die Aktionäre ausgeschüttet werden.

Dafür stehen vielmehr nur zwei Wege offen, und zwar die Gewinnausschüttung (§ 57 III AktG)[840] und der Erwerb eigener Aktien (§ 71 AktG).[841] Nach § 57 III AktG darf unter die Aktionäre nur der Bilanzgewinn verteilt werden; § 57 III AktG unterwirft das gesamte Gesellschaftsvermögen einer Bindung, von der lediglich der Gewinn ausgenommen ist, wenn ein Gewinnfeststellungs- und Verteilungsbeschluss getroffen wurde (§ 174 II Nr.1 AktG).[842] Bilanzgewinn ist der Jahresüberschuss, der unter anderem dadurch beeinflusst wird, dass er durch Entnahmen aus Gewinnrücklagen vermehrt (§ 158 I 1 Nr. 3 AktG) und durch Bildung von Gewinnrücklagen vermindert wird (§ 58 I 1 Nr. 4 AktG).

Indem nach § 57 III AktG nur der Bilanzgewinn verteilt werden darf, unterfällt der Rest des Gesellschaftsvermögens einer formellen Gesamtvermögensbindung.[843] Der Vorgang der Gewinnausschüttung hat im Hinblick auf Zuständigkeit und Verfahren im AktG eine detaillierte Regelung erfahren. Dabei zielen die Zuständigkeits- und Verfahrensregeln nicht ausschließlich auf den Schutz der Gesellschaftsgläubiger ab.[844] Denn das Vertrauen der Gesellschaftsgläubiger darauf, dass ausschüttungsfähiges Vermögen in der Gesellschaft verbleibt, erfährt in der gesetzlich normierten Kapitalverfassung der Aktiengesellschaft keinen Schutz.[845] Die Ausschüttungsvorschriften dienen vielmehr dem Schutz der Aktionäre, indem ihre Gleichbehandlung bei der Ausschüttung freien Vermögens gewährleistet werden soll.[846] Durch das formalisierte Verfahren der Dividendenausschüttung wird zudem verhindert, dass Vermögen jenseits des Bilanzgewinns verteilt wird; im Hinblick auf das Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane dient § 57 III AktG damit der Abgrenzung der Kompetenzen der Verwaltungsorgane von denen der Hauptversammlung.[847] Der Hauptversammlung steht die Befugnis zu, die Gewinnverteilung zu beschließen (§§ 119 I Nr. 2, 174 I 1, II Nr.1

---

[838] *Solveen*, in: Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, § 1 AktG, Rn. 25.
[839] *Bezzenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG, S. 12.
[840] *Bayer,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG, Rn. 1.
[841] *Solveen*, Hölters, Aktiengesetz, 1. Aufl. 2011, § 71 AktG Rn. 1.
[842] *Kowalewski,* Das Vorerwerbsrecht der Mutteraktionäre beim Börsengang einer Tochtergesellschaft, S. 405; *Bayer,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 57 AktG, Rn. 131.
[843] *Bezzenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG, S. 12.
[844] *Bommert*, Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, 1989, S. 98.
[845] *Bezzenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG, S. 13.
[846] *Bezzenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG, S. 13.
[847] *Henze,* in: Großkommentar Aktiengesetz, 4. Aufl., 2008, § 57 AktG, Rn. 7.

AktG). Die Hauptversammlung entscheidet darüber, dass überhaupt ausgeschüttet wird. Darüber hinaus bestimmt die Hauptversammlung den Zeitpunkt der Gewinnverteilung, wie sich aus § 59 AktG e contrario ergibt.[848] Diese Befugnisse dürfen nicht ausgehöhlt werden.

§ 57 AktG stellt auch den Schutz der Minderheitsgesellschafter sicher. Dass auch die satzungsmäßigen Gewinnrücklagen sowie die anderen Gewinnrücklagen (§ 158 I Nr. 3 lit. c, d AktG) von der Kapitalbindung erfasst werden, dient nicht lediglich dem Gläubigerschutz. Die genannten Rücklagen bildet die AG freiwillig und kann sie daher auch jederzeit zum Nachteil der Gläubiger wieder auflösen. Die AG hätte die Mittel auch als Gewinn ausschütten können. Allein die Tatsache, dass daraus eine Gewinnrücklage gebildet wurde, begründet noch kein schutzwürdiges Vertrauen der Gläubiger darauf, dass das Kapital weiterhin als Haftungssubstanz in der Gesellschaft verbleibt.[849]

Demgegenüber besteht der Zweck der materiellen Kapitalerhaltung darin, den Gesellschaftsgläubigern gewisse Teile des Gesellschaftsvermögens als Haftungssubstrat vorzuhalten;[850] damit mag eine Disziplinierungsfunktion für die Gesellschafter verbunden sein, indem es diesen nämlich nicht möglich ist, weiteres Vermögen von der Gesellschaft abzuziehen, so dass ihnen nichts anderes übrig bleibt, als alles daran zu setzen, eine wirtschaftliche Erholung der Unternehmung herbeizuführen, so dass ihre Einlagen nicht im Insolvenzverfahren an die vorrangigen Gläubiger verteilt werden.[851] Mithin ist davon auszugehen, dass der Regelungsgehalt des Verbots sonstiger Vermögensverteilung in § 57 III AktG mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 I AktG) deckungsgleich ist.[852] Sowohl § 57 I AktG als auch § 57 III AktG sind Ausdruck einer umfassenden Bindung des Gesellschaftsvermögens.[853]

Merkmal von Eigenkapital ist, dass eine Auszahlung an die Anteileigner nur aus dem freien Vermögen erfolgen kann.[854] Das freie Vermögen ist jedoch nur das Residuum, das verbleibt, wenn vom Gesellschaftsvermögen die Schulden, das Stammkapital und die gebundenen Rücklagen abgezogen werden.[855] Durch die Ausschüttung darf also keine Unterbilanz entstehen oder eine bestehende Unterbilanz vergrößert werden.[856] Diese Nachrangigkeit ist für die Gesellschaftsgläubiger erfreulich: weil kein unbedingter Anspruch auf Rückzahlung der Einlage besteht, wird der Eigenkapitalgeber

---

[848] *Henze,* in: Großkommentar Aktiengesetz, 4. Aufl., 2008, § 57 AktG, Rn. 7.
[849] *Drygala,* in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl., 2011, § 57 AktG, Rn. 11.
[850] *Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer, 1995, S. 276.
[851] *Bezzenberger*, Erwerb eigener Aktien durch die AG, S. 11.
[852] *Bayer*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 57 AktG, Rn. 131.
[853] *Cahn/v. Spannenberg,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 57 AktG, Rn. 85.
[854] *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 30 GmbHG, Rn. 6.
[855] *Vollmer/Maurer*, DB 1994, 1173 (1174).
[856] *Orthmann/Weber,* BB 2012, 1039 (1041).

vor Liquidation nur bedient, wenn freies Vermögen vorhanden ist. Befindet sich die Gesellschaft bereits in Liquidation, kann eine Zahlung an den Eigenkapitalgeber nur erfolgen, wenn ein Liquidationserlös vorhanden ist.[857]

g) Das Insolvenzverfahren

aa) Der Ablauf des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren nimmt seinen Anfang, wenn der Schuldner oder der Gläubiger (§ 13 I 2 InsO) einen schriftlichen Antrag stellt (§ 13 I 1 InsO). Der Insolvenzantrag ist begründet, wenn ein Insolvenzgrund gegeben ist (§ 16 InsO) und das Vermögen des Schuldners voraussichtlich ausreichen wird, die Verfahrenskosten zu zahlen (§ 26 I InsO).[858] „Allgemeiner", also für alle Schuldner geltender, Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 I InsO).[859] Beantragt der Schuldner die Verfahrenseröffnung, reicht auch die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 I InsO). Soll das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person eröffnet werden, ist auch die Überschuldung ein Eröffnungsgrund (§ 19 I InsO).

Ist der Antrag zulässig (§§ 11, 12 InsO) und begründet, beschließt das Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und ernennt zugleich einen Insolvenzverwalter (§ 27 I 1 InsO). Mit der Eröffnung geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 I InsO), der es in Besitz nimmt (§ 148 I InsO).

(1) Das Aussonderungsrecht

Hat ein Gläubiger einen dinglichen Anspruch oder einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch an einem Gegenstand, so ist der Gläubiger nach § 47 InsO aussonderungsberechtigt.[860] Diese massefremden Gegenstände gibt der Insolvenzverwalter an die aussonderungsberechtigten Gläubiger,[861] denn den Insolvenzgläubigern haftet nur das Vermögen des Schuldners (§ 35 InsO). Der aussonderungsberechtigte Gläubiger ist nicht Insolvenzgläubiger. Daher setzt er seinen Anspruch nicht im Wege der Anmeldung zur Tabelle (§§ 174, 177 InsO) durch, sondern „nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten" (§ 47 S.2 InsO), d.h. im Zivilprozess.[862]

(2) Das Absonderungsrecht

Hat ein Gläubiger ein Sicherungsrecht, verleiht ihm dieses das Recht zur abgesonderten Befriedigung (§ 49-51 InsO). Dahinter steht der Gedanke, dass dem Inhaber eines Sicherungsrechts nicht die Sache an sich, sondern ihr Wert zusteht, soweit die gesi-

---

[857] *Vollmer*, in: FS Bareis, S. 397 (404 f).
[858] *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, S. 55.
[859] *Ulbrich,* Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, S. 58.
[860] *Paulus*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2012, S. 21.
[861] *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, S. 12.
[862] *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 6. Aufl., S. 150.

cherte Forderung besteht. Die Sache selbst fällt in die Masse, doch dient der Verwertungserlös vorrangig der Befriedigung der gesicherten Forderung (§ 170 I 2 InsO).[863] Nach dem Berichtstermin (§ 156 InsO) verwertet der Insolvenzverwalter das zur Masse gehörende Vermögen (§ 159 InsO). Die Masse wird also in Geld umgesetzt, es sei denn, die Gläubiger beschließen anders.[864]

(3) Die Massegläubiger

Nun sind vorweg die Masseverbindlichkeiten zu berichtigen (§ 53 InsO). Dazu zählen zum einen die Kosten des Insolvenzverfahrens (§§ 53, 54 InsO); das sind die Gerichtskosten (§ 54 Nr.1 InsO) sowie die Vergütungen und Auslagen des Insolvenzverwalters (§ 54 Nr.2 InsO). Zum anderen sind die sonstigen Masseverbindlichkeiten zu bedienen (§§ 53, 55 InsO). Bei ihnen handelt es sich um Schulden, die während oder zumindest anlässlich des Insolvenzverfahrens begründet werden.[865]

(4) Die Insolvenzgläubiger

Die angemeldeten (§ 174, 177 InsO) und eingetragenen (§ 175 InsO) Forderungen der Gläubiger werden im Prüfungstermin auf ihren Betrag und Rang hin überprüft (§ 176 InsO). Erhebt weder ein Insolvenzgläubiger noch der Insolvenzverwalter Widerspruch, gelten die Forderungen als festgestellt (§ 178 I InsO). Ist die Forderung hingegen bestritten worden (§ 179 I InsO), kann der Gläubiger Klage auf Feststellung erheben (§ 180 I InsO). Nach dem allgemeinen Prüfungstermin (§ 187 I InsO) kann mit der Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§§ 38, 39 InsO) begonnen werden. Grundlage der Verteilung ist das Verteilungsverzeichnis (§ 188 InsO). Bereits jetzt können Abschlagsverteilungen stattfinden (§ 187 II InsO), wobei der Gläubigerausschuss (§ 67 InsO) den zu zahlenden Bruchteil bestimmt (§ 195 I InsO). Sobald die Verwertung der Insolvenzmasse beendet ist, kann im Schlusstermin (§ 197 InsO) die Schlussverteilung erfolgen (§ 196 I InsO).

bb) Der Begriff der Insolvenzmasse

Die Insolvenzmasse (§§ 35, 36 InsO) erfasst alle Gegenstände, die haftungsrechtlich dem Zugriff der Gläubiger unterliegen (Soll-Masse).[866] Demgegenüber erstreckt sich die Insolvenzmasse in §§ 47 I, 50 InsO auch auf diejenigen Gegenstände, die von einem Aussonderungs- oder Absonderungsrecht betroffen sind (Ist-Masse).[867] Unter Insolvenzmasse in §§ 187 ff InsO versteht man den Inbegriff der Gegenstände, der

---

[863] *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 6. Aufl., S. 157.
[864] *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, S. 12.
[865] *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, S. 38.
[866] *Lwowski/Peters,* in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2007, § 35 InsO, Rn. 20.
[867] *Lwowski/Peters,* in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2007, § 35 InsO, Rn. 20.

nach abgesonderter Befriedigung und Bedienung der Massegläubiger übrig bleibt (Teilungsmasse oder Aktivmasse).[868] Die Teilungsmasse wird an die Insolvenzgläubiger verteilt.[869]

cc) Der Grundsatz der Gleichbehandlung

Ziel des Insolvenzverfahrens als Gesamtvollstreckung ist es, die Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen (§ 1 S. 1 InsO). Die Insolvenzgläubiger sind grundsätzlich gleichrangig zu behandeln (par conditio creditorum),[870] so dass jeder quotal zu befriedigen ist.[871] Diese Gleichbehandlung pari passu creditorum findet aber nur innerhalb der jeweiligen Rangklasse statt.

dd) Die Rangklassen

Zunächst hat die Gruppe der Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO („Rangklasse 0“) Zugriff auf die Masse. Es schließen sich die nachrangigen Insolvenzgläubiger (§ 39 I InsO) an, die in fünf Gruppen (§ 39 I Nr.1-5 InsO) unterteilt sind, die sukzessive zum Zuge kommen („Rangklasse 1-5“)[872]. Daraufhin werden die Forderungen derjenigen Gläubiger befriedigt, die mit dem Schuldner den Nachrang im Insolvenzverfahren vereinbart haben („Rangklasse 6“)[873]. Bleibt danach ein Überschuss, hat der Insolvenzverwalter diesen an den Schuldner herauszugeben (§ 199 InsO). In diese „Rangklasse 7“ fallen die Gesellschafter der insolventen Gesellschaft.[874] Nach Vollzug der Schlussverteilung beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 I InsO).

ee) Der Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung

Der Zweck des Rangrücktritts besteht darin, die Passivierung der Darlehensforderung in der Überschuldungsbilanz nach § 19 II 1 InsO zu vermeiden.[875] Überschuldung liegt nach § 19 II 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt.

(1) Die Überschuldungsbilanz

Aus § 19 II InsO ergibt sich aber nicht, ob die Handelsbilanz als Grundlage für die Feststellung der Überschuldung herangezogen werden kann. Es entspricht aber allgemeiner Ansicht, dass die Handelsbilanz kein geeignetes Instrumentarium bereit-

---

[868] *Hirte,* in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 35 InsO, Rn. 6.
[869] *Lwowski/Peters,* in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2007, § 35 InsO, Rn. 21.
[870] *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, S. 5.
[871] *Foerste*, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, S. 6.
[872] *Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 39 InsO, Rn. 1.
[873] *Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 39 InsO, Rn. 52.
[874] Lörsch, Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 41.
[875] Budde, ZinsO 2010, 2251 (2261).

stellt, um die Frage nach der Überschuldung zu beantworten.[876] Ist in einer Gesellschaft kein Eigenkapital mehr vorhanden, führt dies zur handelsbilanziellen Überschuldung, nicht aber zwingend zur rechtlichen Überschuldung.[877]

Die rechtliche Überschuldung ergibt sich nicht aus der Handelsbilanz, sondern aus dem Überschuldungsstatus.[878] Der Überschuldungstatus wird auch als Überschuldungsbilanz bezeichnet. [879] Dabei handelt es sich um eine Sonderbilanz.[880] Ein gewichtiger Unterschied zwischen Handels- und Überschuldungsbilanz besteht darin, dass das Verbot der Bilanzierung von stillen Reserven nur für die Handelsbilanz gilt.[881] Im Überschuldungsstatus kann hingegen eine buchmäßige Überschuldung durch stille Reserven ausgeglichen werden.[882]

Zweck des Überschuldungsstatus ist, Aufschluss über Vermögen und Schulden der Schuldner-Gesellschaft zu geben. Mit Blick auf ein etwaiges Insolvenzverfahren soll klar werden, in welcher Höhe Vermögenswerte vorhanden sind, die dann zur Befriedigung der Gläubiger eingesetzt werden können.[883]

(2) Die rechtliche Überschuldung

Bei der Ermittlung der Überschuldung ist von der gesetzlichen Grundlage auszugehen. Dabei legt § 19 II InsO ein zweistufiges Vorgehen nahe.[884] Aus § 19 II InsO ergibt sich keine Prüfungsreihenfolge zwischen rechnerischer Überschuldung und der Fortbestehensprognose. Daher ist davon auszugehen, dass die beiden Tatbestandsmerkmale der rechtlichen Überschuldung selbständig nebeneinander stehen.[885] Das hat zur Konsequenz, dass bei positiver Fortbestehensprognose die Erstellung einer Überschuldungsbilanz nicht mehr erforderlich ist.[886] Systematisch ist daher die Prüfung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens vorrangig, wie auch § 19 II 1 HS 2 InsO nahelegt.[887]

---

[876] BGH, Urteil vom 8.01.2001, Az II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (267f).
[877] *Uhlenbruck,* in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 18 InsO, Rn. 10.
[878] *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus,* in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kapitel 17, Rn. 36.
[879] *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus,* in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kapitel 17, Rn. 36.
[880] *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus,* in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kapitel 17, Rn. 36.
[881] *Seppelt,* BB 2010, 1395 (1395).
[882] *Uhlenbruck,* in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 18 InsO, Rn. 10.
[883] *Höffner,* BB 1999, 198 (202 f).
[884] *Bußhardt,* in: Braun, Insolvenzordnung, 5. Aufl., 2012, § 19 InsO, Rn. 13.
[885] *K. Schmidt*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Rn. 5.62 ff.
[886] BGH, ZIP 1998, 776.
[887] *Schmid,* in: Rattunde, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Rn. 357.

(a) Die Fortführungsprognose

Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist (§ 19 II 2 InsO).[888] Dies bezeichnet man als prognostisches Element.[889]

(b) Die Ermittlung der rechtlichen Überschuldung

Im zweiten Schritt geht es darum, ob eine rechtliche Überschuldung vorliegt (§ 19 II 1 InsO). Zu diesem Zweck ist eine Überschuldungsbilanz zu erstellen. Ansatz und Bewertung der Vermögensgegenstände bestimmen sich nach dem Ergebnis der Fortführungsprognose. Bei positiver Fortführungsprognose sind die Vermögensgegenstände zum Fortführungswert auszuweisen. Fällt die Fortführungsprognose dagegen negativ aus, ist auf die Liquidationswerte abzustellen.

Es muss geklärt werden, ob das Aktivvermögen ausreicht, um die Verbindlichkeiten zu decken. Überschuldung tritt ein, wenn die Schulden nicht mehr durch das Vermögen (angesetzt zu Liquidationswerten) gedeckt sind.[890]

Der Begriff der Überschuldung ist abzugrenzen von der Unterbilanz und der Unterkapitalisierung. Eine Unterbilanz liegt vor, wenn das Eigenkapital geringer ist als der Nennbetrag des Stammkapitals bzw. des Grundkapitals.[891] Dazu kommt es, wenn die Verluste des laufenden Geschäftsjahres größer sind als der Betrag aus Gewinnvorträgen und Rücklagen.[892] Eine Kapitalgesellschaft ist unterkapitalisiert, wenn ein Missverhältnis zu beobachten ist zwischen Eigenkapital und Fremdkapital.[893]

(3) Der Rangrücktritt zur Vermeidung der rechtlichen Überschuldung

(a) Die grundsätzliche Passivierungspflicht

In der Überschuldungsbilanz sind Gesellschafterdarlehen grundsätzlich zu passivieren. Denn Gesellschafterdarlehen sind Verbindlichkeiten der Gesellschaft (§ 19 II 1 InsO). Sie gehören zu den nachrangigen Verbindlichkeiten, und zwar in der fünften Rangklasse (§ 39 I Nr.5 InsO).

---

[888] *Schmid,* in: Rattunde, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Rn. 358.
[889] *Uhlenbruck,* in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 19 Rn. 22.
[890] *Schmid,* in: Rattunde, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Rn. 354.
[891] *Goette,* DStR 1997, 1496.
[892] *Schmid,* in: Rattunde, Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Rn. 352.
[893] *Uhlenbruck,* in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 19 Rn. 26.

(b) Ausnahmsweise keine Passivierungspflicht

(aa) Der Rücktritt gem. § 19 II 3 InsO

Nach § 19 II 3 InsO sind Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen nur dann nicht zu passivieren, wenn gem. § 39 II InsO der Nachrang hinter Forderungen gem. § 39 I Nr. 5 InsO vereinbart wurde.

Bei § 39 II InsO handelt es sich um eine Auslegungsregel.[894] Damit ist ihr Anwendungsbereich auf die Fälle beschränkt, in denen Zweifel bezüglich der Tiefe des Rangrücktritts verleiben. Zunächst ist der gewünschte Rang durch Auslegung der Willenserklärungen zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB).[895] Vereinbaren die Parteien einen unspezifischen Rangrücktritt des Gläubigers, wird seine Forderung „im Zweifel" nach den Forderungen des § 39 I InsO berichtigt.

Damit ergibt sich folgende Befriedigungsreihenfolge:[896] zunächst werden die Forderungen der Gläubiger in den Rangklassen der § 39 I Nr. 1-5 InsO berichtigt. Darauf folgt in der 6. Rangklasse der Gläubiger mit dem Rangrücktritt nach § 39 II InsO. Schließlich wird ein eventuell verbleibender Überschuss an die Gesellschafter verteilt (§ 199 S. 2 InsO). *Altmeppen* formuliert anschaulich: „die den Rangrücktritt erklärenden Gesellschafter-Kreditgeber [werden] nicht *wie,* sondern *vor* den Gesellschaftern befriedigt."[897]

Der Rangrücktritt hat keine Auswirkungen auf die Passivierung der Verbindlichkeit in der Handelsbilanz;[898] betroffen ist lediglich die Überschuldungsbilanz.

(bb) Der qualifizierte Rangrücktritt

Nach der vor Einführung des § 19 II 3 InsO ergangenen Rechtsprechung des BGH zur Behandlung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter im Überschuldungsstatus war zur Vermeidung einer Passivierungspflicht ein qualifizierter Rücktritt erforderlich. Ein solcher war zu bejahen, wenn „der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und - bis zur Abwendung der Krise - auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt […] werden […]."[899]

---

[894] *Hirte,* in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 39 InsO, Rn. 54.
[895] *Heckschen,* in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2012, N, Rn. 230.
[896] *Hirte,* in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl., 2010, § 39 InsO, Rn. 53.
[897] *Altmeppen,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl., 2012, § 42 GmbHG Rn. 50.
[898] *Altmeppen,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 42 GmbHG Rn. 49.
[899] BGH, Urteil vom 8. 1. 2001, Az II ZR 88/99, NJW 2001, 1280.

Der Gesellschafter musste also in die siebte Rangklasse (§ 199 S.2 InsO) zurücktreten.[900] Demgegenüber reicht nach § 39 II InsO ein Rücktritt in die sechste Rangklasse aus. Terminologisch ist daher darauf zu achten, den Rangrücktritt gem. § 39 II InsO vom qualifizierten Rücktritt abzugrenzen.[901]

Die Passivierungspflicht in der Handelsbilanz blieb vom qualifizierten Rangrücktritt unberührt.[902] Teilweise wird der Rangrücktritt gem. § 39 II InsO als „qualifizierter Rangrücktritt" bezeichnet.[903] Dem ist nicht zu folgen. „Qualifizierter Rangrücktritt" ist ein Terminus technicus, den der BGH im Zusammenhang mit eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen gebildet hat. Der qualifizierte Rangrücktritt in der Terminologie des BGH hat einen Rücktritt des Gläubigers in die siebte Rangklasse zur Folge, wohingegen der Rücktritt gem. § 39 II InsO den Gläubiger in die sechste Rangklasse stellt.

h) Der für die Eigenkapitalqualifikation erforderliche Rücktritt

aa) Der qualifizierte Rangrücktritt

Nach *Vollmer* kann Genussrechtskapital nur als Eigenkapital qualifiziert werden, wenn es den Vorschriften der Kapitalerhaltung (§ 57 I 1, III AktG, § 30 I 1 GmbHG) genügt. Dies sei nur dann der Fall, wenn ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart werde.[904] Dafür werden zwei Argumente angeführt.

Zum einen wird das Genussrechtskapital nur befristet überlassen. Der Rückzahlungsanspruch besteht dann unabhängig davon, ob bei dessen Erfüllung eine Unterbilanz geschaffen wird. Damit ist die Pufferwirkung[905] des Genussrechtskapitals nicht so wirkungsvoll wie die von echtem Eigenkapital.[906] Informationsfunktion und Ausschüttungsbemessungsfunktion der Bilanz werden beeinträchtigt, weil der vom Genussrechtskapital de facto gewährte Gläubigerschutz hinter den normativen Erwartungen der Kapitalerhaltung zurückbleibt.[907]

Zum anderen ermöglicht die Bilanzierung von Genussrechtskapital als Eigenkapital das Unterlaufen der Kapitalerhaltungsvorschriften. Das Eigenkapital wird durch den Posten „Genussrechtskapital" vergrößert. Auf diese Weise kann es dazu kommen, dass das Eigenkapital nur aufgrund der Einbeziehung des Genussrechtskapitals die Schwelle überschreitet, die in Gestalt der Stammkapitalziffer und der gebundenen

---

[900] *Haas,* DStR 2009, 326 (327).
[901] Vgl. *Kahlert/Gehrke,* DStR 2010, 227 (231).
[902] *Schildknecht,* DStR 2005, 181 (183 f).
[903] *Rusch/Brocker,* ZIP 2012, 2193 (2196).
[904] *Vollmer*, in: FS Bareis, S. 397 (405).
[905] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 16.
[906] *Vollmer*, in FS Bareis, S. 397 (405).
[907] *Vollmer*, in FS Bareis, S. 397 (405).

Rücklagen aufgrund der Kapitalerhaltungsvorschriften besteht.[908] Die Gesellschaft verfügt dann über freies Vermögen, das ohne das Genussrechtskapital nicht bestünde. In dieser Konstellation kann „echtes" Eigenkaptal ausgeschüttet werden, während das Genussrechtskapital in der Gesellschaft verbleibt.[909] Aufgrund von dessen begrenzter Laufzeit ist der Gläubigerschutz beeinträchtigt. Daher sei ein qualifizierter Rangrücktritt erforderlich, um den haftungsmäßigen Gleichlauf mit dem „echten" Eigenkapital herzustellen.[910]

bb) Der einfache Rangrücktritt

Dieser Ansicht ist aus mehreren Gründen nicht zu folgen. Zwar hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung zur Passivierung eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens mit Rangrücktritt zwischen dem einfachen und dem qualifizierten Rangrücktritt differenziert.[911]

Bezüglich des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens in der Überschuldungsbilanz bestand nach dem BGH keine handelsbilanzielle Passivierungspflicht, wenn ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart wurde. Dies war der Fall, wenn „der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und - bis zur Abwendung der Krise - auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital."[912]

Damit verlangte der qualifizierte Rangrücktritt vom Gläubiger zweierlei: zunächst musste er sich damit begnügen, mit seiner Forderung nach allen anderen Gläubigern befriedigt zu werden. Darüber hinaus wurde er in die Rangklasse der Eigenkapitalgeber gewiesen.

Überträgt man diese doppelte Voraussetzung auf Genussrechtskapital, wäre die Hürde für eine Eigenkapitalklassifikation nach dem BGH bedeutend höher als die nach dem IDW HFA. Denn nach der Auffassung des IDW HFA kommt es in der Sache darauf an, dass das Genussrechtskapital auch in der Insolvenz des Unternehmens als Haftungssubstanz greifbar ist.[913] Auf welche Weise intern die Insolvenzmasse zwischen

---

[908] *Vollmer*, in FS Bareis, S. 397 (405).
[909] *Vollmer*, in FS Bareis, S. 397 (405).
[910] *Vollmer*, in FS Bareis, S. 397 (406).
[911] BGH, Urteil vom 8.01.2001, Az II ZR 88/99, DStR 2001, 175.
[912] BGH, Urteil vom 8.01.2001, Az I ZR 88/99, DStR 2001, 175.
[913] IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420); Böhlmann/Engels, Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (404).

den Genussrechtsinhabern und den Eigenkapitalgebern verteilt wird, ist insoweit ohne Belang.[914]

Fraglich ist zunächst, ob die vom BGH aufgestellten Grundsätze überhaupt auf Genussrechtskapital Anwendung finden können. Dagegen ist anzuführen, dass sich das Gesellschafterdarlehen in seiner Rechtsnatur von einem Genussrecht unterscheidet. Doch bei der im Bilanzrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist der Blick auf die Gemeinsamkeiten beider Finanzinstrumente zu richten: in beiden Fällen geht es darum, dass ein Gesellschaftsgläubiger einen Sanierungsbeitrag leistet, der mit einem Rangrücktritt einhergeht.[915] Ziel ist in beiden Konstellationen die Beseitigung der Überschuldung.[916]

Auch ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht des Schuldners, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, lediglich dem Interesse der Gesellschaftsgläubiger dient. Das Insolvenzverfahren steht im Dienste einer bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger.[917] Ist der Schuldner nicht mehr in der Lage, die Forderung aller Gläubiger zu berichtigen, erscheint dem Gesetzgeber das Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung nicht mehr sachgerecht. An die Stelle eines Wettlaufs der Gläubiger soll die gemeinsame Befriedigung treten (§ 1 S.1 InsO).[918] In diesem Sinne verdichtet sich bei Kapitalgesellschaften das Recht des Schuldners auf Stellung des Insolvenzantrags (§§ 13 I 2, 15 InsO) zu einer Pflicht (§ 15a I 1 InsO). Die Antragspflicht hat vorrangig den Zweck, die Vermögensinteressen der Gläubiger zu schützen.[919] Unterlässt der Vorstand oder Geschäftsführer die Antragstellung, macht er sich möglicherweise der Insolvenzverschleppung schuldig (§ 15a IV, V InsO). Diesen Gläubigerschutz kann bereits ein einfacher Rangrücktritt (§§ 19 II 3, 39 II InsO) wirkungsvoll sicherstellen.[920] Ob der Nachrang des Genussrechtskapitals einfach oder qualifiziert ausgestaltet ist, hat für die Gesellschafts-Gläubiger keine Auswirkungen.[921] Dass der Gesellschafter-Gläubiger mit seiner Darlehensforderung in die Rangklasse der Gesellschafter mit ihren Einlagen (§ 199 InsO) gedrängt wird, tangiert das Außenverhältnis der Gesellschaft zu Drittgläubigern nicht. Betroffen ist lediglich das Innenverhältnis. Die interne Auseinandersetzung ist aber keine Domäne des Insolvenzrechts.[922] Ausreichend erscheint daher ein einfacher Rangrücktritt.[923]

---

[914] IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[915] *Loitz/Schulze*, DB 2004, 769 (770).
[916] *Hultsch/Roß/Drögemüller*, BB 2007, 819 (820).
[917] *Ganter*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2007, § 1, Rn.20.
[918] *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 6. Aufl., S. 1.
[919] *Kiethe/Hohmann*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl. 2010, § 15a InsO, Rn. 2.
[920] *Sester*, ZBB 2006, 443 (460).
[921] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 172.
[922] *Kozikowski/Schubert*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 247, Rn. 232.
[923] Vgl. *Schmeisser/Clausen*, DStR 2008, 688 (691).

2. Erfolgsabhängigkeit der Vergütung und Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe

Für den Ausweis als Eigenkapital ist erforderlich, dass die gesetzlichen Regelungen der Kapitalerhaltung nicht unterlaufen werden. Ein Verstoß gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung ist möglich bei erfolgsunabhängigen Vergütungen und bei Beschränkung der Teilnahme am Verlust.

a) Die Erfolgsabhängigkeit der Vergütung

Die Vergütung für die Kapitalüberlassung ist dann erfolgsabhängig, wenn sie ausschließlich aus solchen Bestandteilen des Eigenkapitals entrichtet wird, die keinen besonderen Schutz vor Ausschüttungen erfahren.[924]

b) Die Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe

aa) Die Verlustbeteiligung

Der Genussrechtsinhaber nimmt am Verlust bis zur vollen Höhe teil, wenn das Genussrechtskapital spätestens im Rückzahlungszeitpunkt an eventuell eingetretenen Verlusten partizipiert – und zwar in dem Umfang, in dem diese nicht von Eigenkapitalposten kompensiert werden können, die ihrerseits keinen besonderen Schutz gegen Ausschüttung genießen.[925] Auf diese Weise soll verhindert wird, dass infolge der Rückzahlung des Genussrechtskapitals das bilanzielle Eigenkapital derart verringert wird, dass auch diejenigen Posten, denen besonderer Schutz vor Ausschüttung zukommt, dezimiert würden.[926]

Sind Verluste eingetreten, müssen diese zunächst mit dem Genusskapital verrechnet werden. Erst wenn das Genusskapital vollständig erschöpft ist, kann eine Verlustverrechnung mit den gegen Ausschüttung besonders geschützten Bestandteilen des Eigenkapitals stattfinden.[927] Besonders geschützt sind das gezeichnete Kapital und die im Gesetz vorgeschriebenen Rücklagen.[928]

bb) Die Abgrenzung zur Nachrangigkeit

Das Kriterium der Nachrangigkeit und das Erfordernis der Verlustteilnahme haben beide denselben Regelungsgegenstand.[929] Es geht um die Haftungsfunktion des Eigenkapitals. Die beiden Kriterien stehen unabhängig nebeneinander. Denn sie unterscheiden sich in ihrem sachlichen Anwendungsbereich.[930]

---

[924] Stellungnahme IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[925] Stellungnahme IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[926] Stellungnahme IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[927] Stellungnahme IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[928] *Rusch/Brocker,* ZIP 2012, 2193 (2196).
[929] *Wengel*, DStR 2000, 395 (396).
[930] a.A.: *van Husen,* Genussrechte Genussscheine Partizipationskapital, S. 128, der annimmt, der Rang spiele sowohl bei der „Beteiligung am Liquidationserlös“ als auch bei der „Regelung der Verlustteilnahme“ eine „besondere Rolle“.

Die Nachrangigkeit des Genussrechtskapitals stellt die Funktion des Genussrechtskapitals als Verlustpuffer sicher, wenn das Unternehmen liquidiert wird.[931] Ist das Genussrecht nachrangig ausgestaltet, haftet es in der Liquidation zunächst den Fremdkapitalgebern; der Genussrechtsinhaber erhält den Rest. Der Nachrang betrifft das Verhältnis des Rückzahlungsanspruchs des Genussrechtsinhabers zum Einlagenrückgewähranspruch des Gesellschafters.[932]

Demgegenüber kommt die Verlustbeteiligung bei Fortführung des Unternehmens zum Einsatz und gewährleistet, dass das Genussrechtskapital laufende Verluste puffert.[933] Nimmt das Genussrecht am Verlust teil und endet das Genussrechtsverhältnis bei fortgeführtem Unternehmen, erhält der Genussrechtsinhaber den um einen eingetretenen Verlust – anteilig – geminderten Nennbetrag des Genussrechtskapitals zurück.[934] Der einbehaltene Betrag haftet den Fremdkapitalgebern. Das Genussrechtskapital wird „aufgezehrt".[935] Das Eigenkapital der Gesellschaft wird durch die Verlustbeteiligung des Genussrechtskapitals vor stetiger Dezimierung bewahrt.[936]

3. Die Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung

Erforderlich für die Eigenkapitalqualifikation ist zudem, dass das Genussrechtskapital für einen längerfristigen Zeitraum zur Verfügung gestellt wird. Während dieses Zeitraums muss die Rückzahlung ausgeschlossen sein.[937]

a) Die Umqualifizierung des Eigenkapital-Genussrechts in Abhängigkeit der Restlaufzeit

Wird Kapital befristet überlassen, stellt sich die Frage, ob während der Laufzeit eine Umqualifikation des Eigenkapitals in Fremdkapital zu erfolgen hat, wenn die verbleibende Restdauer der Überlassung nur noch kurz ist.

aa) Die Umqualifizierung

Nach *Lutter* muss eine solche Umqualifizierung durchgeführt werden, wenn die verbleibende Restlaufzeit nicht mehr ausreicht, um eine bilanzielle Behandlung als Eigenkapital zu rechtfertigen.[938] Denn durch Zeitablauf nimmt das Genussrechtskapital immer mehr die Gestalt einer feststehenden Verbindlichkeit an. Der Übergang vollzieht sich aber nicht stufenweise, sondern in einem kontinuierlichen Übergang; demgegenüber stellt die bilanzielle Umqualifikation eine abrupte Änderung dar. Die Festsetzung eines bestimmten Zeitpunktes ist daher rechtfertigungsbedürftig.

---

[931] *Küting/Kessler,* BB 1994, 2103 (2105).
[932] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 173.
[933] *Wengel*, DStR 2000, 395 (396).
[934] *Emde,* Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, 1987, S. 22.
[935] *Hellerfort,* Die globale Finanzmarktkrise, S. 59.
[936] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 173.
[937] Stellungnahme IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[938] *Lutter*, DB 1993, 2441 (2445).

bb) Die Bestimmung eines Zeitpunktes der Umqualifizierung

Einen möglichen normativen Anknüpfungspunkt stellt § 10 V Nr. 4 KWG dar.[939] Nach § 10 II 2 KWG gehört zum Eigenkapital auch das Ergänzungskapital nach § 10 IIb Nr.4 i.V.m. § 10 V KWG. Dem Ergänzungskapital können aber nur Kapitalposten zugerechnet werden, bei denen der Rückzahlungsanspruch nicht in weniger als zwei Jahren fällig wird oder aufgrund des Vertrags fällig werden kann (§ 10 V Nr. 4 KWG). Übertragen auf Genussrechte hat das zur Folge, dass das Genussrechtskapital zwei Jahre vor Fälligkeit seine Eigenschaft als Eigenkapital verliert.[940]

Einer Übertragung des Rechtsgedankens aus dem KWG ist jedoch nicht zuzustimmen. Eine Änderung der Eigenkapitalqualität des Genussrechtskapitals in Abhängigkeit der Restlaufzeit ist nicht sachgerecht. Denn die Eigenkapitalqualifikation in der Handelsbilanz und in § 10 KWG sind nicht deckungsgleich. Das ergibt sich schon aus der unterschiedlichen Zielsetzung der handelsbilanziellen und der bankaufsichtsrechtlichen Eigenkapitalanforderungen.[941] In der Handelsbilanz geht es um Rechnungslegung; die Bilanz soll im Rahmen der Dokumentations-, Informations- und Zahlungsbemessungsfunktion das Eigenkapital ausweisen. § 10 KWG behandelt hingegen das Eigenkapital als Haftungssubstanz, auf die bei einer Insolvenz zurückgegriffen werden kann.[942] Ziel des Gesetzes ist, die Sicherheit des Vermögens zu gewährleisten, welches die Anleger den Kreditinstituten überlassen haben (vgl. § 10 I 1 KWG). Der Charakter des Gesetzes ist aufsichtsrechtlicher Natur, es geht um die Statuierung von aufsichtsrechtlichen Standards für die Kapitalausstattung international tätiger Banken.[943] Aufgrund dieser spezifisch aufsichtsrechtlichen Zielsetzung auch der Zwei-Jahres-Frist in § 10 V Nr.4 KWG lässt sich dieser Vorschrift kein allgemeiner Rechtsgedanke entnehmen, der auf die Bilanzierung von Genussrechten übertragen werden kann.

cc) Ergebnis

Daher ist eine Wandlung des Genussrechtskapitals von Eigen- in Fremdkapital in Abhängigkeit von der Restlaufzeit abzulehnen.[944] Ein ausreichender Gläubigerschutz kann dadurch sichergestellt werden, dass die Restlaufzeit im Anhang aufgeführt wird.[945]

---

[939] *Lutter*, DB 1993, 2441 (2445).
[940] *Lutter*, DB 1993, 2441 (2445).
[941] IDW HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (420).
[942] *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, Kreditwesengesetz, 4. Aufl., 2012, § 10, Rn. 12.
[943] *Boos*, in: *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, Kreditwesengesetz, 4. Aufl., 2012, § 10, Rn. 2.
[944] *Schaber/Kuhn/Eichhorn*, BB 2004, 315 (317).
[945] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 179; *Schaber/Kuhn/Eichhorn*, BB 2004, 315 (317).

Anders stellt sich die Lage nach erfolgter Kündigung dar: in diesem Fall ist das Genussrechtskapital von der Kündigung bis zum Zeitpunkt der Auszahlung als Fremdkapital zu bilanzieren.[946]

Auch in der Konstellation, dass ein Kündigungsrecht dergestalt besteht, dass eine Kündigung vor Ablauf des Geschäftsjahres möglich ist, das auf den Abschlussstichtag folgt, ist eine Bilanzierung des Genussrechtskapitals als Fremdkapital erforderlich.[947]

b) Das Erfordernis der Längerfristigkeit

aa) Die zeitliche Erstreckung der Überlassung beim klassischem Eigenkapital

Eine Zusammenschau der Eigenkapitalbestandteile des § 272 HGB und des § 266 III A. HGB zeigt, dass die Gemeinsamkeit der klassischen Eigenkapitalpositionen nicht darin besteht, dass die Mittel dem Unternehmen zeitlich unbegrenzt überlassen sind.[948] Schon nach der gesetzlichen Konzeption der Finanzverfassung der AG ist möglich, dass vor Liquidation Eigenkapital aus der Gesellschaft abgeführt wird. Im Zuge einer Kapitalherabsetzung kann das Grundkapital bis zum Mindestnennbetrag des § 228 AktG herabgesetzt werden. Übersteigen die gesetzliche Rücklage (§ 150 I, II AktG) und die Kapitalrücklage (§ 272 II Nr. 1-3 HGB) zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals, so darf der übersteigende Betrag verwandt werden zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gem. §§ 207-220 AktG (§ 150 IV 1 Nr. 3 AktG). Auf dem Wege einer anschließenden Kapitalherabsetzung können genau diese Mittel ausgeschüttet werden.[949] Der Ausschüttung von Gewinnrücklagen setzt keine gesetzliche Kapitalerhaltung Grenzen. Vorstand und Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung können über einen Gewinnverwendungsbeschluss die eingestellten Mittel der Ausschüttung zuführen.[950] Es handelt sich damit um „kurzfristiges Eigenkapital".[951]

Es gibt keine Dichotomie von unbefristetem Eigenkapital und befristetem Fremdkapital.[952] Die Dauer der Kapitalüberlassung ist kein „typologisch tauglicher Ansatz" zur Unterscheidung von Fremd- und Eigenkapital.[953]

bb) Die Mindestüberlassungsdauer

Weitgehend besteht Einigkeit, dass Eigenkapital im Grundsatz auch dann bejaht werden kann, wenn der Gläubiger bereits vor Insolvenz oder Liquidation einen Rückfor-

---

[946] *Schaber/Kuhn/Eichhorn*, BB 2004, 315 (317).
[947] IDW HFA, Wpg 1994, 419 (420).
[948] *Schweitzer/Volpert*, BB 1994, 821 (823 f).
[949] *Schweitzer/Volpert*, BB 1994, 821 (824).
[950] *Schweitzer/Volpert*, BB 1994, 821 (824).
[951] *Vormbaum,* Finanzierung der Betriebe, 1990, S. 37.
[952] *Ekkenga,* Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt, 1998, S. 232.
[953] *Ekkenga,* Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt, 1998, S. 232.

derungsanspruch hat.[954] Die Gläubigerschutzfunktion streitet dafür, dass eine bestimmte Mindestdauer der Kapitalüberlassung vereinbart werden muss.[955]

Unklar ist, wie genau Längerfristigkeit zu definieren ist.[956] Die vertretenen Auffassungen schöpfen ein breites Spektrum aus:[957] angepeilt wird eine Laufzeit von genau fünf Jahren,[958] mindestens fünf Jahren,[959] fünf bis sieben Jahren,[960] fünf bis acht Jahren,[961] fünf bis zehn Jahren,[962] fünf bis 15 Jahren,[963] sieben Jahren,[964] i.d.R. mehr als sieben Jahren,[965] sieben bis zehn Jahren,[966] zehn Jahren,[967] zehn bis 15 Jahren,[968] 15 bis 20 Jahren,[969] 15 bis 25 Jahren,[970] 20 Jahren[971] und 20 bis 25 Jahren[972]. 30 Jahre stellt eine Obergrenze dar, ab der ein Rückzahlungsanspruch wirtschaftlich nicht mehr ins Gewicht falle.[973]

Küting/Kessler verlangen – in Anlehnung an § 10 V Nr.3 KWG – eine Mindestüberlassungsdauer von fünf Jahren und – mit Blick auf § 10 V Nr.4 KWG – eine Mindestkündigungsfrist von zwei Jahren, damit das Kriterium der Längerfristigkeit bejaht werden kann.[974] *Knebel/Schmidt*[975] und *Manz/Lammel*[976] erwarten eine Mindestlaufzeit von fünf Jahren, die den Bestimmungen in § 10 V Nr. 3 KWG und § 53c III 1 Nr.3a VAG entnommen ist. Die Überlassung des Genussrechtskapitals für weniger als fünf Jahre sei im Hinblick auf dessen Eigenkapitalqualität „grundsätzlich nicht akzeptiert wer-

---

954 *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 235.
955 *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 235.
956 *Mutter*, Vermögensmanagement für Familienunternehmer, S. 306.
957 *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 234 m.w.N.
958 *Theisinger,* Bilanzierung von Genussrechtskapital, 2002, S. 11.
959 *Wengel,* DStR 2000, 395 (397).
960 *Ebert,* Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, S. 179; *Conrad,* Mezzanine-Kapital als alternative Finanzierungsform für den deutschen Mittelstand im Hinblick auf Basel II, S. 27.
961 *Göttert*, Genussscheine als Instrument der Unternehmensfinanzierung und der Mitarbeiterbeteiligung, S. 44.
962 *Conrad,* Mezzanine-Kapital als alternative Finanzierungsform für den deutschen Mittelstand im Hinblick auf Basel II, S. 43; *Brüse,* Mezzanine-Kapital für den Mittelstand, 2011, S. 36.
963 *Baiker,* Mezzanine Kapital, 2010, S. 11; *Frick,* Bilanzierung von Mezzanine Capital als Herausforderung für das Bonitätsrating, 2006, S. 65.
964 *Kröber,* Equity Mezzanine – Genussrechte im Rahmen eigenkapitalnaher Mezzanine als Finanzierungslösung für den deutschen Mittelstand, S. 38.
965 *Wöltje,* Investition und Finanzierung, S. 483.
966 *Ziehe,* Innovative Finanzierungsinstrumente im Krankenhaus, 2009, S. 84, Fn. 356.
967 *Theisinger,* Bilanzierung von Genussrechtskapital, 2002, S. 11; BGH, Urteil vom 09.11.1992, Az II ZR 230/91, NJW 1993, 400.
968 *Lühn,* Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 16.
969 *Emmerich/Naumann*, Wpg 1994, 677 (683).
970 *Bigus*, DWB 2007, 7 (10); *Patzak*, Alternative Finanzierungsinstrumente für Krankenhäuser, 2009, S. 191, Fn. 986.
971 *Theisinger,* Bilanzierung von Genussrechtskapital, 2002, S. 11.
972 *Häuselmann,* in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § § 10, Rn. 210.
973 BMF, Schreiben vom 8.12.1986, Az IV B 7 – S 2742 – 26/86, BB 1987, 667.
974 *Küting/Kessler*, BB 1994, 2103 (2112).
975 *Knebel/Schmidt,* BB 2009, 430 (432).
976 *Manz/Lammel,* GmbHR 2009, 1121 (1122).

den".[977] Eine Laufzeit von weniger als fünf Jahren sei kurzfristig und bewirke den fremdkapitalnahmen Charakter des Genussrechts.[978] Doch ist der Rechtsgedanke aus diesen Normen nicht übertragbar, denn der Regelungszweck ist ein anderer.[979]

Emmerich/Naumann setzen einen Zeitraum von mindestens 15 Jahren voraus.[980] Sie stützen sich dabei auf empirische Erhebungen, die ergeben, dass die meisten beteiligungsähnlichen Genussrechte mit einer Laufzeit zwischen 15 und 20 Jahren vereinbart werden.[981] *Mutter* stellt eine „Verkehrsauffassung" fest, die Laufzeiten in dieser Größenordnung für geboten hält.[982] Bei einer Untersuchung des deutschen Marktes für Genussrechte[983] kommt *Kröber* zum Ergebnis, dass die Laufzeit eines Genussrechts sieben Jahre beträgt.[984] Nach *Ebert* ist im Hinblick auf die „in der Praxis üblichen Maßstäbe" eine Laufzeit von fünf bis sieben Jahren erforderlich.[985] *Göttert* konstatiert eine „mittelfristige Laufzeit" von fünf bis acht Jahren.[986] *Conrad* zeigt sich flexibel und geht im Hinblick auf die Möglichkeiten der Gestaltung von Genussrechtsbedingungen von einer festen Laufzeit aus, die „i.d.R." fünf bis zehn Jahre betrage.[987] Für den Eigenkapitalcharakter der Genussrechte betrachtet sie demgegenüber eine Mindestlaufzeit von fünf bis sieben Jahren „i.d.R." als ausreichend.[988] *Brüse* geht von einer Laufzeit aus, die sich „i.d.R." zwischen fünf und zehn Jahren bewegt.[989] *Ziehe* beobachtet, dass Genussrechte „i.d.R." zu einer Laufzeit zwischen sieben und zehn Jahren ausgegeben werden.[990] *Schmeisser/Clausen* verweisen darauf, Genussrechte eine durchschnittliche Laufzeit von fünf bis zehn Jahren hätten, während börsennotierte Genussscheine auf zehn bis 15 Jahre angelegt seien.[991] Nach *Frick* und *Baiker* wird Genussrechtskapital „i.d.R." zwischen fünf und 15 Jahre überlassen.[992] *Lühn* kommt zum

---

[977] *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, S. 401 (404).
[978] *Schmeisser/Clausen*, DStR 2008, 688 (689).
[979] Stellungnahme des IDW HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (420).
[980] *Emmerich/Naumann*, Wpg 1994, 677 (684).
[981] *Emmerich/Naumann*, Wpg 1994, 677 (683).
[982] *Mutter*, Vermögensmanagement für Familienunternehmer, S. 307.
[983] *Kröber,* Equity Mezzanine – Genussrechte im Rahmen eigenkapitalnaher Mezzanine als Finanzierungslösung für den deutschen Mittelstand, S. 36 ff.
[984] *Kröber,* Equity Mezzanine – Genussrechte im Rahmen eigenkapitalnaher Mezzanine als Finanzierungslösung für den deutschen Mittelstand, S. 38.
[985] *Ebert,* Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, S. 179.
[986] *Göttert*, Genussscheine als Instrument der Unternehmensfinanzierung und der Mitarbeiterbeteiligung, S. 44.
[987] *Conrad,* Mezzanine-Kapital als alternative Finanzierungsform für den deutschen Mittelstand im Hinblick auf Basel II, S. 43.
[988] *Conrad,* Mezzanine-Kapital als alternative Finanzierungsform für den deutschen Mittelstand im Hinblick auf Basel II, S. 27.
[989] *Brüse,* Mezzanine-Kapital für den Mittelstand, 2011, S. 36.
[990] *Ziehe,* Innovative Finanzierungsinstrumente im Krankenhaus, 2009, S. 84, Fn. 356.
[991] *Schmeisser/Clausen*, DStR 2008, 688 (689 f).
[992] *Baiker,* Mezzanine Kapital, 2010, S. 11; *Frick,* Bilanzierung von Mezzanine Capital als Herausforderung für das Bonitätsrating, 2006, S. 65.

Ergebnis, dass „die meisten Genussscheine“ eine Laufzeit zwischen zehn und 15 Jahren hätten.[993] Eine Beschränkung der Laufzeit auf höchstens zehn Jahre indiziert nach Auffassung des BGH eine „obligationsähnliche“ Ausgestaltung des Genussrechts.[994]
Vielen Auffassungen liegt die Annahme zugrunde, dass eine praktische Übung normative Kraft gewinnt und zu einer Verkehrsauffassung erstarkt.[995] Zur Begründung einer bestimmten Mindestlaufzeit wird zumeist knapp darauf verwiesen, dass „i.d.R.“ eine gewisse Laufzeit eingehalten wird. Dem ist nicht zu folgen. Aus einem „Sein“ folgt kein „Sollen“. Auch für klassisches Eigenkapital kann nicht generell eine unbegrenzte Überlassung verlangt werden. Auf das Erfordernis einer Mindestüberlassungsdauer sollte ganz verzichtet werden.

c) Das Kündigungsrecht

Das Recht des Genussrechtsinhabers zur ordentlichen Kündigung führt nicht per se dazu, dass das Genussrecht nicht mehr zum Eigenkapital zählt.[996] Es darf aber keine Möglichkeit eingeräumt werden, kurzfristig das Kapital fällig zu stellen.[997] Hat der Genussrechtsinhaber ein Kündigungsrecht, soll nach *Hofert/Arends* die Mindestkündigungsfrist bei zwei Jahren liegen.[998] *Bigus* nennt eine Kündigungsfrist von wenigstens fünf Jahren.[999] Dem ist nicht zu folgen. Entscheidend für den Bilanzausweis ist nur, dass eine Kündigung zu einem Zeitpunkt des laufenden Geschäftsjahres ausgeschlossen ist. Denn ab dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung ist das Genussrecht umzuqualifizieren. Kann das Genussrecht nur zum Ende des Geschäftsjahres gekündigt werden und ist am Bilanzstichtag eine Kündigung nicht ausgesprochen worden, ist das Genussrecht im Eigenkapital auszuweisen.[1000]

III. Der Bilanzposten des Genussrechtskapitals

1. Die erfolgswirksame Vereinnahmung

Weist das Genussrecht Eigenkapitalqualität auf, bestehen für die Behandlung auf Seiten des Genussrechtsemittenten zwei Möglichkeiten: die erfolgswirksame Vereinnahmung und die erfolgsneutrale Bilanzierung.[1001] Die Weichenstellung erfolgt dergestalt, dass der Wille desjenigen, der das Genussrechts in das Gesellschaftsvermögen einzahlt, darüber entscheidet, welcher Weg eingeschlagen wird. Dabei ist ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu beachten. Grundsätzlich wird das eingezahlte Genussrechts-

[993] *Lühn,* Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 16.
[994] BGH, Urteil vom 09.11.1992, Az II ZR 230/91, NJW 1993, 400.
[995] Vgl. *Mutter*, Vermögensmanagement für Familienunternehmer, S. 307.
[996] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 20.
[997] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 235.
[998] *Hofert/Arends,* ZIP 2005 1297 (1301).
[999] *Bigus*, DWB 2007, 7 (10).
[1000] *Küting/Kessler/Harth*, BB 1996, Beilage 4, S. 1 (15).
[1001] *Habersack*, in: Münchener Kommentar AktG, § 221 Rn. 353.

kapital in der Bilanz ausgewiesen und dort in das Eigenkapital eingestellt.[1002] Der Genussrechtsinhaber hat es mit seiner Leistungszweckbestimmung in der Hand, ein abweichendes Resultat herbeizuführen.

a) Voraussetzung der erfolgswirksamen Vereinnahmung

Die erfolgswirksame Vereinnahmung ist an zwei Voraussetzungen gebunden. Zum einen muss der Genussrechtsinhaber ausdrücklich einen Ertragszuschuss leisten. Zum zweiten darf dem Genussrechtsinhaber nicht das Recht zustehen, das Genussrechtskapital zurückzufordern.[1003]

b) Der Ausweis bei erfolgswirksamer Vereinbarung

Wurde das Genussrechtskapital erfolgswirksam vereinnahmt, findet es Eingang in die Gewinn- und Verlustrechnung. Dort sind unter dem Posten „außerordentliche Erträge" diejenigen Erträge auszuweisen, die außerhalb der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft anfallen (§ 277 IV 1 HGB). Der Zweck der Regelung besteht darin, Sondereffekte getrennt von der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zu erfassen.[1004] Sondereffekte bestehen darin, dass sie nicht vorhersehbar sind.[1005] Sie übersteigen in dreierlei Hinsicht den Rahmen des üblichen Geschäftsganges:[1006] (1) Sie sind in Bezug auf ihre Art ungewöhnlich. (2) Sie treten selten auf. (3) Ihnen kommt „einige materielle Bedeutung zu". Nach abweichender Auffassung begründet bereits die Ungewöhnlichkeit und die Seltenheit des Vorkommnisses die Außergewöhnlichkeit eines Geschäftsvorfalles, ohne dass die Frage nach der materiellen Bedeutung aufzuwerfen ist.[1007] Der Streit braucht hier nicht entschieden zu werden, denn die Ausgabe eines beteiligungsähnlichen Genussrechts erfüllt die drei Voraussetzungen der Definition der herrschenden Meinung. Die Finanzierung durch Genussrechtskapital ist in der Geschäftstätigkeit von Kapitalgesellschaften ihrer Art nach ungewöhnlich; eine Kapitalgesellschaft greift selten auf das Finanzinstrument „Genussrecht" zurück. Vorherrschend ist die Finanzierung über Fremdkapital. Wegen des in der Regel großen Volumens beim Debt-Mezzanine-Swap ist das Geschäft auch materiell von einiger Bedeutung. Regelmäßig ist daher das Genussrechtskapital unter dem Posten „außerordentlicher Ertrag" (§ 277 IV 1 HGB) auszuweisen.[1008] Der Posten ist hinsichtlich des Betrags und seiner Art im Anhang näher zu erläutern (§ 277 IV 2 HGB).

[1002] Stellungnahme des IDW, HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (421).
[1003] Stellungnahme des IDW, HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (421).
[1004] *Reiner/Haußer*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 277 HGB Rn. 37.
[1005] *Reiner/Haußer*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 277 HGB Rn. 35.
[1006] *Kessler/Freisleben*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 277 Rn. 90.
[1007] *Förschle, in:* Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl., 2012, § 275 HGB, Rn 220.
[1008] Stellungnahme des IDW, HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (421).

2. Die erfolgsneutrale Bilanzierung

Der Normalfall der Behandlung des Genussrechtskapitals bei der emittierenden Gesellschaft ist die erfolgsneutrale Bilanzierung.[1009]

a) Sonderposten „hybride Finanzinstrumente“ zwischen Eigen- und Fremdkapital

Zu klären ist, wo genau in der Bilanz das Genussrecht anzusetzen ist. Möglich erschiene es, einen Sonderposten „hybride Finanzinstrumente“ zwischen Eigen- und Fremdkapital zu bilden.[1010] Erforderlich sei eine „Durchbrechung der bisherigen Zweiteilung des bilanziellen Gliederungsschemas“.[1011] Nur so könne die besondere Bedeutung des befristeten beteiligungsähnlichen Genussrechtskapitals hinreichend verdeutlicht werden.[1012] So schlagen *Baetge/Brüggemann* vor, das Genussrecht in einem gesonderten Posten zwischen Eigenkapital und Rückstellungen anzusiedeln.[1013] Dagegen spricht, dass das HGB klar zwischen Eigen- und Fremdkapital trennt. Das Genussrechtskapital ist hybrides Kapital. Doch gibt es in Handels- und Steuerrecht klare Vorgaben, die eine Zuordnung des Genussrechtskapitals zum Eigen- oder Fremdkapital gestatten. Eine bilanzielle Zwitterstellung ist daher weder erforderlich noch nützlich.

Die Kapitalgesellschaft ist gehalten, in ihrer Bilanz ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögenslage zu zeichnen (§ 264 II 1 HGB). Dazu gehört das Verhältnis von Vermögen und Schulden,[1014] wie es im bilanziellen Eigenkapital abgebildet wird.[1015] Die Informationsfunktion der Bilanz wird beeinträchtigt, wenn dem Genussrechtskapital ein Sonderposten zwischen Eigen- und Fremdkapital zugewiesen wird. Für den Adressaten der Bilanz ist nicht ersichtlich, ob das Genussrechtskapital bilanziell dem Eigen- oder Fremdkapital zuzurechnen ist.[1016] Diese eindeutige Zuordnung ist aber in der Bilanz zu leisten, denn § 247 I HGB verlangt, dass Eigenkapital und Schulden getrennt zu erfassen sind.[1017]

Kapitalgesellschaften haben einen Lagebericht aufzustellen (§ 264 I 1 HGB). Der Lagebericht hat eine ausgewogene und umfassende, dem Umfang und der Komplexität der Geschäftstätigkeit entsprechende Analyse des Geschäftsverlaufs und der Lage der Gesellschaft zu enthalten (§ 289 I 2 HGB). In die Analyse sind die für die Geschäftstä-

---

[1009] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 77.
[1010] Dürr, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 232.
[1011] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 33.
[1012] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 33.
[1013] *Baetge/Brüggemann,* DB 2005, 2145, (2151 f).
[1014] *Dürr*, Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, S. 232.
[1015] *Hilgard,* BB 2013, 937 (938).
[1016] *Küting/Kessler, Harth*, BB Beilage 4, 1996, S. 1 (16).
[1017] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 187.

tigkeit bedeutsamsten finanziellen Leistungsindikatoren einzubeziehen und unter Bezugnahme auf die im Jahresabschluss ausgewiesenen Beträge und Angaben zu erläutern (§ 289 I 3 HGB). Zu den finanziellen Leistungsindikatoren gehört auch die Eigenkapitalquote.[1018]

Um die Eigenkapitalquote zu ermitteln, muss der Unternehmer das Genussrechtskapital entweder als Eigen- oder als Fremdkapital zugrunde legen. Im Rahmen dieser Berechnung muss der Unternehmer – für interne Zwecke – klar Stellung beziehen. Doch enthält der Lagebericht oftmals keine hinreichenden zusätzlichen Erläuterungen, die es dem Bilanzleser ermöglichen, sich die für die Bestimmung der Eigenkapitalquote angenommene Positionierung des Genussrechtskapitals zu erschließen.[1019] Ein Dritter muss dann den Genussrechtsvertrag zu Hilfe nehmen, um die Eigenkapitalqualität des Genussrechtskapitals zu eruieren.[1020]

b) Ein Posten im Eigenkapital

Handelt es sich beim Genussrecht um ein beteiligungsähnliches, ist fraglich, wo innerhalb des Eigenkapitals das Genussrechtskapital auszuweisen ist.

aa) Ein Posten in § 266 III A. HGB

§ 265 V 1 HGB hielte das rechtstechnische Instrumentarium bereit, dem Genussrecht durch Aufgliederung eines gesetzlich vorgesehenen Eigenkapitalpostens des § 266 III A. HGB einen Platz zu verschaffen. In diesem Sinne befürwortet *Lorch* einen Ausweis des Genussrechtskapitals innerhalb des gezeichneten Kapitals.[1021]

Groh lehnt dagegen ausdrücklich eine Bilanzierung im gezeichneten Kapital und in den Kapitalrücklagen ab.[1022] Das Genussrecht lasse sich weder den Eigenkapitalbestandteilen des § 272 BGH (gezeichnetes Kapital, Kapitalrücklage, Gewinnrücklage) noch den von § 266 HGB zusätzlich genannten Gliederungsposten (Gewinnvortrag, Jahresüberschuss) zuordnen.[1023] Insbesondere würden Genussrechte von keiner der Kapitalrücklagen in § 272 II HGB erfasst.[1024] *Marzinkowski* schließt eine Bilanzierung im gezeichneten Kapital und in den Gewinnrücklagen aus.[1025] Dem ist zu folgen. Aufgrund seiner hybriden Natur unterscheidet sich das Genussrecht derart von den konventionellen Positionen des Eigenkapitals, dass eine Untergliederung eines vorhandenen Eigenkapital-Postens mit dem Grundsatz der Bilanzklarheit nicht zu vereinba-

---

[1018] *Langseder*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 9 Rechnungslegung, Rn. 124.
[1019] *Küting/Kessler/Harth*, BB Beilage 4, 1996, S. 1 (16).
[1020] *Küting/Kessler/Harth*, BB Beilage 4, 1996, S. 1 (16).
[1021] *Lorch,* Der börsenfähige aktienähnliche Genussschein, S. 119 ff.
[1022] *Groh*, BB 1993, 1882 (1889).
[1023] *Groh*, BB 1995, 559 (559).
[1024] *Förschle/Kropp*, in: *Budde/Förschle/Winkeljohann*, Sonderbilanzen, 4. Aufl. 2008, E. Sonderbilanz bei Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, Rn. 54.
[1025] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 188.

ren wäre. In § 272 II Nr. 3 und Nr. 4 HGB werden nur Zahlungen eingestellt, die von Personen stammen, die der Gesellschaft auf mitgliedschaftlicher Basis verbunden sind.[1026] In Betracht kommen Gesellschafter und solche, die es werden wollen (Noch-Nicht-Gesellschafter) und daher bereits zum Jetzt-Zeitpunkt eine „unentziehbare Anwartschaft auf eine Gesellschafterstellung" haben.[1027]

bb) Ein separater Posten im Eigenkapital

Nach § 265 V 2 HGB dürfen in der Bilanz neue Posten hinzugefügt werden, wenn ihr Inhalt nicht von einem vorgeschriebenen Posten gedeckt ist. Das Genussrecht lässt sich in keinen der Eigenkapitalposten einfügen, die § 266 III A. HGB vorhält.[1028] Innerhalb des Eigenkapitals ist daher dem Genussrecht ein separater Posten zuzuweisen.[1029] Es ist ein Sonderposten innerhalb des Eigenkapitals zu bilden.[1030] Insoweit spricht man von „Sondereigenkapital".[1031]

Die Stellungnahme des Hauptfachausschusses der Wirtschaftsprüfer sieht vor, dass für das Genussrechtskapital ein gesonderter Posten innerhalb des Eigenkapitals zu bilden ist.[1032] Dieser separate Posten ist im Anschluss an das gezeichnete Kapital oder nach den Gewinnrücklagen oder als Abschlussposten des Eigenkapitals zu platzieren.[1033] *K. Schmidt*,[1034] *Knobbe-Keuk*[1035] und *Reiner/Haußer*[1036] plädieren dafür, das Genussrecht nach dem gezeichneten Kapital zu positionieren. *Claussen/Korth*[1037] und *Merkt*[1038] sprechen sich dafür aus, dem Genussrecht seinen Platz nach den Gewinnrücklagen zuzuweisen. *Wittmann/Ruß*[1039] und *Wiese/Dammerer*[1040] bevorzugen einen Ausweis des Genussrechts als „letzten Posten des Eigenkapitals". *Förschle/Hoffmann* schlagen beispielhaft vor, das Genussrecht nach dem gezeichneten Kapital oder nach den Gewinnrücklagen in die Bilanz aufzunehmen.[1041]

[1026] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 188 f.
[1027] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az I R 26/04, BFH/NV 2006, 616.
[1028] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 246 Rn. 88.
[1029] *Johannemann*, in: *Lüdike/Sistermann*, Unternehmenssteuerrecht, 1. Aufl. 2008, § 10, Rn. 24.
[1030] *Von Einem/Schmid/Pütz*, BB Beilage 2005, Nr. 15, S. 9 (12).
[1031] *Förschle/Kropp*, in: *Budde/Förschle/Winkeljohann*, Sonderbilanzen, 4. Aufl. 2008, Kapitel E, Rn. 54.
[1032] Stellungnahme HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (421).
[1033] Stellungnahme HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (421).
[1034] *K. Schmidt,* FS Goerdeler, 1987, S. 487 (495 f).
[1035] *Knobbe-Keuk,* Unternehmenssteuerrecht, § 4 V 1 c.
[1036] *Reiner/Haußer,* in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 266 HGB, Rn. 101.
[1037] *Claussen/Korth,* in: Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht, § 272 HGB, Rn 39, § 266 HGB, Rn 149.
[1038] *Merkt,* in: Baumbach/Hopt, § 266 HGB, Rn. 16.
[1039] *Wittmann/Ruß,* Stbg 2011, 127 (130).
[1040] *Wiese/Dammerer,* DStR 1999, 867 (870).
[1041] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 1.

Johannemann,[1042] *Küting/Kessler,*[1043] *Küting/Kessler/Harth,*[1044] *Lutter,*[1045] *Stadler,*[1046] *Schaber/Kuhn/Eichhorn,*[1047] *Natusch*[1048] und *Häger/Nottmeier*[1049] folgen der Stellungnahme des HFA und stellen die drei vom HFA vorgeschlagenen Varianten gleichberechtigt nebeneinander.

IV. Das Genussrecht im Anhang

1. Die Informationsfunktion des Anhangs

Bei Kapitalgesellschaften muss der Jahresabschluss um einen Anhang erweitert werden (§ 264 I 1 HGB). Dieser Anhang hält die nach §§ 284, 285 HGB erforderlichen Pflichtangaben bereit. In der Zusammenschau von Bilanz, Anhang und GuV (§ 264 I 1 HGB) soll sich nach der Konzeption des HGB ein „den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft" (§ 264 II 1 HGB) ergeben.[1050] Der Anhang ist Bestandteil des Jahresabschlusses. Er hat sowohl für die Gläubiger als auch die Gesellschafter eine Informationsfunktion.[1051]

a) Die Vermögenslage

Die Vermögenslage der Gesellschaft erschließt sich aus dem Verhältnis von Vermögen und Schulden (vgl. § 242 I 1 HGB).[1052] Im Anhang sind Informationen aufzunehmen, welche die Vermögenslage der Gesellschaft betreffen und sich nicht bereits aus der Bilanz erschließen.[1053]

b) Die Finanzlage

Die Finanzlage hat die Finanzstruktur des Unternehmens zum Gegenstand.[1054] Diese ergibt sich aus der Herkunft des Kapitals, der Verwendung des Kapitals sowie der Liquidität in Gegenwart und Zukunft.[1055] Die Finanzlage erfasst alle Gesichtspunkte, welche die Finanzierung des Unternehmens betreffen.[1056] Relevant sind Forderungen, Rückstellungen, Verbindlichkeiten sowie die derzeitigen und künftigen liquiden Mittel.[1057]

[1042] *Johannemann*, in: Lüdike/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Aufl. 2008, § 10 Hybride Finanzierungsformen, Rn. 24.
[1043] *Kessler/Küting*, BB 1994, 2103 (2111).
[1044] *Küting/Kessler/Harth*, BB Beilage 1996, Nr. 4, 1 (16).
[1045] *Lutter*, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., 1995, § 221 Rn. 416.
[1046] *Stadler*, NZI 2003, 579 (581 Fn. 25).
[1047] *Schaber/Kuhn/Eichhorn*, BB 2004, 315 (317).
[1048] *Natusch,* in: Häger/Elkemann-Reusch, Rn. 19.
[1049] *Häger/Nottmeier,* in: Häger/Elkemann-Reusch, Rn. 428.
[1050] *Poelzig*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 284 HGB Rn. 1.
[1051] *Volk,* BB 1987, 723 (723).
[1052] *Morck*, in: *Koller/Roth/Morck*, HGB, 7. Aufl. 2011, § 264 Rn. 8.
[1053] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 264 HGB Rn. 78.
[1054] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 264 HGB Rn. 80.
[1055] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 264 HGB Rn. 80.
[1056] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., Einf., Rn 30.
[1057] *Graf/Bisle*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 264 HGB Rn. 55f.

2. Das Genussrecht im Anhang der Bilanz einer AG

Den vom HGB vorgesehenen Inhalt des Anhangs ergänzt § 160 AktG um rechtsformspezifische Informationen bezüglich der Aktiengesellschaft;[1058] § 160 AktG statuiert insoweit Pflichtangaben.[1059] Nach § 160 I Nr. 6 AktG muss der Anhang „Angaben […] über Genussrechte" enthalten; dabei sind „Art und Zahl" der Genussrechte zu nennen. Die Art des Genussrechts wird hinreichend deutlich, wenn der Unternehmer den Inhalt des Genussrechts aufzeigt und dabei die wesentlichen Genussrechtsbedingungen kenntlich macht.[1060] Dazu gehören der Nennbetrag des Genussrechtskapitals, der Zeitpunkt der Ausgabe des Genussrechts, der mit der Ausgabe des Genussrechts verfolgte Zweck und die Rückzahlungsvereinbarung.[1061] Für den Fall der Verbriefung des Genussrechts ist darzulegen, ob die Form eines Namens-, Inhaber- oder Orderpapiers gewählt wurde.[1062]

Die Angaben zur Art des Genussrechts erstrecken sich auch auf diejenigen Genussrechtsbedingungen, die eine Eigenkapitalqualifikation des Genussrechts begründen.[1063] Der Unternehmer muss Auskunft darüber geben, ob das Genussrecht in Höhe des Nennbetrags am Verlust teilnimmt, ob die Vergütung erfolgsabhängig ausgestaltet ist, und ob der Genussrechtsinhaber im Fall der Insolvenz oder Liquidation nachrangig bedient wird.[1064] Außerdem sind die Gesamtlaufzeit und die Restlaufzeit des Genussrechts anzugeben.[1065] Es muss ersichtlich sein, zu welchem Zeitpunkt der Inhaber frühestens kündigen kann.[1066]

Die Regelung des § 160 I Nr. 6 AktG ist bei der GmbH analog anzuwenden. Planwidrig enthält das GmbHG keine Bestimmung über die Angaben zu Art und Anzahl der ausgegebenen Genussrechte im Anhang. Die Interessenlage ist vergleichbar. Wenn die GmbH beteiligungsähnliche Genussrechte ausgibt, besteht ebenfalls ein Bedürfnis nach Information über den erwarteten Gewinn und Liquidationserlös.[1067]

[1058] *Kessler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 160 AktG, Rn.1.
[1059] *Kessler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 160 AktG, Rn. 2.
[1060] *Ellrott,* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl., 2012, § 284 HGB, Rn 45.
[1061] *Oser/Holzwarth,* in: Küting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, §§ 284–288 HGB, Rn 626.
[1062] *Oser/Holzwarth,* in: Küting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, §§ 284–288 HGB, Rn 626.
[1063] *Kessler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 160 AktG, Rn. 53.
[1064] *Kessler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 160 AktG, Rn. 53.
[1065] *Kessler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 160 AktG, Rn. 53.
[1066] *Kessler*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 160 AktG, Rn. 53.
[1067] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 33.

3. Die Angaben zum Genussrecht

a) Sonstige finanzielle Verpflichtungen

Das betrifft insbesondere den Gesamtbetrag der sonstigen finanziellen Verpflichtungen, die nicht in der Bilanz enthalten und nicht nach § 251 HGB oder § 285 Nr. 3 HGB anzugeben sind, sofern diese Angabe für die Beurteilung der Finanzlage von Bedeutung ist (§ 285 Nr. 3a HS 1 HGB).[1068] Die „sonstige finanzielle Verpflichtung" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Der Begriff ist aus dem Sinn und Zweck der Norm heraus zu erschließen. Der Telos des § 285 Nr. 3a HS 1 HGB geht dahin, das Bild der Vermögenslage, wie es die Bilanz zeichnet, um weitere Details zu ergänzen.[1069]

b) Besondere Umstände

Führen besondere Umstände dazu, dass der Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild (§ 264 I 1 HGB) nicht vermittelt, so sind im Anhang zusätzliche Angaben zu machen (§ 264 II 2 HGB). Ob die Bilanz ein solches Bild vermittelt, bestimmt sich aus der Perspektive eines ordentlichen Kaufmanns. Fraglich ist, ob die Aussagekraft der Bilanz (ohne weitere Angaben im Anhang) die Erwartungen erfüllt, die ein ordentlicher Kaufmann üblicherweise bei einem Unternehmen vergleichbarer Art und Größe hat.[1070] Ist die Abweichung erheblich, trifft den Unternehmer eine Ausweispflicht für den Anhang.[1071]

c) Der Rückzahlungsanspruch

Wird ein Genussrecht in der Bilanz in das Eigenkapital aufgenommen, erzeugt das beim Adressaten der Bilanz möglicherweise die unzutreffende Vorstellung, dass der Gesellschaft konventionelles Eigenkapital zugeführt worden ist.[1072] Gewöhnliches Eigenkapital verbleibt dem Unternehmen i.d.R. bis zur Liquidation. Beim Genussrecht ist hingegen von Anfang an eine bestimmte Laufzeit vereinbart oder ein Kündigungsrecht vorgesehen. Der Leser der Bilanz soll erkennen, dass das Genussrecht dem Unternehmen Eigenkapital auf Zeit verschafft. Er soll daher wissen, für welchen Zeitraum das Genussrecht die für die handelsbilanzielle Eigenkapitalklassifikation entscheidenden Voraussetzungen aufweist, d.h. nachrangig ist, bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt und eine erfolgsabhängige Vergütung gewährt.[1073] Um über die Zeitliche Dimension des Genussrechtskapitals Aufschluss zu geben, ist zunächst der Zeitpunkt der Aufnahme offen zu legen.[1074] Von besonderer Bedeutung ist die Angabe des

---

[1068] *Graf/Bisle*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 264 HGB Rn. 51.
[1069] *Kessler*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 285 HGB Rn. 36.
[1070] *Graf/Bisle*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 264 HGB Rn. 69.
[1071] *Winkeljohann/Schellhorn,* in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl., 2012, § 264 HGB, Rn. 48 f.
[1072] So: *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 78.
[1073] Stellungnahme IDW HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (421).
[1074] *Hölzle*, KTS 2011, 291 (300).

frühestmöglichen Kündigungstermins.[1075] Ist das Genussrechtskapital befristet überlassen, muss im Anhang das Datum der Endfälligkeit genannt werden.[1076] Ein außenstehender Dritter soll sich eine verlässliche Vorstellung davon verschaffen können, wie lang die Restbindungsdauer des Genussrechtskapitals ist.[1077] Läuft die Befristung aus oder wurde gekündigt, müssen die überlassenen Mittel von „bilanziellem Eigenkapital" in „kurzfristig fällig werdende Fremdverbindlichkeiten" umqualifiziert werden.[1078] Das Genussrechtskapital ist zur Rückzahlung fällig. Der entstehende Rückzahlungsanspruch ist eine sonstige finanzielle Verpflichtung i.S.d. § 285 Nr. 3a HS 1 HGB oder ein besonderer Umstand i.S.d. § 264 II 2 HGB.

D. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz

I. Die normative Verankerung

Nach § 5 I 1 EStG ist „bei Gewerbetreibenden, die auf Grund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, oder die ohne eine solche Verpflichtung Bücher führen und regelmäßig Abschlüsse machen, für den Schluss des Wirtschaftsjahres das Betriebsvermögen anzusetzen (§ 4 I 1 EStG), das nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist, es sei denn, im Rahmen der Ausübung eines steuerlichen Wahlrechts wird oder wurde ein anderer Ansatz gewählt".

Nach allgemeiner Ansicht ist § 5 I 1 HS 1 EStG der normative Anknüpfungspunkt für den Grundsatz der Maßgeblichkeit, indem das Gesetz klarstellt, dass bestimmte Gewerbetreibende im Rahmen des Betriebsvermögensvergleichs (§ 4 I 1 EStG) nicht irgend ein Betriebsvermögen anzusetzen haben, sondern genau das Betriebsvermögen, das „nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist". Der Grundsatz der Maßgeblichkeit besteht demnach aus dem knappen Verweis des § 5 I 1 HS 1 EStG auf die handelsrechtlichen GoB.[1079]

II. Der persönliche Anwendungsbereich

Einigkeit besteht über den Geltungsbereich des Maßgeblichkeitsgrundsatzes. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz findet zum einen Anwendung bei „Gewerbetreibenden, die auf Grund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen". Derartige gesetzliche Buchführungs- und Abschlusspflichten bestehen im Handelsrecht und im Steuerrecht. Nach § 238 I 1 HGB ist jeder Kaufmann verpflichtet, Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens gemäß den GoB ersichtlich zu machen. Überdies hat er zum

[1075] Stellungnahme IDW HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (421).
[1076] *Hölzle*, KTS 2011, 291 (300).
[1077] *Bigus*, DBW 2007, 7 (9).
[1078] *Hölzle*, KTS 2011, 291 (300).
[1079] *Hummel*, FR 2010, 163 (163f).

Schluss eines jeden Geschäftsjahres einen Abschluss aufzustellen, der das Verhältnis seines Vermögens und seiner Schulden darlegt. Der Begriff des Kaufmanns ergibt sich aus § 1 I HGB (Ist-Kaufmann), § 2 S. 1 HGB (Kann-Kaufmann) und § 6 II HGB (Formkaufmann). §§ 241a, 242 IV HGB enthalten für Einzelkaufleute, die an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren nicht mehr als 500 000 Euro Umsatzerlöse und 50 000 Euro Jahresüberschuss aufweisen, eine Befreiung von der Buchführungs- und Abschlusspflicht.

§ 140 AO erstreckt die nach „anderen Gesetzen als den Steuergesetzen" bestehende Buchführungspflicht auf das Steuerrecht (derivative Buchführungspflicht). Das betrifft zunächst die handelsrechtlichen Buchführungs- und Abschlusspflichten, aber auch die besonderen Aufzeichnungspflichten aus den jeweiligen Sachgesetzen, wie etwa § 14 DepotG, § 21 StBerG, § 28 WEG. Daneben verpflichtet § 141 I 1 AO gewerbliche Unternehmer sowie Land- und Forstwirte zur Buchführung für steuerliche Zwecke, wenn sie eine bestimmte Größe in Bezug auf Umsatz, Vermögen oder Gewinn überschreiten.[1080] Damit konstituiert § 141 I 1 AO eine selbständige steuerrechtliche Pflicht zur Buchführung und zum Erstelen von Abschlüssen (originäre Buchführungspflicht).[1081]

III. Der sachliche Anwendungsbereich

Unklarheit besteht hingegen beim Regelungsgehalt des Maßgeblichkeitsgrundsatzes. Im Schrifttum wird häufig von der „Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz" gesprochen.[1082] Demgegenüber ist der Wortlaut des § 5 I 1 HS 1 EStG zurückhaltender, wenn der vom „Betriebsvermögen" spricht, das „nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung" auszuweisen ist. Die Vorschrift erklärt lediglich die handelsrechtlichen GoB für die Steuerbilanz maßgeblich.[1083] Grundlage der Steuerbilanz ist nicht die Handelsbilanz, die der Steuerpflichtige im konkreten Fall erstellt hat, sondern die Handelsbilanz, die nach den GoB aufzustellen gewesen wäre.[1084] Maßgeblich ist nicht die handelsrechtliche Gewinnermittlung, die der Steuerpflichtige konkret vorgenommen hat, sondern die handelsrechtliche Gewinnermittlung, die anhand der GoB vorzunehmen gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund setzt die Formel „Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz" implizit voraus, dass die in Rede stehende Handelsbilanz GoB-konform ist.

Allerdings dürfte es zu eng greifen, wenn manche Stimmen in der Literatur die Maßgeblichkeit der GoB auf den Ansatz des Betriebsvermögens in der Steuerbilanz be-

---

[1080] *Kußmaul/Gräbe*, StB 2010, 107 (107).
[1081] *Cöster*, in: Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2. Aufl., 2009, § 141 AO, Rn. 1.
[1082] *Söffing*, in: FS Budde, S. 635 (635).
[1083] *Steck*, StuB 2002, 487 (487).
[1084] BFH, Urteil vom 13.02.2008, Az I R 44/07, DStR 2008, 1126.

schränken wollen.[1085] Zuzugeben ist, dass der Wortlaut des § 5 I 1 HS 1 EStG „als Betriebsvermögen … anzusetzen" dafür spricht, dass die GoB nur hinsichtlich des Ansatzes, nicht aber der Bewertung für die Steuerbilanz maßgeblich sein sollen. Dem ist jedoch der Wortlaut des § 5 I 2 EStG entgegenzuhalten, der als Voraussetzung für die Ausübung der in § 5 I 1 HS 2 EStG angesprochenen steuerlichen Wahlrechte bestimmt, dass die betroffenen Wirtschaftsgüter in besondere Verzeichnisse aufzunehmen sind. Dabei ist die Rede von „Wirtschaftsgüter[n], die nicht mit dem handelsrechtlich maßgeblichen Wert in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesen werden". Das Gesetz geht mithin davon aus, dass die handelsrechtliche Bewertung der Vermögensgegenstände auch für die Steuerbilanz maßgeblich ist.[1086] Dieses Ergebnis wird durch eine teleologische Auslegung bestätigt. Dem Maßgeblichkeitsprinzip liegen mehrerlei Ziele zugrunde. Zunächst dient die grundsätzliche Übernahme der Posten der Handelsbilanz in die Steuerbilanz der Vereinfachung; damit geht eine Rationalisierung der Buchführung einher.[1087] Dieser Einspareffekt wäre in Frage gestellt, wenn sich die Maßgeblichkeit nur auf den Ansatz, nicht aber die Bewertung bezöge.[1088] Zudem verfolgen sowohl Handels- als auch Steuerbilanz vergleichbare Ziele, was die Zahlungsbemessungsfunktion betrifft, die der Gewinnermittlung innewohnt.[1089] Der Staat ist gleichsam ein „stiller Teilhaber" am Unternehmen.[1090] Der Staat verfolgt fiskalische Interessen, er will – vergleichbar dem Gesellschafter – am Gewinn des Unternehmens teilhaben.[1091] Dieser Gleichlauf der Teilhabe von Staat und Gesellschafter am Unternehmensgewinn wäre nicht möglich, wenn sich die Steuerbilanz zwar im Ansatz, nicht aber in der Bewertung an der Handelsbilanz orientiert.[1092]

Auch spricht die Gesetzessystematik des § 5 EStG für eine Erstreckung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes auf die Bewertung. Denn der Bewertungsvorbehalt in § 5 VI EStG ist nur sinnvoll, wenn man ihn systematisch als Ausnahme vom Grundsatz begreift, dass die Bewertung der Wirtschaftsgüter der Handelsbilanz folgt.[1093] Schließlich haben manche der GoB – so etwa das Imparitätsprinzip – nicht nur den Ansatz, sondern auch die Bewertung zum Gegenstand.[1094]

[1085] So aber *Hummel*, FR 2020, 163 (164).
[1086] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 819; *Ehmcke*, in: Blümich, 117. Aufl., § 6 Rn. 34.
[1087] *Ballwieser*, in: FS Spindler, S. 577 (580).
[1088] *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1342 (1343).
[1089] *Ballwieser*, in: FS Spindler, S. 577 (580).
[1090] *Streim*, BFuP 1990, 527 (533).
[1091] *Döllerer*, BB 1971, 1333 (1334); *Ballwieser*, in: FS Spindler, S. 577 (580 f).
[1092] *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1342 (1343).
[1093] *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1342 (1343).
[1094] *Förster/Schmidtmann*, BB 2009, 1342 (1343).

IV. Die Steuerbilanz

Aufgrund des Maßgeblichkeitsgrundsatzes ist für die steuerliche Gewinnermittlung keine eigenständige Steuerbilanz erforderlich.[1095] Die Steuerbilanz ist – beim buchführungspflichtigen oder freiwillig buchführenden Unternehmer (§ 5 I 1 HS 1 EStG) – lediglich eine nach den Vorgaben von § 5 Ia-VI EStG modifizierte Handelsbilanz,[1096] auch wenn der Steuergesetzgebers verschiedentlich von der „Steuerbilanz" spricht (vgl. §§ 14 IV, 27 I 4 KStG). Dieser Zusammenhang ergibt sich auch aus § 60 II EStDV. Der Steuerpflichtige hat nach § 60 I 1 EStDV seiner Steuererklärung eine Abschrift seiner Handelsbilanz beizufügen. Entsprechen deren Ansätze und Beträge den steuerlichen Vorschriften nicht, muss er diese durch Zusätze oder Anmerkungen anpassen (Anpassungs- und Übergangsrechnung)[1097], § 60 II 1 EStDV. Alternativ kann der Steuerpflichtige eine Steuerbilanz beifügen (§ 60 II 2 EStDV). Diese ist definiert als „eine den steuerlichen Vorschriften entsprechende Bilanz" (§ 60 II 2 EStDV). Im Fall des § 4 I EStG erstellt der Steuerpflichtige die Bilanz ausschließlich für steuerliche Zwecke (originäre Steuerbilanz); im Fall des § 5 I EStG ist sie aus der Handelsbilanz abgeleitet (derivative Steuerbilanz).[1098]

V. Die GoB

Die GoB sind die Regeln, die ein Kaufmann einzuhalten hat, um eine Bilanz aufzustellen, die dem gesetzlichen Zweck entspricht.[1099] Sie stellen Fundamentalprinzipien dar, die sich wechselseitig ergänzen und beschränken und auf diese Weise ein System bilden.[1100] Der Form nach kann man kodifizierte von den nicht kodifizierten GoB unterscheiden.[1101] Soweit die GoB im HGB normiert sind, sind sie unmittelbar geltendes Recht in Form eines Bundesgesetzes. Aber auch die ungeschriebenen GoB sind Rechtsnormen,[1102] denn die ausdrückliche Verweisung des HGB verleiht allen GoB normative Geltung:[1103] nach § 238 I 1 HGB ist der Kaufmann verpflichtet, in seinen Büchern seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen. §§ 242 I, 264 II 1 HGB erstrecken die Geltung der GoB auf den Jahresabschluss.

[1095] *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 19.
[1096] *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, S. 19: „Handelsbilanz mit den Veränderungen, die das Steuerrecht verlangt".
[1097] *Prinz*, FR 2010, 917 (920).
[1098] *Prinz*, FR 2010, 917 (920).
[1099] BFH, Urteil vom 31.05.1967, Az I 208/63, DStR 1967, 613.
[1100] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 238 Rn. 23.
[1101] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 825; *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 8.
[1102] *Budde/Steuber*, DStR 1998, 504 (506).
[1103] *Graf*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 238 Rn. 48.

Die GoB sind ein unbestimmter Rechtsbegriff.[1104] Der Inhalt der GoB ist im Wege der Hermeneutik zu ermitteln, wobei von den verschiedenen Arten der Gesetzesauslegung die teleologische Auslegung mit der Orientierung an den Zwecken der Rechnungslegung dominiert.[1105] Sind die GoB bereits gesetzlich konkretisiert, steht als Objekt der Auslegung der Gesetzestext zur Verfügung. Die nicht kodifizierten GoB werden per modum deductionis aus verschiedenen Grundprinzipien gewonnen,[1106] die ihrerseits entweder gesetzlich normiert oder von der Rechtsprechung konkretisiert wurden.[1107]

Die handelsrechtlichen GoB lassen sich unter anderem aus den „Vorschriften für alle Kaufleute" der §§ 238 ff HGB ermitteln; zu diesen treten die „Ergänzenden Vorschriften für Kapitalgesellschaften" der §§ 264 ff HGB.[1108] Die Normen der §§ 266 ff HGB, welche die Gliederung der Bilanz zum Gegenstand haben, sind als GoB zu betrachten, soweit sie über die formelle Bestimmung der Bilanzgliederung hinaus materiellen Gehalt aufweisen.[1109] Die Bestimmungen des § 272 HGB sind für Kapitalgesellschaften als GoB anzusehen.[1110]

Demgegenüber sieht ein Teil der Literatur in den GoB nur diejenigen Ansatz- und Bewertungsvorschriften, die alle Kaufleute betreffen.[1111] Die §§ 264 ff HGB sind demnach keine GoB, weil diese Normen nur für Kapitalgesellschaften anwendbar sind.[1112] Dem ist allerdings nicht zu folgen. Soweit die Rechtsprechung die GoB als Regeln bezeichnet, die für alle Kaufleute gelten müssen,[1113] folgt daraus nicht, dass die für Kapitalgesellschaften geltenden Bestimmungen der § 264 ff HGB nicht als GoB qualifizieren können. Zu achten ist in dem Zusammenhang lediglich auf den persönlichen Anwendungsbereich der GoB, die sich aus §§ 264 ff HGB ergeben. Diese GoB dürfen nicht verallgemeinert werden, sondern ausschließlich für die Bilanzierung der Kapitalgesellschaften Anwendung finden.[1114]

VI. Eigenkapital und Maßgeblichkeit

Zu klären bleibt, ob der Grundsatz der Maßgeblichkeit auch beim Vorliegen eines Eigenkapital-Genussrechts zur Anwendung kommt. Dies ist der Fall, wenn sich der Maßgeblichkeitsgrundsatz auch auf den Bilanzposten „Eigenkapital" bezieht.

[1104] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 209.
[1105] *Graf*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 238 Rn. 53 m.w.N.
[1106] *Beisse,* StuW 1984, 1 (8).
[1107] *Budde/Steuber*, DStR 1998, 504 (506).
[1108] BFH, Beschluss vom 12.12.2012, Az I B 27/12, GmbHR 2013, 379.
[1109] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az I R 26/04, DStRE 2006, 385.
[1110] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 5.
[1111] *Häuselmann*, BB 2000, 139 (142, Fn 54).
[1112] *Söffing*, in: FS Budde, 635 (642).
[1113] BFH, Urteil vom 19. 7. 1983, Az VIII R 160/79, DB 1984, 94.
[1114] *Buciek*, in: Blümich, 117. Aufl., § 5 EStG, Rn. 207.

1. Das Betriebsvermögen als Saldogröße

Nach dem Wortlaut von § 5 I 1 HS 1 EStG ist in der Steuerbilanz das „Betriebsvermögen" maßgeblich, das „nach den handelsrechtlichen GoB auszuweisen ist".

Die Bestimmung des Betriebsvermögens in § 5 I 1 HS 1 EStG richtet sich nach dem Betriebsvermögens-Begriff in § 4 I 1 EStG, denn § 5 EStG ist Teil des Regelungsgefüges der Gewinnermittlung, das von § 4 I 1 EStG konstituiert wird.[1115] Obwohl es sich bei § 5 EStG um eine Gewinnermittlungsvorschrift handelt, schafft die Vorschrift nicht originär eine eigenständige Art der Gewinnermittlung.[1116] Vielmehr baut der Regelungsgehalt von § 5 I 1 EStG auf § 4 I 1 EStG auf. § 4 I 1 EStG normiert die Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich. Innerhalb dieses Betriebsvermögensvergleichs bestimmt § 5 I 1 EStG den Umfang des Betriebsvermögens, indem hinsichtlich von Ansatz und Bewertung der Wirtschaftsgüter grundsätzlich die handelsrechtlichen GoB zur Anwendung kommen.[1117]

Der Begriff des Betriebsvermögens ist im Gesetz nicht bestimmt, so dass er durch Auslegung gewonnen werden muss. Hier erweist sich die systematische Auslegung als hilfreich. Nach § 2 II 1 EStG bestimmen sich Einkünfte entweder aus dem Gewinn (Gewinneinkünfte, § 2 II 1 Nr.1 EStG) oder aus dem Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten (§ 2 II 1 Nr. 2 EStG). Soll der Gewinn durch den Vergleich des jeweiligen Bestandes an Betriebsvermögen zum Schluss des Wirtschaftsjahres und zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres ermittelt werden, setzt das voraus, dass das Betriebsvermögen in seiner gegenständlichen Abgrenzbarkeit greifbar wird. Das Betriebsvermögen erhält seine Konturen in der Abgrenzung zum sonstigen Vermögen, das der Steuerpflichtige hat.[1118] Dieses sonstige Vermögen ist das Privatvermögen. In der Trennung der betrieblichen von der privaten Sphäre erscheint das Betriebsvermögen i.S.d. § 4 I 1 EStG als Gesamtheit der Wirtschaftsgüter, die einem Betrieb zugeordnet ist.[1119] Das Band, das ein Wirtschaftsgut mit dem Betrieb verknüpft, ist der Veranlassungszusammenhang.[1120] Demnach setzt sich das Betriebsvermögen zusammen aus allen Wirtschaftsgütern, die der Steuerpflichtige aufgrund betrieblicher Veranlassung angeschafft oder hergestellt hat oder im Wege der Einlage (§ 4 I 8 EStG) dem Betriebsvermögen zugeführt hat.[1121]

[1115] *Buciek*, in: Blümich, 117. Aufl., § 5 EStG, Rn. 164.
[1116] *Buciek*, in: Blümich, 117. Aufl., § 5 EStG, Rn. 30.
[1117] *Buciek*, in: Blümich, 117. Aufl., § 5 EStG, Rn. 30.
[1118] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Betriebsvermögen, Rn. 1.
[1119] *Wied*, in: Blümich, 117. Aufl., § 4 Rn. 257.
[1120] *Wied*, in: Blümich, 117. Aufl., § 4 Rn. 340.
[1121] BFH, Urteil vom 11.11.1987, Az I R 7/84, BStBl II 1988, 424.

Diese Definition legt nahe, dass das Betriebsvermögen sich im Wege der Addition ermitteln lässt. Ergebnis dieses Vorganges ist dann das Betriebsvermögen als Gesamtheit aller Wirtschaftsgüter.[1122]

Doch greift dieser Ansatz zu kurz. Denn relevant für den Betriebsvermögensvergleich ist nicht die Summe aller Wirtschafsgüter in ihrer gegenständlichen Abgrenzung zum Privatvermögen. Für den Betriebsvermögensvergleich kommt es vielmehr darauf an, welchen Wert das Betriebsvermögen zum jeweiligen Stichtag hat.[1123] Für den Zweck des § 4 I 1 EStG ist entscheidend, welche Differenz sich aus den beiden Vermögenswerten ergibt. Zwar wird in den Betriebsvermögensvergleich kein globaler Vermögenswert eingesetzt.[1124] Der Wert setzt sich zusammen aus vielen einzelnen Posten, die jeweils durch Ansatz und Bewertung eines Wirtschaftsgutes gebildet werden.[1125] Aber was für den Vermögensvergleich zählt, ist der Wert.[1126]

Die Frage lautet also: Was ist das Betriebsvermögen wert? Abzustellen dafür ist auf das Betriebsreinvermögen.[1127] Denn neben den Aktiva müssen auch die Passiva Eingang in die Berechnung finden. Das Betriebsreinvermögen i.S.d. § 4 I 1 EStG ist demnach keine bildhaft vorstellbare Sachgesamtheit, sondern lediglich eine Rechengröße. Diese Rechengröße ist durch Subtraktion zu ermitteln;[1128] von den Aktiva (Bruttovermögen)[1129] sind die Schulden zu subtrahieren. Der Wert der Differenz ist das Betriebsvermögen.[1130] Die Definition des Betriebsvermögens nach § 4 I 1 EStG als Saldogröße macht deutlich, dass das Eigenkapital der Handelsbilanz sein funktionales Äquivalent im Betriebsvermögen der Steuerbilanz findet.[1131]

2. Die Posten im Saldo

Anzusetzen ist ausweislich des Wortlauts in §§ 4 I 1, 5 I 1 HS 1 EStG „das Betriebsvermögen, das nach den handelsrechtlichen GoB auszuweisen ist“.

a) Die globale Ermittlung des Betriebsvermögens

Das Betriebsvermögen ist der Saldo aus den bilanzierten Aktiva und Passiva. Ausgehend davon, dass das steuerbilanzielle Betriebsvermögen das funktionelle Äquivalent

---

[1122] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Betriebsvermögen, Rn. 1.
[1123] Vgl. BFH, Urteil vom 09.05.2012, Az X R 38/10, DStR 2012, 1743.
[1124] BFH Großer Senat, Beschluss vom 26.10. 1987, Az GrS 2/86, WPg 1988, 373.
[1125] BFH Großer Senat, Beschluss vom 26.10. 1987, Az GrS 2/86, WPg 1988, 373.
[1126] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Betriebsvermögensvergleich, Rn. 6.
[1127] BFH Großer Senat, Beschluss vom 26.10. 1987, Az GrS 2/86, WPg 1988, 373.
[1128] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Betriebsvermögen, Rn. 1.
[1129] BFH Großer Senat, Beschluss vom 26.10. 1987, Az GrS 2/86, WPg 1988, 373.
[1130] *Hey*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 17 Rn. 11.
[1131] *Grashoff*, in: *Grashoff*, Steuerrecht 2011, 7. Aufl. 2011, 2. Kapitel, Rn. 114.

zum handelsbilanziellen Eigenkapital darstellt, ist prima facie das Eigenkapital in der Handelsbilanz Bezugspunkt des Maßgeblichkeitsgrundsatzes.
Damit wäre dem Rationalisierungseffekt des Maßgeblichkeitsgrundsatzes Genüge getan, denn man müsste lediglich eine einzige Größe aus der Handelsbilanz übernehmen. Das ginge indes zu weit. Ein solches Vorgehen wäre mit der gegensätzlichen Zielsetzung von Handels- und Steuerbilanz unvereinbar. Auch wäre dann die Existenz der steuerrechtlichen Ansatz- und Bewertungsvorschriften nicht zu erklären.

b) Die einzelnen Posten des Betriebsvermögens

Das Betriebsvermögen in § 4 I 1 EStG ist nicht global zu ermitteln, sondern durch Ansatz und Bewertung einzelner Posten. Das Eigenkapital ist das Ergebnis der Bilanz, der Saldo aus Vermögen und Schulden.[1132] Das Eigenkapital der Handelsbilanz ist beeinflusst von Ansatz (§§ 246-248 HGB) und Bewertung (§§ 252-255 HGB) der Vermögensgegenstände und Schulden sowie der Bildung von Rechnungsabgrenzungsposten (§ 250 HGB) und Rückstellungen (§ 249 HGB). Analog stellt sich das Betriebsvermögen der Steuerbilanz als Ergebnis dar, in das Ansatz und Bewertung von aktiven und passiven Wirtschaftsgütern sowie der Ausweis von Rechnungsabgrenzungsposten und Rückstellungen Eingang finden.
Zunächst soll ein Blick auf die Posten der Handels- und Steuerbilanz geworfen werden, um zu verdeutlichen, welche Funktion der Maßgeblichkeitsgrundsatz und seine Durchbrechungen haben. Das Betriebsvermögen ist das Resultat der Bearbeitung der Positionen der Handelsbilanz mit dem differenzierten Instrumentarium des Steuerbilanzrechts; das Zusammenspiel aus Geltung und Durchbrechungen des Maßgeblichkeitsgrundsatzes sorgt dafür, dass den Zielvorgaben der Steuerbilanz zum Durchbruch verholfen wird.
Der Ansatz in der Handelsbilanz ist dem Grunde und der Höhe nach für die Steuerbilanz maßgeblich (§ 5 I 1 HS 1 EStG), es sei denn es greift einer der folgenden drei Konstellationen Platz: (1) Hält das Steuerbilanzrecht eine Regelung bereit, die eine abweichende Bilanzierung dem Grunde oder der Höhe nach vorsieht, hat diese Norm als lex specialis Vorrang.[1133] (2) Besteht im Handelsbilanzrecht ein Ansatz- oder Bewertungswahlrecht, dem steuerrechtliche Regeln nicht entgegenstehen, gilt nach ständiger Rechtsprechung Folgendes: ein handelsrechtliches Aktivierungswahlrecht bewirkt ein steuerrechtliches Aktivierungsgebot.[1134] Dem handelsrechtlichen Passivierungswahlrecht korreliert ein steuerrechtliches Passivierungsverbot.[1135] (3) Sieht

[1132] *Hilgard,* BB 2013, 937 (938).
[1133] *Hey,* in: Tipke/Lang, § 17 Rn. 41.
[1134] BFH, Urteil vom 18.12.2002, Az I R 11/02, DStR 2003, 499.
[1135] BFH, Urteil vom 05.04.2006, Az I R 46/04, DStZ 2006, 527.

das Steuerrecht ein Wahlrecht vor (§ 5 I 1 HS 2 EStG), kann der Steuerpflichtige dieses unabhängig von den Vorgaben der Handelsbilanz ausüben.

aa) Die Aktiva

Wie das Handelsrecht keine Definition des Vermögensgegenstandes bereithält, so setzt das Steuerrecht den Begriff des Wirtschaftsgutes voraus. Die Begriffsbildung ist daher der Rechtsprechung überlassen.

Wirtschaftsgüter in der Steuerbilanz sind Sachen, Rechte, tatsächliche Zustände und konkrete Möglichkeiten, die (1) eine objektiv werthaltige Position darstellen, deren Erlangung für den Kaufmann mit Kosten verbunden ist, (2) die als selbständiger Vermögenswert hinreichend greifbar sind, (3) die einzeln oder zusammen mit dem Betrieb übertragen werden können und (4) die einer selbständigen Bewertung zugänglich sind.[1136]

Im handelsrechtlichen Schrifttum verlangt eine beachtliche Meinung, dass ein Vermögensgegenstand selbständig übertragbar sein muss.[1137] Dem ist aber nicht zu folgen. Denn nach § 246 I 4 HGB ist der derivative Geschäftswert ausdrücklich als eigenständiger Vermögensgegenstand klassifiziert. Jedoch ist der Geschäftswert nicht selbständig übertragbar.[1138] Das Kriterium der selbständigen Verkehrsfähigkeit ist wegen dieser Unstimmigkeit dergestalt modifiziert worden, dass bereits ausreicht, wenn der Vermögensgegenstand seinem wirtschaftlichen Wert nach übertragen werden kann.[1139] Jedoch verliert das Kriterium dadurch an Distinktionsschärfe; aufgrund der nicht mehr zuverlässigen Information über die Vermögenslage wird auch der Gläubiger nicht mehr hinreichend geschützt.[1140] Vorzugswürdig ist daher, mit dem BFH darauf abzustellen, ob das Wirtschaftsgut einzeln oder zusammen mit dem Betrieb übertragen werden kann. Damit liegen keine steuerrechtlichen Besonderheiten vor, die eine Abweichung vom Grundsatz der Maßgeblichkeit rechtfertigen könnten, so dass der handelsrechtliche Begriff des Vermögensgegenstandes und der steuerrechtliche Begriff des Wirtschaftsgutes deckungsgleich sind.[1141]

(1) Die Wirtschaftsgüter

(a) Die Bilanzierung dem Grunde nach

Hinsichtlich der Bilanzierung dem Grunde nach entscheidet sich die Frage, was als aktives Wirtschaftsgut in der Bilanz anzusetzen ist, gemäß dem Grundsatz der Maß-

[1136] BFH, Urteil vom 09.08.2011, Az VIII R 13/08, DStR 2011, 1799.
[1137] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., 2006, Kapitel D, Rn. 421.
[1138] *Buciek*, in Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 308a.
[1139] *Kozikowski/F. Huber*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. A. 2012, § 247 Rn. 390.
[1140] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 246 Rn. 15.
[1141] BFH, Großer Senat, Beschluss vom 26.10.1987, Az GrS 2/86, WPg 1988, 373.

geblichkeit danach, ob in der Handelsbilanz ein Vermögensgegenstand zu aktivieren ist.[1142] Doch finden sich im Steuerrecht zahlreiche Spezialregeln.

Selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens können gemäß § 248 II 1 HGB in der Handelsbilanz aktiviert werden (Aktivierungswahlrecht), wohingegen in Bezug auf selbst geschaffene Marken, Drucktitel, Verlagsrechte, Kundenlisten und vergleichbare immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens ein Aktivierungsverbot gilt (§ 248 II 2 HGB). In der Steuerbilanz dürfen gem. § 5 II EStG selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens nicht angesetzt werden (Aktivierungsverbot); sind die hingegen entgeltlich erworben worden, müssen sie gem. § 5 II EStG aktiviert werden (Aktivierungsgebot).[1143]

Eine Aktivierungspflicht in der Steuerbilanz besteht für als Aufwand berücksichtigte Zölle und Verbrauchsteuern, soweit sie auf Wirtschaftsgüter des Vorratsvermögens entfallen, die am Abschlussstichtag auszuweisen sind (§ 5 V 2 Nr. 1 EStG).

Die als Aufwand berücksichtigte Umsatzsteuer auf am Abschlussstichtag auszuweisende Anzahlungen sind zwingend zu aktivieren (§ 5 V 2 Nr. 2EStG).

(b) Die Bilanzierung der Höhe nach

Die Vermögensgegenstände werden nach § 253 I, III HGB bewertet. Die Zugangsbewertung erfolgt gem. § 253 I 1 HGB zu den Anschaffungs- (§ 255 I HGB) oder Herstellungskosten (§ 255 II HGB). Hinsichtlich der Folgebewertung ist zwischen den verschiedenen Arten von Vermögensgegenständen zu differenzieren. Ist bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens (§ 247 II HGB) die Nutzung zeitlich begrenzt, muss eine planmäßige Abschreibung vorgenommen werden (§ 253 III 1, 2 HGB).

Danach sind bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens außerplanmäßige Abschreibungen vorzunehmen, wenn eine voraussichtlich dauerhafte Wertminderung eintritt (§ 253 III 3 HGB). Bei Finanzanlagen im Anlagevermögen kann eine außerplanmäßige Abschreibung sogar bei voraussichtlich nicht dauerhafter Wertminderung durchgeführt werden (§ 253 III 4 HGB). Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens sind ohne Rücksicht auf die Dauerhaftigkeit der Wertminderung auf einen niedrigeren Wert abzuschreiben, wenn sich zum Abschlussstichtag ein solcher aus einem Börsen- oder Marktpreis ergibt (§ 253 IV 1 HGB).

Demgegenüber ist das Niederstwertprinzip in der Steuerbilanz nur eingeschränkt verwirklicht. Bei der Bewertung der abnutzbaren Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens (§ 6 I Nr.1 S.1 EStG) sowie der Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens und der nicht abnutzbaren Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens (§ 6 I Nr.2 S.2 EStG) kann

[1142] *Hey*, in: *Tipke/Lang*, § 17 Rn. 91.
[1143] *Hey*, in: *Tipke/Lang*, § 17 Rn. 97.

der Teilwert angesetzt werden, wenn die Wertminderung voraussichtlich dauerhaft ist.

(2) Der aktive Rechnungsabgrenzungsposten

Rechnungsabgrenzungsposten sind keine Wirtschaftsgüter,[1144] sondern Korrekturposten, die der periodengerechten Zuordnung von Aufwendungen (aktiver RAP)[1145] und Erträgen (passiver RAP)[1146] dienen.[1147] Sie sind nach § 246 I 1 HGB auszuweisen.
Die Regelungen von § 250 I HGB und § 5 V 1 Nr.1 EStG bestimmen im Gleichklang, dass ein aktiver RAP zu bilden ist für Ausgaben vor dem Abschlussstichtag, soweit sie Aufwand für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen.
Für ein Disagio kann in der Handelsbilanz ein aktiver Rechnungsabgrenzungsposten geschaffen werden (§ 250 III HGB), während in der Steuerbilanz in diesem Fall eine Aktivierungspflicht gilt (§ 5 V 1 Nr.1 EStG).

bb) Die Passiva

Auch beim Ansatz auf der Passivseite der Bilanz geht es zunächst um das „ob" der Bilanzierung (Bilanzierung dem Grunde nach).[1148] Sodann ist zu klären, wie hoch der Vermögensgegenstand bzw. das Wirtschaftsgut zu bewerten ist (Bilanzierung der Höhe nach).[1149]
Der von § 246 I 1 HGB verwandte Begriff der Schulden ist als Oberbegriff für Verbindlichkeiten und Rückstellungen zu verstehen.[1150] Dabei sind Verbindlichkeiten diejenigen Schulden, die in Bezug auf Existenz und Höhe sicher sind,[1151] wohingegen unter Rückstellungen Schulden zu verstehen sind, bei denen Existenz und/oder Höhe unsicher sind.[1152] So gebraucht das Gesetz in § 249 I 1 HGB den Ausdruck „ungewissen Verbindlichkeiten". Das steuerliche Betriebsvermögen umfasst sowohl positive als auch negative (passive) Wirtschaftsgüter.[1153] Negative Wirtschaftsgüter sind Verbindlichkeiten und Rückstellungen.[1154] Das ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes: in seinem Einleitungssatz spricht § 6 I EStG von den „einzelnen Wirtschaftsgütern, die nach § 4 I oder nach § 5 EStG als Betriebsvermögen anzusetzen sind", um dann in § 6 I Nr.3 EStG die Bewertung von Verbindlichkeiten und in § 6 I Nr. 3a EStG die Bewertung von Rückstellungen zu regeln.

[1144] BFH Großer Senat, Beschluss vom 26. 10. 1987, Az GrS 2/86.
[1145] BFH, Beschluss vom 18.03.2010, Az X R 20/09, DStRE 2010, 1036.
[1146] BFH, Vorlagebeschluss vom 07.04.2010, Az I R 77/08, DStR 2010, 1015.
[1147] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 861.
[1148] *Hey*, in: *Tipke/Lang*, § 17 Rn. 82-89.
[1149] *Hey*, in: *Tipke/Lang*, § 17 Rn. 130.
[1150] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 246 Rn. 69.
[1151] *Kußmaul,* Betriebswirtschaftslehre für Existenzgründer, 6. Aufl., 2008, S. 311.
[1152] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 246 Rn. 72.
[1153] BFH, Beschluss vom 16.02.2012, Az IV B 57/11, BFH/NV 2012, 1108.
[1154] BFH, Urteil vom 29.11.2012, Az IV R 47/09, BFH/NV 2013, 461.

(1) Das Eigenkapital

Das Eigenkapital ist seiner Rechtsnatur nach lediglich eine rechnerische Größe und bezeichnet die Differenz zwischen Aktiva und Passiva.[1155]

(2) Die Rückstellungen

(a) Die Bilanzierung dem Grunde nach

In den Rückstellungen manifestiert sich das Vorsichtsprinzip.[1156] In der Handelsbilanz ist in den § 249 HGB genannten Konstellationen zwingend eine Rückstellung zu bilden. Dies betrifft Rückstellung aus ungewissen Verbindlichkeiten (§ 249 I 1 Var. 1 HGB), die Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften (§ 249 I 1 Var.2 HGB), die Rückstellungen für im Geschäftsjahr unterlassene Aufwendungen für Instandhaltung oder Abraumbeseitigung (§ 249 I 2 Nr.1 HGB) und die Rückstellungen für Gewährleistungen ohne rechtliche Verpflichtung (§ 249 I 2 Nr.2 HGB).

In der Steuerbilanz kommt es zu deutlichen Abweichungen aufgrund der Passivierungsrestriktionen in § 5 IIa, III, IV, IVa, IVb EStG. In diesen Fällen wird das handelsbilanzielle Vorsichtsprinzip vom steuerbilanziellen Grundsatz der zutreffenden Gewinnermittlung durchbrochen.[1157]

Nach § 5 IIa EStG dürfen für Verpflichtungen, die nur zu erfüllen sind, soweit künftige Einnahmen oder Gewinne anfallen (erfolgsabhängige Verpflichtungen),[1158] Rückstellungen nur angesetzt werden, wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind.

Rückstellungen wegen Verletzung fremder Patent-, Urheber- oder ähnlicher Schutzrechte dürfen in der Steuerbilanz erst gebildet werden, wenn der Rechtsinhaber Ansprüche wegen der Rechtsverletzung bereits geltend gemacht hat (§ 5 III 1 Nr. 1 EStG) oder mit einer Inanspruchnahme wegen der Rechtsverletzung ernsthaft zu rechnen ist (§ 5 III 1 Nr. 2 EStG). Bezüglich der Bilanzierung dem Grunde nach sieht das Steuerrecht gegenüber dem Handelsrecht keine stärkeren Restriktionen vor.[1159] Eine Verschärfung in Richtung Gewinnerhöhung führt das Steuerrecht aber in § 5 III 2 EStG durch, denn nach dieser Vorschrift sind nach § 5 III 1 Nr. 2 EStG gebildete Rücklagen spätestens in der Bilanz des dritten auf ihre erstmalige Bildung folgenden Wirtschaftsjahres gewinnerhöhend aufzulösen, wenn Ansprüche nicht geltend gemacht worden sind. In der Handelsbilanz sind nach § 249 II 2 HGB Rückstellungen erst aufzulösen, wenn der Grund hierfür entfallen ist.

Rückstellungen für Jubiläumszuwendungen dürfen in der Steuerbilanz nach § 5 IV EStG nur unter den in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen passiviert wer-

---

[1155] *Hey*, in: *Tipke/Lang*, § 17, Rn. 105.
[1156] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 855.
[1157] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 860.
[1158] *Crezelius*, in: Kirchhof, Einkommensteuergesetz, 12. Aufl., 2013, § 5 EStG Rn. 132.
[1159] *Crezelius*, in: Kirchhof, Einkommensteuergesetz, 12. Aufl., 2013, § 5 EStG Rn. 135.

den, während die Passivierung als Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 I 1 Var. 2 HGB) nicht an derart kleinteilige Vorgaben gebunden ist.
Drohverlustrückstellungen (§ 249 I 1 Var. 1 HGB) dürfen in der Steuerbilanz grundsätzlich nicht gebildet werden (§ 5 IVa 1 EStG).
In der Steuerbilanz gilt nach § 5 IVb S. 1 EStG ein Passivierungsverbot für Rückstellungen bezüglich Aufwendungen für Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsgutes, das in künftigen Wirtschaftsjahren zu aktivieren sein wird. Positiv gewendet darf eine Rückstellung nur gebildet werden für Verpflichtungen, die sich auf Aufwendungen des vergangenen Wirtschaftsjahres beziehen.[1160] § 5 IVb S.2 EStG schränkt die Passivierung von Rückstellungen für die Verpflichtung zur schadlosen Verwertung radioaktiver Reststoffe ein.
Schließlich sind nach § 5 VI EStG „die Vorschriften … über die Betriebsausgaben" zu befolgen. Rückstellungen dürfen demnach nur passiviert werden, wenn sie keinem Abzugsverbot für Betriebsausgaben nach § 4 V EStG unterfallen.[1161] Nach anderer Auffassung sind diese Rückstellungen zu passivieren, dann aber dem Gewinn außerbilanziell hinzuzurechnen.[1162]

(b) Die Bilanzierung der Höhe nach

Rückstellungen sind nach § 253 I 2 HGB in Höhe des nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrags anzusetzen. Dieser Beurteilung entspricht es, in die Bewertung auch künftige Preis- und Kostensteigerungen einfließen zu lassen.[1163]
In der Steuerbilanz richtet sich die Bewertung der Rückstellungen nach § 6 I Nr.3a EStG. Hinsichtlich der Statuierung von Höchstgrenzen für die Bildung von Rückstellungen in § 6 I Nr.3 a) – e) EStG sind für die Bewertung die Wertverhältnisse am Bilanzstichtag maßgebend, so dass künftige Preis- und Kostensteigerungen nicht berücksichtigt werden dürfen (§ 6 I Nr.3 f) EStG).

[1160] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Rückstellungen, Rn. 9.
[1161] BFH, Urteil vom 06.04.2000, Az IV R 31/99, NJW 2000, 3085; Crezelius, in: Kirchhof, § 5 Rn. 115.
[1162] *Buciek*, in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 745.
[1163] *Lahme*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Bewertung von Wirtschaftsgütern, Rn. 20.

(3) Die Verbindlichkeiten

(a) Die Bilanzierung dem Grunde nach

Verbindlichkeiten, die am Bilanzstichtag dem Grund und der Höhe nach bekannt sind, müssen passiviert werden (§ 246 I 1 HGB).[1164] Dies gilt nach dem Maßgeblichkeitsprinzip auch für die Steuerbilanz.

Abweichend davon bestimmt § 5 IIa EStG, dass für Verpflichtungen, die nur zu erfüllen sind, soweit künftige Einnahmen oder Gewinne anfallen, Verbindlichkeiten erst anzusetzen sind, wenn die Einnahmen oder Gewinne angefallen sind.

Auch ist § 5 VI EStG zu beachten, wonach „die Vorschriften … über die Betriebsausgaben" zu befolgen sind. Das bedeutet, dass Verbindlichkeiten nur passiviert werden dürfen, wenn sie keinem Abzugsverbot für Betriebsausgaben nach § 4 V EStG unterfallen.[1165]

(b) Die Bilanzierung der Höhe nach

In der Handelsbilanz sind Verbindlichkeiten mit ihrem Rückzahlungsbetrag anzusetzen (§ 253 I 2 HGB). Die Bewertung der Verbindlichkeiten in der Steuerbilanz bestimmt sich gem. § 6 I Nr. 3 EStG unter sinngemäßer Anwendung von § 6 I Nr.2 EStG, d.h. bei Geldschulden ist der Rückzahlungsbetrag maßgebend.[1166]

(4) Der passive Rechnungsabgrenzungsposten

Übereinstimmend verlangen § 250 II HGB und § 5 V 1 Nr. 2 EStG den Ansatz eines passiven RAP für Einnahmen vor dem Abschlussstichtag, soweit sie Ertrag für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen.

3. Die Systematik von Geltung und Durchbrechung der Maßgeblichkeit

Der Handels- und der Steuerbilanz sind andere Ziele immanent. Diese manifestieren sich in divergierenden Vorschriften zu Ansatz und Bewertung der Vermögensgegenstände bzw. Wirtschaftsgüter.

a) Die Zielsetzung der Handelsbilanz

aa) Information von Gesellschaftern und Gläubigern

Nach § 242 I 1 HGB hat der Kaufmann in seiner Bilanz das Verhältnis seines Vermögens und seiner Schulden darzustellen. Die Bilanz informiert – rückblickend zum vergangenen Geschäftsjahr – über Vermögen und Schulden des Unternehmens.[1167] In dem Vermögen und Schulden in der Bilanz einander gegenübergestellt werden, wird er-

---

[1164] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Verbindlichkeiten, Rn. 9.
[1165] *Hey*, in: Tipke/Lang, § 17 Rn. 105.
[1166] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Verbindlichkeiten, Rn. 24.
[1167] *Bachert,* Buchführung und Bilanzierung, 2005, S. 58.

sichtlich, in welchem Umfang das Gesellschaftsvermögen die Schulden decken kann.[1168]

Zudem gibt die Bilanz Aufschluss über die Größe des Eigenkapitals, das sich im Wesentlichen als Differenz von Vermögen und Fremdkapital darstellt.[1169] Durch den Vergleich der Eigenkapitalposten zweier aufeinander folgender Wirtschaftsjahre kann die Vermögensveränderung ersichtlich gemacht werden.[1170]

Die Vorschriften der handelsrechtlichen Bilanzierung und Bewertung sind auf den Personenkreis bezogen, der vom Erfolg einer Unternehmung direkt oder indirekt betroffen ist.[1171] Das betrifft zum einen den Gläubiger, der sich auf die Informationen der Handelsbilanz verlässt, um eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können, ob er als Fremdkapitalgeber des Unternehmens zur Verfügung stehen soll.[1172] Die Informationsfunktion der Handelsbilanz[1173] kommt aber auch den Teilhabern der Gesellschaft zugute, denn sie wollen wissen, wie viel Gewinn auszuschütten ist.[1174] Beide Adressaten benötigen ein möglichst den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögenslage der Gesellschaft (§ 264 II 1 HGB).

bb) Das Prinzip der Vorsicht

Das Vorsichtsprinzip und die damit verbundene Vorwegnahme von Verlusten durch die Bildung von Rückstellungen gewährleistet, dass auch dann, wenn die Gesellschaft den handelsbilanziellen Gewinn vollständig ausschüttet, genug Kapital zur Deckung von Schulden im Unternehmen verbleibt.[1175] Die Verwertung von Vermögensgegenständen ist immer von den Unsicherheiten der künftigen Entwicklung am Markt beeinflusst, so dass sie dem Grunde nach erst dann anzusetzen sind, wenn ihre Verwertung gesichert erscheint und der Höhe nach zurückhaltend zu bewerten sind.

Die Handelsbilanz dient zuvörderst der Feststellung des ausschüttbaren Gewinns.[1176] Das Vorsichtsprinzip sichert den Fortbestand des lebenden Unternehmens. An der Fortführung des Unternehmens haben sowohl die Gesellschafter als auch die Gläubiger Interesse. Beiden ist daran gelegen, dass für Ausschüttungen nur das Vermögen

---

[1168] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Einführung in das nationale Handels- und Steuerbilanzrecht sowie in die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze, Rn. 10.
[1169] *Reichardt,* Grundlagen der doppelten Buchführung, 1. Aufl., 2011, S. 29.
[1170] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Einführung in das nationale Handels- und Steuerbilanzrecht sowie in die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze, Rn. 10.
[1171] *Söffing*, in: FS Budde, S. 635 (657).
[1172] *Coenenberg,* Die bilanzielle Behandlung von Handy-Subventionen bei Mobilfunkunternehmen, 1. Aufl., 2007, S. 31.
[1173] *Töpfer,* Betriebswirtschaftslehre, 2. Aufl., 2007, S. 1041.
[1174] *Bieg/Kußmaul/Waschbusch,* Externes Rechnungswesen, 6. Aufl., 2012, S. 60.
[1175] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Einführung in das nationale Handels- und Steuerbilanzrecht sowie in die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze, Rn. 52.
[1176] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 212.

zur Verfügung steht, das sicher erwirtschaftet wurde.[1177] Der Grundsatz der Vorsicht findet seine normative Verankerung in § 252 I Nr.4 HS 1 HGB: „es ist vorsichtig zu bewerten". Das Vorsichtsprinzip soll sicherstellen, dass das Unternehmen ein Vermögen vorhält, das zur Schuldendeckung hinreichend ist.[1178] Ausfluss des Vorsichtsprinzips sind das Imparitätsprinzip und das Realisationsprinzip.[1179]

Ist die künftige Entwicklung unsicher, muss diese Unsicherheit bei der Ermittlung des Vermögens berücksichtigt werden.[1180] Dies verleiht dem Unternehmer aber nicht die Lizenz, sich beliebig arm rechnen zu dürfen.[1181] Beim Vorsichtsprinzip geht es darum, dass der von der Bilanz verfolgte Zweck des Gläubigerschutzes konsequenter verfolgt werden kann, wenn der Unternehmer sein Vermögen tendenziell zu gering ausweist. Denn auf diese Weise wird der Abfluss von Kapital aus dem Unternehmen durch Ausschüttungen vermieden.[1182]

(1) Realisationsprinzip

Das Realisationsprinzip ist eine Konsequenz des Vorsichtsprinzips.[1183] Das Realisationsprinzip ist in § 252 I Nr.4 HS 2 HGB normiert; nach dieser Vorschrift sind Gewinne nur zu berücksichtigen, wenn sie realisiert sind. Obwohl § 252 I Nr.4 HGB im Hinblick auf seine systematische Stellung als Bewertungsvorschrift zu qualifizieren ist, findet das Realisationsprinzip auch auf den Ansatz von Vermögensgegenständen oder Wirtschaftsgütern Anwendung.[1184] Das Realisationsprinzip fußt auf der Prämisse, dass sich ein Kaufmann nicht „reich rechnen" dürfe.[1185] Gewinne sind erst dann realisiert, wenn sie in Gestalt eines Umsatzaktes gesichert sind.[1186] Dies ist dann der Fall, wenn der Unternehmer ein aktives Wirtschaftsgut erlangt oder ihm ein passives Wirtschaftsgut abgenommen wird, ohne dass er künftig eine weitere Gegenleistung schuldet.[1187]

Die unbeschränkte Domäne des Realisationsprinzips sind Vorgänge, die Gewinne auslösen oder erhöhen; bei Aufwendungen interferiert das Realisationsprinzip mit dem Imparitätsprinzip.[1188]

[1177] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 212.
[1178] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 240.
[1179] *Arnhold/Pathe,* in: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch, Personengesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2005.
[1180] *Sigloch/Weber,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Anh. §§ 41–42a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 283.
[1181] *Sigloch/Weber,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Anh. §§ 41–42a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 283.
[1182] *Sigloch/Weber,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Anh. §§ 41–42a Rechnungslegung der GmbH, Rn. 283.
[1183] BFH, Urteil vom 12. 5. 1993, Az XI R 1/93, DB 1993, 2107.
[1184] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 241.
[1185] *Lion, in:* FS v. Schanz, 1928, Bd. II, S. 273 (295).
[1186] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 831; *Rößler,* Abgrenzung und Bewertung von Vermögensgegenständen, 2012, S. 207.
[1187] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 930.
[1188] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 242.

Das Realisationsprinzip fordert, dass nur Gewinne Eingang in die Bilanz finden dürfen, die bereits realisiert wurden, d.h. es muss ein Umsatzakt stattgefunden haben.[1189]

(2) Imparitätsprinzip

Das Imparitätsprinzip bewirkt die Vorwegnahme von Verlusten.[1190] Der normative Anknüpfungspunkt des Imparitätsprinzips ist § 252 I Nr. 4 HGB. Nach dieser Vorschrift sind „Risiken und Verluste" schon dann zu berücksichtigen, wenn sie „vorhersehbar" sind, wohingegen „Gewinne" nur dann Eingang in die Bilanz finden dürfen, wenn sie „realisiert" sind. Das Imparitätsprinzip bezeichnet die ungleiche Berücksichtigung von Chancen und Risiken.[1191] Das Realisationsprinzip ist demnach auf Gewinne beschränkt; Verluste finden schon ihren Niederschlag in der Bilanz, wenn sie noch nicht realisiert, aber vorhersehbar sind. Das Imparitätsprinzip ist eine Konkretisierung des Vorsichtsprinzips.[1192]

Das Imparitätsprinzip verfolgt zwei Ziele, nämlich den Gläubigerschutz und die Kapitalerhaltung.[1193] Verluste, die sich am Bilanzstichtag bereits „vorhersehbar" (§ 252 I Nr.4 HGB), aber noch nicht realisiert sind, sollen vorweggenommen werden.[1194] Das technische Mittel der Umsetzung ist die Belegung von Vermögensgegenständen mit einem geringeren Wert,[1195] die Bewertung von Schulden mit einem höheren Betrag[1196] und die Bildung von Drohverlustrückstellungen.[1197] Verluste, die sich für künftige Wirtschaftsjahre abzeichnen, sollen bereits jetzt aufgefangen werden, indem ein entsprechender Betrag für künftige Verlustdeckung reserviert wird.[1198] Das geschieht bilanziell durch die Vornahme von Abschreibungen und die Bildung von Rückstellungen.[1199] Auf diese Weise wird verhindert, dass die Summe durch Ausschüttungen vom Unternehmen angezogen wird.[1200] Für die Handelsbilanz ist das Imparitätsprinzip in der außerplanmäßigen Abschreibung (§ 253 III 3, 4 HGB), der Abschreibung auf den

---

[1189] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Einführung in das nationale Handels- und Steuerbilanzrecht sowie in die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze, Rn. 11.
[1190] *Schulz,* Harmonisierung der steuerlichen Gewinnermittlung in der Europäischen Union, 1. Aufl., 2012, S. 273 f.
[1191] *Heno,* Jahresabschluss nach Handelsrecht, Steuerrecht und internationalen Standards (IFRS), 5. Aufl., 2006, S. 70; *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 EStG, Rn. 253.
[1192] *Richter/Sailer,* in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 5 EStG, Rn. 221.
[1193] *Stephan,* Die jüngsten Einschränkungen der Rückstellungsbildung durch den Steuergesetzgeber, 2004, S. 7.
[1194] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 211; a.A.: *Wehrum,* Ansatz und Bewertung immaterieller Wirtschaftsgüter beim Unternehmenswettbewerb, 2009, S. 45: „mit dem Imparitätsprinzip [werden] keine zukünftigen Verluste vorweggenommen, sondern bereits eingetretene, wenn auch nicht endgültige Vermögensminderungen in Form von quasi bereits entstandenem Aufwand berücksichtigt".
[1195] *Großfeld/Luttermann,* Bilanzrecht, 4. Aufl., 2005, S. 94.
[1196] *Großfeld/Luttermann,* Bilanzrecht, 4. Aufl., 2005, S. 94.
[1197] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 211.
[1198] BFH Großer Senat, Beschluss vom 23. 6. 1997, Az GrS 2/93, BStBl. II 1997, 735.
[1199] BFH Großer Senat, Beschluss vom 23. 6. 1997, Az GrS 2/93, BStBl. II 1997, 735.
[1200] BFH Großer Senat, Beschluss vom 23. 6. 1997, Az GrS 2/93, BStBl. II 1997, 735.

niedrigeren Börsen- oder Marktpreis (§ 253 IV 1 HGB) und der Drohverlustrückstellung (§ 249 I 1 Var. 2 HGB) Gestalt angenommen.[1201]

cc) Die Kapitalerhaltung

Die Bilanz verfolgt auch eine Kapitalerhaltungsfunktion sowie eine Ausschüttungsbemessungsfunktion.[1202] Werden zu hohe Ausschüttungen vorgenommen, ist zum Nachteil der Gesellschafter und der Gläubiger der Fortbestand des Unternehmens gefährdet. Die Handelsbilanz kann dem durch ihre Ausschüttungsbemessungsfunktion und die Gläubigerschutzfunktion entgegensteuern.[1203] Die Handelsbilanz soll davor bewahren, dass ein der Vermögenslage der Gesellschaft unangemessen hoher Gewinn ausgewiesen wird.[1204] Sowohl der Schutz der Gläubiger als auch die Bewahrung der wirtschaftlichen Substanz des Unternehmens sind letztlich private Zwecke.[1205]

b) Die Zielsetzung der Steuerbilanz

aa) Der Fiskalzweck

Demgegenüber ist das Steuerrecht Teil des öffentlichen Rechts.[1206] Ziel ist die Beschaffung von Einnahmen für den Fiskus.[1207] Dabei ist der Grundsatz der Gleichheit der Besteuerung zu beachten.[1208]

Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.[1209] Für das Steuerrecht hat das zur Folge, dass sich die Steuerlast am Grundsatz der finanziellen Leistungsfähigkeit[1210] orientieren muss (Gebot der steuerlichen Lastengleichheit).[1211] Das Gebot der Lastengleichheit hat zwei Ausprägungen: zum einen müssen Steuerpflichtige, die in gleicher Weise leistungsfähig sind, gleich hoch besteuert werden (horizontale Steuergerechtigkeit).[1212] Zum anderen muss die Steuerlast, die einem höheren Einkommen aufgebürdet wird, verhältnismäßig sein zur Besteuerung eines geringeren Einkommens (vertikale Steuergerechtigkeit).[1213]

Die Stoßrichtung der Steuerbilanz zeigt sich in § 3 I AO, wonach Steuern dem Staat der „Erzielung von Einnahmen“ dienen (Fiskalzweck). Die Zahlungsbemessungsfunk-

---

[1201] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 211.
[1202] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Einführung in das nationale Handels- und Steuerbilanzrecht sowie in die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze, Rn. 10.
[1203] *Kußmaul/Gräbe*, StB 2010, 107 (109).
[1204] *Söffing*, in: FS Budde, S. 635 (657).
[1205] *Steck*, StuB 2002, 487 (488 f).
[1206] BFH, Großer Senat, Beschluss vom 7.08.2000, Az GrS 2/99, BFHE 192, 339.
[1207] *Weber-Grellet*, StuB 2002, 700 (703).
[1208] BFH, Großer Senat, Beschluss vom 7.08.2000, Az GrS 2/99, BFHE 192, 339.
[1209] BVerfG, Beschluss vom 21.06.2006, Az 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164.
[1210] *Söffing*, in: FS Budde, S. 635 (657).
[1211] BVerfG, Beschluss vom 12.05.2009, Az 12.05.2009, BVerfGE 123, 111.
[1212] BVerfG, Beschluss vom 12.05.2009, Az 12.05.2009, BVerfGE 123, 111.
[1213] BVerfG, Beschluss vom 12.05.2009, Az 12.05.2009, BVerfGE 123, 111.

tion ist dementsprechend das zentrale Anliegen der Steuerbilanz.[1214] Die Zahlungsbemessungsfunktion der Bilanz besteht darin, Aufschluss über Gewinn zu geben, der im vergangen Wirtschafsjahr erzielt wurde.[1215] Die Informationsfunktion zielt darauf ab, die Entwicklung der wirtschaftlichen Lage im vergangenen Wirtschaftsjahr vor Augen zu führen.[1216] Für die Steuerbilanz steht die Erzielung von Einnahmen für den Staat im Vordergrund; die Gleichmäßigkeit der Besteuerung und die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sind hier zu befolgen.[1217]

bb) Die Einschränkung des Vorsichts- und Imparitätsprinzips

Über den Grundsatz der Maßgeblichkeit gilt das Imparitätsprinzip auch in der Steuerbilanz.[1218] Jedoch sind der Wirkung des Imparitätsprinzips im Steuerrecht enge Grenzen gesetzt, denn Drohverlustrückstellungen dürfen nicht gebildet werden (§ 5 IVa EStG), bestimmte andere Rückstellungen (§ 5 III, IV, IVb EStG) nur unter Einschränkungen. Teilwertabschreibungen sind in der Steuerbilanz nur bei voraussichtlich dauerhafter Wertminderung möglich (§ I Nr.1 S.2, Nr.2 S.2 EStG). Auch ist das Wertaufholungsgebot im Steuerrecht (§ 6 I Nr.1 S.4, Nr.2 S.3 EStG) strenger,[1219] weil es im Gegensatz zum Handelsrecht (§ 253 V 2 HGB) nicht von Ausnahmen durchbrochen ist.

Es ist fraglich, ob im Steuerrecht die imparitätische Behandlung von Gewinnen und Verlusten von systemtragender Bedeutung ist.[1220] Denn die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit fordert die Gleichbehandlung von Gewinnen und Verlusten. Die Bildung einer Verlustrückstellung bewirkt lediglich, dass die steuererhöhende Gewinnrealisierung zeitlich verschoben wird.[1221] In den Gewinn nach der Handelsbilanz fließt der Grundsatz der Vorsicht ein. Ausgeschüttet werden kann nur, was die Regeln der Kapitalerhaltung zulassen.[1222] Der Gewinn laut Steuerbilanz orientiert sich hingegen an der objektiven Leistungsfähigkeit. Der Gläubigerschutz spielt hier keine Rolle.[1223]

[1214] *Scheffler,* Besteuerung von Unternehmen II, 7. Aufl., S. 1.
[1215] *Trautwein,* Wertrelevanz von Patentinformationen im Kontext der Rechnungslegung, 1. Aufl., 2007, S. 17.
[1216] *Scheffler,* Besteuerung von Unternehmen II, 7. Aufl., S. 51.
[1217] *Buciek,* in: Blümich, 117. Aufl., § 5 Rn. 212.
[1218] *Mellinghoff,* Von der Handelsbilanz zur Steuerbilanz, 2009, S. 6.
[1219] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 217.
[1220] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 217.
[1221] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 217.
[1222] *Lauerwald*, Die Bilanzierung und Prüfung von behebungspflichtigen und nicht behebungspflichtigen ökologischen Lasten, 2001, S. 10.
[1223] *Lauerwald*, Die Bilanzierung und Prüfung von behebungspflichtigen und nicht behebungspflichtigen ökologischen Lasten, 2001, S. 10.

Nach *Doralt* liegt der Zweck des Imparitätsprinzips in der Handelsbilanz darin, Ausschüttungen zu unterbinden, wenn dem Unternehmen Aufwendungen bevorstehen.[1224] Die im Wege der Ausschüttung abgeflossenen Mittel sind für das Unternehmen verloren und stehen nicht mehr als Puffer zur Verfügung, wenn die Aufwendungen zu tätigen sind. In der Steuerbilanz stellt sich das Problem nicht. Wenn der Steuerpflichtige mit einer drohenden Aufwendung belastet ist, wirkt sie sich spätestens im Zeitpunkt der Tätigung der Aufwendungen gewinnmindernd aus.[1225] Die konsequente Anwendung des Imparitätsprinzips würde dazu führen, dass schon die drohende Belastung den steuerlichen Gewinn mindert. Im Ergebnis würde die ohnehin eintretende Steuerminderung antizipiert werden. Im Vergleich zur Handelsbilanz ergibt sich eine Phasenverschiebung, die aber die Gesellschaft wirtschaftlich nicht belastet.[1226]

Nach § 2 VII EStG gilt der Grundsatz der Abschnittsbesteuerung.[1227] Die systematisch vorrangige innerperiodische Verlustausgleichung ist im Wege der horizontalen Verlustausgleichung innerhalb einer Einkunftsart (§ 2 II EStG) oder in Gestalt der vertikalen Verlustausgleichung innerhalb der Summe der Einkünfte (§ 2 III EStG) möglich.[1228] Das Steuerrecht sieht in Gestalt des Verlustabzugs nach § 10d EStG ein eigenständiges Institut zur Geltendmachung von Verlusten vor.[1229] § 10d EStG eröffnet die Möglichkeit der periodenübergreifenden Verlustverrechnung in Gestalt des Verlustrücktrags (§ 10d I EStG) und des Verlustvortrags (§ 10d II EStG). Dies soll eine Senkung der Durchschnittsbesteuerung des Lebenseinkommens bewirken.[1230] Das objektive Nettoprinzip verlangt, dass Verlustvortrag und –rücktrag unbeschränkt geltend gemacht werden können.[1231] Jedoch sehen § 10 d I, II EStG zahlreiche Einschränkungen vor. Daher berücksichtigt das Steuerrecht nicht alle Verluste.[1232]

Nach *Scheffler* sorgen gerade der Fiskalzweck und die Zahlungsbemessungsfunktion der Steuerbilanz dafür, dass dem Vorsichtsprinzip zum Durchbruch verholfen werde.[1233] Denn in der Steuerbilanz dürften Gewinne erst dann aktiviert werden, wenn im Sinne der Reinvermögenszugangstheorie die Mehrung des Betriebsvermögens „nahezu sicher“ bewirkt ist.[1234] Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. In der Steu-

[1224] *Doralt,* Einkommensteuergesetz, § 4 EStG, Rn. 128.
[1225] *Doralt,* Einkommensteuergesetz, § 4 EStG, Rn. 128/1.
[1226] *Doralt,* Einkommensteuergesetz, § 4 EStG, Rn. 128/1.
[1227] *Kirchhof,* in: Kirchhof, EStG, § 2 EStG, Rn. 119.
[1228] *Lambrecht,* in: Kirchhof, EStG, § 10d EStG, Rn. 1.
[1229] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 217.
[1230] *Lambrecht,* in: Kirchhof, EStG, § 10d EStG, Rn. 1.
[1231] *Lindinger,* Der Verlustabzug aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: FS Ruppe, 2007, S. 433 (444).
[1232] *Becker/Loitz/Stein,* Steueroptimale Verlustnutzung, 1. Aufl., 2009, S. 74 f.
[1233] *Scheffler,* Besteuerung von Unternehmen II, 7. Aufl., 2011, S. 4.
[1234] *Scheffler,* Besteuerung von Unternehmen II, 7. Aufl., 2011, S. 4.

erbilanz entfaltet das Vorsichtsprinzip keine prägende Kraft.[1235] Die Steuerbilanz will eine Besteuerung nach der objektiven Leistungsfähigkeit sicherstellen. Eine zu vorsichtige Bewertung des Vermögens würde auf eine Verkürzung der Steuern hinauslaufen. Demgegenüber wäre im Hinblick auf den Fiskalzweck eine Überbewertung unschädlich.[1236] Zwar findet das Vorsichtsprinzip über den Transmissionsriemen der GoB auch in der Steuerbilanz Anwendung.[1237] Doch erfährt es dort mannigfache Einschränkung durch vorrangige Spezialbestimmungen, steuerliche Wahlrechte und Rechtsprechung.[1238] Rückstellungen, die in der Handelsbilanz zu bilden sind, dürfen in der Steuerbilanz vielfach nicht angesetzt werden (§ 5 III-IVa EStG).[1239] Bei der Bewertung ist in §§ 6, 7 EStG kommt das Vorsichtsprinzip nur rudimentär zur Geltung.[1240] Die Bildung einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten ist in der Rechtsprechung des BFH an derart hohe Anforderungen geknüpft, dass das Vorsichtsprinzip beeinträchtigt wird.[1241] So ist die weitgehende Konkretisierung der Inanspruchnahme erforderlich;[1242] dies kommt dem rechtlichen Bestand der Verbindlichkeit nahe.[1243]

c) Konfligierende Zielsetzungen

Handelsbilanzrecht ist als Teil des Handelsrechts dem Ordnungsrecht zuzuordnen. während Steuerbilanzrecht als Teil des Steuerrechts Lastenverteilungsrecht darstellt.[1244]

Der Zweck des Handelsbilanzrechts liegt darin, die ordnungsrechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Kaufleute ihre Geschäfte tätigen können.[1245] Wichtig ist dabei vor der Schutz der Gläubigerinteressen.[1246] Der Gläubiger und der Gesellschafter soll erfahren, wie es wirtschaftlich um das Unternehmen bestellt ist.[1247]

Das Handelsrecht will einer unverhältnismäßig hohen Ausschüttung oder Entnahme entgegensteuern;[1248] dem Steuerrecht geht es mehr darum, eine Steuerbemessungsgrundlage zu schaffen, die einerseits die Einnahmen des Staates zu steigern und zu

---

[1235] *Bittmann,* in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, §12, Rn. 207.
[1236] *Bittmann,* in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 2004, §12, Rn. 207.
[1237] *Hartmann,* Vom handelsrechtlichen Jahresabschluss eines Einzelunternehmers zur Steuerbilanz, 1. Aufl., 2008, S. 7.
[1238] *Pauckert,* Bilanzielle Zurechnung von Schulden in der Handels- und Steuerbilanz, 2012, S. 43 f.
[1239] *Pauckert,* Bilanzielle Zurechnung von Schulden in der Handels- und Steuerbilanz, 2012, S. 44.
[1240] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 80.
[1241] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 80.
[1242] *Lindstadt,* Ansatz und Bewertung von Rückstellungen in der Handels- und Steuerbilanz, 2012, S. 6 f.
[1243] *Winnefeld,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel E, Rn. 80.
[1244] *Weber-Grellet,* StuB 2002, 700 (702).
[1245] *Weber-Grellet,* StuB 2002, 700 (702 f).
[1246] BFH Großer Senat, Beschluss vom 7.08.2000, Az GrS 2/99, DStR 2000, 1682.
[1247] *Schrecker,* Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 109.
[1248] *Weber-Grellet,* StuB 2002, 700 (703).

schützen hilft,[1249] aber auch die verfassungsrechtlichen Grenzen der staatlichen Besteuerungsgewalt wahrt.[1250] Steuergesetze wirken freiheitsbeschränkend und sind daher an Art 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit in ihrer Ausprägung als Entfaltung im vermögensrechtlichen und beruflichen Bereich) zu messen.[1251]

Die Drohverlustrückstellung dient im Handelsrecht dem Ziel, verfrühten und zu hohen Ausschüttungen vorzubeugen.[1252] In der Steuerbilanz besteht demgegenüber kein Bedürfnis, Belastungen im aktuellen Wirtschaftsjahr gewinnmindernd zu erfassen, die zwar wirtschaftlich noch nicht verursacht sind, aber bereits drohen. Denn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird erst im Steuerjahr, in dem sich die Belastung realisiert, reduziert.[1253]

Das Steuerrecht verfolgt das Ziel, dem Staat Einnahmen zu verschaffen.[1254] Daher ist es erforderlich, die wirtschaftliche Leistungskraft des Unternehmens zu eruieren.[1255] Die Leistungsfähigkeit des Unternehmens kann nur ermittelt werden, wenn der Unternehmer sein Vermögen nicht mit Blick auf das Vorsichtsprinzip zu niedrig ansetzt und bewertet.[1256]

Das Vorsichtsprinzip der Handelsbilanz befindet sich im Widerstreit mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip.[1257] In der Steuerbilanz soll der „volle Gewinn" als Objekt der Besteuerung dienen.[1258] *Steck* sieht das Charakteristikum der Steuerbilanz darin, dass sie – im Gegensatz zur Handelsbilanz –dem Anspruch der Objektivität genüge.[1259] Die Steuerbilanz will dementsprechend den „richtigen" Gewinn ermitteln.[1260] In der Handelsbilanz gilt demgegenüber das aus dem Imparitätsprinzip (§ 252 I Nr.4 HGB) abgeleitete Niederstwertprinzip.[1261] In der Handelsbilanz wird der Gewinn tendenziell geringer, in der Steuerbilanz tendenziell höher ausfallen. Diese Zielsetzungen stehen diametral zueinander.[1262]

Der Unternehmer darf sich in der Handelsbilanz nicht reicher rechnen, als der Gläubigerschutz gestattet,[1263] und sich in der Steuerbilanz nicht ärmer darstellen,[1264] als die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit erlaubt.

[1249] Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Sache C-306/99, Rn. 60.
[1250] BVerfG, Beschluss vom 05.02.2002, Az 2 BvR 305/93, 2 BvR 348/93, BVerfGE 105, 17.
[1251] BVerfG, Beschluss vom 05.02.2002, Az 2 BvR 305/93, 2 BvR 348/93, BVerfGE 105, 17.
[1252] *Weber-Grellet,* StuB 2002, 700 (703).
[1253] *Weber-Grellet,* StuB 2002, 700 (703).
[1254] *Weber-Grellet,* StuB 2002, 700 (703).
[1255] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 830.
[1256] *Schrecker,* Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 109.
[1257] Begründung zum Gesetzesentwurf vom 9.11.1998, BT-Drs. 14/23, S. 171.
[1258] BFH Großer Senat, Beschluss vom 3.02.1969, GrS 2/68, DB 1969, 730.
[1259] *Steck*, StuB 2002, 487 (489).
[1260] *Weber-Grellet*, BB 1999, 2659 (2661).
[1261] *Hottmann*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Niederstwertprinzip, Rn. 1.
[1262] *Kußmaul/Gräbe*, StB 2010, 107 (109).
[1263] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 830.

4. Die Posten des Eigenkapitals als Gegenstand des Maßgeblichkeitsgrundsatzes

a) Eigenkapital und Betriebsvermögen

Das Eigenkapital der Handelsbilanz ist der Saldo aus Vermögensgegenständen und Schulden,[1265] wobei noch eine Korrektur durch die Rechnungsabgrenzungsposten erfolgt.[1266] Das Betriebsvermögen der Steuerbilanz versteht sich als Differenz zwischen aktiven und passiven Wirtschaftsgütern, modifiziert durch die Rechnungsabgrenzungsposten.[1267] Tertium comparationis der beiden Größen ist die Funktion innerhalb der Bilanz: die Summe aller Aktiva muss der Summe aller Passiva entsprechen, damit die Bilanz ausgeglichen ist. Stimmt der Wert der zu aktivierenden Posten nicht mit dem Wert der zu passivierenden Posten überein, fungiert das Eigenkapital bzw. Betriebsvermögen als Ausgleichsgröße.[1268] Das handelsbilanzielle Eigenkapital ist zwar vom steuerbilanziellen Betriebsvermögen zu unterscheiden.[1269] Das Betriebsvermögen findet aber sein funktionales Äquivalent im Eigenkapital.

b) Die Maßgeblichkeit des handelsbilanziellen Eigenkapitals

Weil das Eigenkapital eine Residualgröße ist, unterfalle es nicht dem sachlichen Anwendungsbereich des Maßgeblichkeitsgrundsatzes.[1270] Denn der Maßgeblichkeitsgrundsatz beschränke sich auf Ansatz und Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden.[1271] Die Bilanzposten „Grundkapital“ und „Rücklagen“ seien als Saldo von Aktiva und Passiva nicht erfasst.[1272] Grundkapital und Rücklagen wiesen keine Wirtschaftsgüter aus, sondern seien „lediglich rechnerische Größen“; die Posten könnten daher die Steuerbilanz nicht binden.[1273] Der Maßgeblichkeitsgrundsatz beziehe sich auf die „Summe der Wirtschaftsgüter des Unternehmens“; das Eigenkapital sei aber als Residualgröße kein Wirtschaftsgut.[1274]

Zutreffend ist, dass handelsbilanzielles Eigenkapital und steuerbilanzielles Betriebsvermögen nicht gleichgesetzt werden darf. Die unterschiedliche Zwecksetzung von Handels- und Steuerbilanz gebietet einen divergierenden Blick auf die Lage des Unternehmens: das Vorsichtsprinzip findet im Handelsrecht weitestgehend Anwendung und bewirkt bei Ansatz und Bewertung von Vermögensgegenständen eine grundsätz-

---

1264 Vgl. *Pöllath,* FR 2008, 1042 (1043).
1265 *Hilgard,* BB 2013, 937 (938).
1266 *Ley,* DStR 2013, 271 (275).
1267 *Scheffler,* Besteuerung von Unternehmen II, 7. Aufl., S. 337.
1268 *Schmolke/Deitermann,* Industrielles Rechnungswesen, S. 20.
1269 *Rauh,* in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Eigenkapital, Rn. 1.
1270 *Gräbe,* Das Maßgeblichkeitsprinzip vor dem Hintergrund des BilMoG, S. 261.
1271 *Breuninger,* JbFStR 2012/2013, S. 308 (314).
1272 *Häuselmann,* BB 2000, 139 (142 f).
1273 *Koch/Vogel,* BB Beilage 10 zu Heft 24/1986, S. 1 (10).
1274 *Günkel,* JbFStR 1999/2000, 679 (687).

liche Zurückhaltung. Im Steuerrecht gilt – vermittelt über den Maßgeblichkeitsgrundsatz – das Vorsichtsprinzip zwar auch, wird aber durch zahlreiche spezialgesetzliche Anordnungen durchbrochen. Denn das Steuerrecht zielt in der Tendenz darauf, eine möglichst hohe Grundlage der Besteuerung zu erreichen (Fiskalzweck).

Das fein differenzierte System aus Anwendbarkeit und Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes im EStG erlaubt es, Ansatz und Bewertung der Wirtschaftsgüter und der Rechnungsabgrenzungsposten so vorzunehmen, wie es der Fiskalzweck im Steuerrecht gebietet. Das sich in § 4 I 1, 5 I 1 HS 1 EStG ergebende Betriebsvermögen ist nicht global zu bestimmen; vielmehr sind die einzelnen Wirtschaftsgüter je für sich anzusetzen und zu bewerten.[1275] Das Betriebsvermögen ist dann der sich ergebende Saldo. Wertmäßig stimmt der Saldo der Steuerbilanz sicher nicht mit dem Saldo der Handelsbilanz überein. Insofern hat die Feststellung, dass der Maßgeblichkeitsgrundsatz auf das Eigenkapital keine Anwendung finde, seine Berechtigung. Es widerspräche grundlegenden Prinzipien des Steuerrechts, übernähme man den Posten „Eigenkapital“ ohne weiteres in die Handelsbilanz. Der Höhe nach darf das Eigenkapital keinesfalls Eingang in die Steuerbilanz finden.

Anders stellt sich die Lage hingegen in Bezug auf die Frage dar, welche Posten zum Eigenkapital zugewiesen werden. Dabei geht es um die in der Handelsbilanz vorgenommene Wertentscheidung, ob ein Posten auf der Passivseite dem Eigen- oder dem Fremdkapital zuzuweisen ist. Das bestimmt sich nach den GoB, die für die Frage der Eigenqualität von Genussrechten vom HFA IdW konkretisiert wurden. Sind die Kriterien des HFA erfüllt, ist das Genussrecht in der Handelsbilanz dem Eigenkapital zuzuweisen. Diese grundlegende Zuweisung entfaltet über den Maßgeblichkeitsgrundsatz auch für die Steuerbilanz Geltung.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass es sich beim Eigenkapital um eine Saldogröße handelt. Denn das Argument ist nur formal zutreffend.

Dargestellt in einer Bilanz in Kontenform, ist das Vermögen in den Posten auf der Aktivseite ausgewiesen, die Schulden auf der Passivseite; das Eigenkapital ist der Saldo an erster Position auf der Passivseite. Ordnet man das Genussrechtskapital dem Fremdkapital zu, bedeutet das zugleich, dass es gerade nicht als Eigenkapital erfasst wird. Es gibt nur zwei Möglichkeiten, ein Genussrecht zu bilanzieren: entweder als Eigenkapital oder als Fremdkapital. Das Genussrecht muss zwingend seinen Platz auf der Passivseite der Bilanz finden; entweder ganz oben im Eigenkapital oder in einem der Fremdkapitalposten weiter unten.

In seiner Form stellt sich das Eigenkapital – wenn man die Rechnungsabgrenzungsposten außer Betracht lässt – als Differenz dar. Größen der vorzunehmenden Subtrak-

[1275] BFH Großer Senat, Urteil vom 26.10.1987, Az GrS 2/86, WPg 1988, 373.

tion sind das Vermögen (Minuend) und die Schulden (Subtrahend); das Eigenkapital ist der Wert der Differenz: Vermögen ./. Schulden = Eigenkapital. In diese Gleichung muss das Genussrechtskapital Eingang finden: entweder als Element des Eigenkapitals oder des Subtrahenden.

Überdies findet der Grundsatz der Maßgeblichkeit Anwendung, wenn ein Fremdkapital-Genussrecht zu bilanzieren ist.[1276] Denn ein Fremdkapital-Genussrecht stellt eine Verbindlichkeit dar und als solche einen passiven Vermögensgegenstand, der in der Handelsbilanz zu passivieren ist und über den Weg des Maßgeblichkeitsgrundsatzes auch Eingang in die Passivseite der Steuerbilanz findet.

Warum der Maßgeblichkeitsgrundsatz im Fall des Eigenkapital-Genussrechts nicht anwendbar sein soll, im Fall des Fremdkapital-Genussrechts aber schon, ist nicht erkennbar. Sachgerecht erscheint es vielmehr, für den Wertansatz in der Steuerbilanz in beiden Fällen auf den Maßgeblichkeitsgrundsatz abzustellen. Im Fall des Fremdkapital-Genussrechts wird die Geltung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes nicht bestritten. Das Eigenkapital-Genussrecht ist auch ein Nicht-Fremdkapital-Genussrecht. Die Entscheidung des Handelsbilanzrechts, das Genussrecht nicht dem Fremdkapital zuzuordnen, ist grundsätzlich auch für die Steuerbilanz bindend.

E. Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes

I. Der Ausgangspunkt

Zu klären ist, ob § 8 III 2 Hs. 2 KStG eine Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes anordnet oder vielmehr nur eine außerbilanziellen Korrekturvorschrift ist.

Der Wortlaut der Norm bestimmt, dass „Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, das Einkommen nicht mindern".

Damit differenziert das Gesetz zwischen zwei verschiedenen Arten von Genussrechten: zum einen solche, die kumulativ das Recht auf Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös gewähren; zum anderen Genussrechte, die mindestens eines der beiden genannten Rechte nicht einräumen.

Ausschüttungen auf Genussrechte, welche die Anforderungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG nicht erfüllen, dürfen den Gewinn mindern. „Den Gewinn mindern" bedeutet, dass der ausgeschüttete Betrag als Betriebsausgabe abgezogen wird (§§ 8 I KStG, 4 IV EStG). Nach der Systematik der Regelung stellt dies den Regelfall dar. Handelt es sich demgegenüber um ein im Relativsatz beschriebenes besonderes Genussrecht – nämlich eines, das beide Rechte einräumt – darf ein Betriebsausgabenabzug nicht stattfinden.

[1276] *Breuninger*, JbFStR 2012/13, 308 (314).

Die entscheidende Frage ist nun, welche steuerbilanziellen Konsequenzen die Versagung des Betriebsausgabenabzugs hat. Die Rechtsfolge der versagten Minderung des Einkommens lässt sich auf zwei konstruktiv unterschiedlichen Wegen erreichen.
Einerseits könnte § 8 III 2 Hs. 2 KStG die außerbilanziellen Korrektur des Einkommens anordnen. Dann enthielte die Vorschrift keine Aussage zur bilanziellen Einordnung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital. Die handelsbilanzielle Passivierung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital würde auf die Steuerbilanz durchschlagen. Unabhängig von der Bilanzierung wäre die außerbilanzielle Hinzurechnung vorzunehmen.
Andererseits könnte die Regelung dahingehend zu verstehen sein, dass Genussrechtskapital in der Steuerbilanz wie Eigenkapital zu behandeln sei, wenn es das Recht auf Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös verspricht (beteiligungsähnliches Genussrecht). Konsequenterweise sind Ausschüttungen auf das Genussrecht dann eine Maßnahme der Gewinnverwendung, welche das Einkommen nicht mindert. Wurde ein Genussrecht vereinbart, das nicht i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG qualifiziert ist, ist das Genussrechtskapital in der Steuerbilanz wie Fremdkapital zu passivieren (obligationsähnliches Genussrecht).
Welcher der beiden Wege vorzugswürdig ist, bestimmt sich danach, ob § 8 III 2 Hs. 2 KStG in Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes eine eigenständige steuerbilanzielle Zuordnung des Genussrechtskapitals vornehmen will oder ob sich die Vorschrift auf eine außerbilanzielle Korrektur beschränkt.

II. Der Meinungsstand in der Literatur

Ob § 8 III 2 Hs.2 KStG in Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes eigenständige steuerliche Kriterien für die Qualifizierung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapital statuiert, wird im Schrifttum vielfach bejaht.[1277] Doch beschränken sich die Ausführungen oftmals auf den knappen Hinweis, dass Genussrechtskapital, das i.S.d. § 8 III 2 Hs.2 KStG eine Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös gewährt, dem steuerlichen Eigenkapital zuzuordnen sei.[1278] Häufig wird auch an die korrespondierende Konstellation, dass es mindestens an einer der beiden Voraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG fehlt, angeknüpft; dann findet sich die Feststellung, dass das Genussrechtskapital in der Steuerbilanz dem Fremdkapital zuzuweisen sei.[1279] Warum dies so ist, bleibt offen.

[1277] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 27.
[1278] *Haarmann,* JbFStR 1985/86, 407 (412); *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, S. 401 (407); *Leuner*, Mitarbeiterbeteiligung: Recht, Steuern, Beratung, S. 97.
[1279] *Winter,* GmbHR 1993, 31 (32).

III. Der Belastungsvergleich

Der Gesetzgeber hat im KStG vom 16.10.1934[1280] erstmals das Genussrecht zum Gegenstand einer Regelung im Körperschaftsteuerrecht gemacht, und zwar in § 7 S.2 KStG. An dessen Stelle trat im KStG 1977 (in der Fassung vom 31.08.1976)[1281] die Vorschrift des § 8 III 2 Hs. 2 KStG.

In der Begründung zum KStG 1934 heißt es zu § 7 S. 2 KStG: „Durch Satz 2 wird eine in der Praxis entstandene Zweifelsfrage dahin geklärt, dass Ausschüttungen jeder Art auf Genussscheine, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaften verbunden ist, das Einkommen nicht mindern dürfen".[1282] Obwohl das der Wortlaut der amtlichen Begründung nicht zwingend nahe legt,[1283] wird allgemein davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber in § 7 S.2 KStG (1934) die Rechtsprechung des RFH gesetzlich sanktionieren wollte.[1284]

1. Das Urteil des RFH

Der RFH führt in einem Urteil vom 17.04.1934[1285] aus: „Die Körperschaftsteuer soll die den körperschaftsteuerpflichtigen Gebilden innewohnende Steuerkraft erfassen. […] Die Steuerkraft von Gesellschaften wird nun durch Ausgabe von Genussscheinen der Art, wie sie von der Beschwerdeführerin begeben sind,[1286] nicht gemindert. Die Steuerkraft wird durch Ausgabe derartiger Genussscheine nicht anders beeinflusst als durch Ausgabe einer entsprechenden Menge junger Aktien. Denn die Genussscheine sind nur aus dem Reingewinn zu verzinsen und aus dem Liquidationsüberschuss zu tilgen. Sie belasten also wirtschaftlich nur den Reingewinn und das Reinvermögen. Darum ist auch die *Bilanzierung von Genussscheinen* eine Frage, die je nach der Art der Genussscheine verschieden beantwortet wird. […] Ganz anders ist die Steuerkraft von Gesellschaften zu beurteilen, die ihren Kapitalbedarf durch Schuldverschreibungen oder Darlehen gedeckt haben. Derartige Gesellschaften müssen in Gewinn- und Verlustjahren die Zinsen zahlen, müssen ihr Kapital angreifen, um ihren Verpflichtungen gegen die Darlehensgläubiger nachzukommen, und müssen infolgedessen bei der Liquidation zunächst die Gläubiger befriedigen".[1287]

[1280] RGBl. I 1934, 1031.
[1281] BGBl. I 1976, 2597.
[1282] RStBl. 1935, 81 (84).
[1283] Kritisch auch: *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 36.
[1284] *Sarrazin*, StbJb 1985/86, 135 (147).
[1285] RHF, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773
[1286] Die Genussrechtsbedingungen gewähren dem Inhaber eines Genussscheins über 1000 RM die „gleichen Rechte an dem bilanzmäßigen Reingewinn der Gesellschaft, wie sie der Inhaber einer Stammaktie von 1000 RM besitzt". Außerdem wird im Fall der Liquidation der Gesellschaft das nach Auszahlung der Aktien und der Genussscheine zum Nennwert „verbleibende Vermögen […] anteilig unter die Stammaktionäre und die Genussscheinsinhaber verteilt" (RHF, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773).
[1287] RHF, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773 (776).

2. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise

Die steuerbilanzielle Qualifizierung eines Genussrechts als Eigen- oder Fremdkapital entscheidet sich aus der Sicht des RFH danach, ob die wirtschaftliche Belastung, welche die Gesellschaft durch das Genussrechtsverhältnis erfährt, der Belastung vergleichbar ist, welche die Gesellschaft durch Ausgabe von Aktien trifft (Belastungsvergleich). Der RFH folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.[1288] Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass ein Genussrecht seiner zivilrechtlichen Natur nach ein schuldrechtliches Gläubigerrecht darstellt. Das Steuerrecht darf sich „nur mit größter Vorsicht" über „bürgerlich-rechtliche Vereinbarungen, Formen und Rechtsauffassungen hinwegsetzen".[1289] Eine solche Abweichung der steuerrechtlichen von der bürgerlich-rechtlichen Einordnung der Genussrechte erscheint hier aber sachgerecht. In zivilrechtlicher Hinsicht ist das Genussrecht ein schuldrechtliches Gläubigerrecht.[1290] Entgegen dieser schuldrechtlichen Rechtsnatur kann das Genussrecht in vermögensrechtlicher Hinsicht weitgehend aktienähnlich gestaltet werden.[1291]

Der bloße Hinweis auf die Aktienähnlichkeit des Genussrechts rechtfertigt noch keine vom Zivilrecht divergierende steuerliche Behandlung.[1292] Entfernt sich das Genussrecht in seiner konkreten Ausgestaltung derart weitgehend von typischem Fremdkapital, führt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise aber zur steuerlichen Umqualifizierung in Eigenkapital. *Elser* nennt ein solches Genussrecht zutreffend „Eigenkapital-Genussrecht".[1293]

3. Die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit gebietet, § 8 III 2 Hs. 2 KStG als Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes zu begreifen. Dieser ist eine steuerrechtliche Besonderheit, die eine Abweichung von Zivilrecht und Handelsrecht (Durchbrechung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit) erforderlich macht.

Die Körperschaftsteuer verfolgt den Zweck, die Steuerkraft der Kapitalgesellschaften zu erfassen. Sie sind dabei nach ihrer Leistungsfähigkeit zu besteuern. Bei wirtschaftlicher Betrachtung kommt es darauf an, ob die Belastung der Gesellschaft durch das Genussrecht eher der Belastung durch eine festverzinsliche Schuldverschreibung oder durch eine Aktie ähnelt.[1294]

Erfolgt die laufende Vergütung des Genussrechtsinhabers ausschließlich aus dem Gewinn und die Rückzahlung des Genussrechtskapitals ausschließlich aus dem Liquida-

[1288] So ausdrücklich der RFH im Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773 (776).
[1289] RFH, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773 (776).
[1290] *Ebenroth/Müller*, BB 1993, 509 (509).
[1291] *Ebenroth/Müller*, BB 1993, 509 (509).
[1292] RFH, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773 (776).
[1293] *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 269.
[1294] *Breuninger*, JbFStR 2012/13, 308 (316).

tionserlös, ist die der Gesellschaft innewohnende Steuerkraft relativ gering belastet; das Genussrecht ist mit einer Aktie vergleichbar (beteiligungsähnliches Genussrecht).[1295] Ist das Genussrecht beteiligungsähnlich ausgestaltet, muss es in der Steuerbilanz wie Nennkapital behandelt werden.[1296] Das beteiligungsähnliche Genussrecht vermittelt – bei wirtschaftlicher Betrachtung – eine Beteiligung an der Gesellschaft.[1297] Daraus folgt, dass Ausschüttungen auf das beteiligungsähnliche Genussrecht den körperschaftsteuerlichen Gewinn nicht mindern dürfen.

Muss die Gesellschaft hingegen dem Genussrechtsinhaber unabhängig davon, ob im Wirtschaftsjahr ein Gewinn erzielt oder ein Verlust erwirtschaftet wurde, einen festen Zins zahlen oder in der Liquidation das Genussrechtskapital vorrangig gegenüber den Rückzahlungsansprüchen der Gesellschaftern bedienen, ist die Steuerkraft relativ stark belastet; das Genussrecht ist mit einer festverzinslichen Schuldverschreibung vergleichbar (obligationsähnliches Genussrecht).[1298] Beim obligationsähnlichen Genussrecht hat es dabei sein Bewenden, dass der Inhaber einen schuldrechtlichen Anspruch hat auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals und auf Auszahlung der Ausschüttungen.[1299] Geleistete Genussrechtsvergütung ist als Betriebsausgabe abzugsfähig (§ 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 IV EStG). Ist die laufende Genussrechtsausschüttung festverzinslich ausgestaltet, stellen die Zahlungen eine Belastung des Gewinns dar. Die Festvergütung ist zu entrichten, und zwar unabhängig davon, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird. Bei wirtschaftlicher Betrachtung sind sie Betriebsausgaben und mindern sie den Gewinn.[1300]

Als Sachgrund dafür kann der Zweck der Steuerbilanz angeführt werden. Dieser liegt darin, den vollen Gewinn zu erfassen.[1301] Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens muss seinen Niederschlag in der Steuerbilanz finden. Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (Art. 3 I GG) verdichtet sich zum Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit.[1302]

Die sich aus der Steuerbilanz ergebende Leistungsfähigkeit der Körperschaft wird davon beeinflusst, ob das Genussrechtskapital dem Eigen- oder dem Fremdkapital zuzuweisen ist. Insofern ist der Ausweis eines beteiligungsähnlichen Genussrechts im

[1295] *Grieger*, WM 1958, 914 (916).
[1296] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1297] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1298] *Grieger*, WM 1958, 914 (916).
[1299] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1300] *Grieger*, WM 1958, 914 (916).
[1301] BFH Großer Senat, Urteil vom 2. 3. 1969, Az GrS 2/68, BStBl. II 1969, 291.
[1302] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Einführung in das nationale Handels- und Steuerbilanzrecht sowie in die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze, Rn. 95, 97.

Eigenkapital geboten. Das Kriterium für eine Beteiligungsähnlichkeit des Genussrechts für die Zwecke der Steuerbilanz ergibt sich aus § 8 III 2 Hs. 2 KStG.[1303]

4. Kritik am Belastungsvergleich

a) Grundsätzlich stärkere Belastung durch Genussrecht

Gegen die Eignung des Belastungsvergleichs für die steuerliche Qualifizierung von Genussrechtskapital wird eingewandt, dass Genussrechtskapital die Aktiengesellschaft immer stärker belaste als das Stammkapital.[1304] Denn der Rückzahlungsanspruch der Genussrechtsinhaber sei bei Auflösung der Gesellschaft vorrangig gegenüber dem Rückzahlungsanspruch der Aktionäre zu befriedigen.[1305] Diese Behauptung ist in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffend. Welchen Rang der Genussrechtsinhaber bei Liquidation und Insolvenz der Gesellschaft einnimmt, bestimmt sich nach der Vereinbarung im Genussrechtsvertrag. Die Parteien haben es in der Hand, wie tief der Rangrücktritt des Genussrechtsgläubigers ausgestaltet werden soll: bei einem qualifizierten Rangrücktritt würde der Genussrechtsinhaber auf derselben Stufe wie die Gesellschafter befriedigt werden.

Auch wird ein in den Genussrechtsbedingungen vereinbarter Anspruch des genussrechtsberechtigten auf Wiederauffüllung des durch Verlustteilnahme reduzierten Genussrechtskapitals als Argument dafür angeführt, dass die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft mindestens so stark wie bei Aktien belastet werde.[1306] Dies trifft nicht zu. Die Belastung aus dem Wiederauffüllungsanspruch führt nicht per se zu einer stärkeren Belastung als die Rückzahlungsansprüche der Aktionäre. Die Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals findet erst in einem Wirtschaftsjahr statt, in dem die Gesellschaft wieder einen Gewinn erzielt; erst dann ist ein Betrag zur Wiederauffüllung im Posten „Erträge aus Verlustübernahme“ (beim beteiligungsähnlichen Genussrecht) bzw. im Posten „Aufwand aus der Wiederauffüllung“ (beim obligationsähnlichen Genussrecht) gesondert zu passivieren.[1307]

b) Genussrechte mit Mindestverzinsung

Schließlich wird vorgebracht, der wirtschaftliche Belastungsvergleich versage bei Genussrechten mit Mindestverzinsung.[1308] Zuzugeben ist, dass die wirtschaftliche Belastung, die von einer Mindestverzinsung ausgeht, sich stark von der Belastung durch Dividendenansprüche des Aktionärs unterscheidet. Im „Kontinuum der betriebswirt-

---

[1303] *Manz/Lammel,* GmbHR 2009, 1121 (1123).
[1304] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 39.
[1305] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 39.
[1306] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 39.
[1307] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel D, Rn. 1733.
[1308] *Kratzsch*, BB 2005, 2503 (2604).

schaftlichen Chance/Risiko-Positionen“[1309], das sich zwischen der idealtypischen Fremdfinanzierung und der idealtypischen Eigenfinanzierung erstreckt,[1310] nehmen Aktien und festverzinsliche Schuldverschreibungen die Extrempositionen ein. Der Inhaber einer Aktie stellt Eigenkapital zur Verfügung; die Eigenfinanzierung ist zwar mit einem niedrigen Finanzierungsrisiko der Unternehmung verbunden, jedoch mit einem hohen Investitionsrisiko des Aktionärs.[1311]

Der Gläubiger einer Inhaberschuldverschreibung gewährt Fremdkapital; die Fremdfinanzierung mutet dem Unternehmen ein hohes Finanzierungsrisiko zu, doch ist das Investitionsrisiko des Gläubigers gering.[1312]

Das Genussrecht, auch ein solches mit einer garantierten Mindestverzinsung ist als mezzanines Finanzinstrument in der Mitte des Spektrums einzuordnen.

Diese betriebswirtschaftliche Betrachtung macht deutlich, dass eine Mindestverzinsung nicht zwangsläufig mit einer gegenüber der Aktie verstärkten Belastung der Steuerkraft verbunden ist. Das wäre nur der Fall, wenn sich das Finanzierungsrisiko der Unternehmung realisiert und die Gesellschaft einen Verlust erleidet. Bei prosperierender Entwicklung der Unternehmung wäre die Steuerkraft nicht stärker belastet, denn dann wirkt sich aufgrund der hohen Gewinnausschüttung die Mindestverzinsung nicht aus.

Damit ist auch in der Konstellation einer Mindestverzinsung der Belastungsvergleich ein probates Kriterium der Abgrenzung eines beteiligungsähnlichen von einem obligationsähnlichen Genussrecht. Entscheidend beim Belastungsvergleich ist auch hier die wirtschaftliche Betrachtung.[1313] Zu klären ist also, ob bei einer Mindestverzinsung wirtschaftlich die fixen Zinsen im Vordergrund stehen oder die Gewinnbeteiligung. Abzustellen ist dabei darauf, ob unter Zugrundelegung der geschäftlichen Situation des Unternehmens davon auszugehen ist, ob sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Gewinn erzielen lässt, der so hoch ist, dass aus ihm die Zinszahlung geleistet werden kann.[1314] Ist das der Fall, ist eine Gewinnbeteiligung zu vermuten. Eine Gewinnbeteiligung ist dagegen zu verneinen, wenn der Zins so hoch ist, dass dem wohl die Absicht der Parteien zugrunde liegt, die Vergütung von der Erzielung eines Gewinns unabhängig zu vereinbaren.[1315]

[1309] *Elschen*, in: Gebhard/Gerke/Steiner, Handbuch des Finanzmanagements, S. 585 (587).
[1310] *Elschen*, in: Gebhard/Gerke/Steiner, Handbuch des Finanzmanagements, S. 585 (587).
[1311] Vgl. *Elschen*, in: Gebhard/Gerke/Steiner, Handbuch des Finanzmanagements, S. 585 (587).
[1312] Vgl. *Elschen*, in: Gebhard/Gerke/Steiner, Handbuch des Finanzmanagements, S. 585 (587).
[1313] *Möschel,* ZHR 149 (1985), S. 206 (226).
[1314] *Grieger*, WM 1958, 914 (918).
[1315] RFH, Urteil vom 9.11.1932, RStBl. 1933, 64.

IV. Die Vermutung für das obligationsähnliche Genussrecht

1. Kumulative Erfüllung beider Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG

Nach herrschender Meinung müssen die beiden Voraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG kumulativ vorliegen, damit der Gewinn nicht gemindert werden darf.[1316] Das Erfordernis von gleichzeitiger Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös entspricht dem Sinn und Zweck der Norm. Nur das kumulative Vorliegen beider Tatbestandsvoraussetzungen rechtfertigt die bilanzielle Behandlung des Genussrechtskapitals als Eigenkapital.

a) Die Gegenauffassung

Eine im Schrifttum früher vertretene Ansicht geht davon aus, dass § 8 III 2 Hs. 2 KStG eine planwidrige Regelungslücke enthalte.[1317] Ausschüttungen auf Genussrechte dürften den Gewinn auch dann nicht mindern, wenn nur eine Gewinnbeteiligung, aber keine Beteiligung am Liquidationserlös vereinbart sei.[1318] Träfe diese Auffassung zu, wäre die These, dass § 8 III 2 Hs. 2 KStG auch den steuerbilanziellen Ausweis des Genussrechtskapitals als Fremd- oder Eigenkapital regelt, nicht haltbar. Denn ein Genussrecht, das der Gewinnbeteiligung keine Beteiligung am Liquidationserlös an die Seite stellt, ist im Belastungsvergleich von einer Aktie wesentlich verschieden. Der versagte Betriebsausgabenabzug ließe sich nicht mit der Eigenkapitalähnlichkeit des Genussrechts begründen.

b) Das Erfordernis der kumulativen Tatbestandserfüllung

aa) Der Wortlaut

Der Wortlaut des § 8 III 2 Hs. 2 KStG legt nahe, dass die beiden Voraussetzungen Gewinnbeteiligung und Beteiligung am Liquidationserlös kumulativ vorliegen müssen.[1319] Der Gesetzgeber verwendet die Konjunktion „und“, um deutlich zu machen: nur in einer Ausnahmekonstellation muss ein Genussrecht als Eigenkapital klassifiziert werden. Dieses Ausnahmefall tritt ein, wenn beide Bedingungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG erfüllt sind. Nur dann rückt das Genussrecht in vermögensrechtlicher Hinsicht in die Nähe einer Mitgliedschaft.[1320]

bb) Die Systematik

Genussrechte gewähren dem Genussrechtsinhaber schuldrechtliche Ansprüche, unter anderem auf Ausschüttungen. Diese Ansprüche sollen beim idealtypischen Genuss-

---

[1316] *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 269; *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 156 f.
[1317] *Thiel*, StbJb 1963/64, S. 161 (179).
[1318] *Friedlaender*, DStZ/A 1966, 242 (245).
[1319] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 156.
[1320] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 156 f.

recht aber nur erfüllt werden, wenn der Genussrechtsverpflichtete einen Gewinn erzielt hat.[1321] Der Forderung des Genussrechtsinhabers korreliert auf Seiten des Genussrechtsverpflichteten eine Verbindlichkeit. Die Verbindlichkeit mindert den Gewinn. Denn die Ausschüttungen auf Genussrechte kann die Gesellschaft als Betriebsausgabe absetzen.[1322]

Für den Fall, dass das Genussrecht eine Beteiligung sowohl am Gewinn als auch am Liquidationserlös gewährt, sieht § 8 III 2 Hs. 2 KStG vor, dass die Ausschüttungen den Gewinn nicht mindern dürfen. Der Mechanismus des § 8 III 2 Hs. 2 KStG enthält ein Regel-Ausnahme-Gefüge.[1323] Die Regel besteht darin, dass schuldrechtliche Verpflichtungen auch im Steuerrecht Anerkennung finden und sich gewinnmindernd auswirken. Dieser Grundsatz wird von § 8 III 2 Hs. 2 KStG durchbrochen. Für den eng begrenzten Bereich derjenigen Genussrechte, die kumulativ eine Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös gewähren, ist kein Betriebsausgabenabzug möglich. E contrario stellen in allen anderen Fällen die Ausschüttungen Betriebsausgaben dar, die abzusetzen sind. Die Norm enthält keine Regelungslücke, die erst noch geschlossen werden muss.[1324]

cc) Der Belastungsvergleich des RFH

Nach dem vom RFH angestellten Belastungsvergleich sind Genussrechte nur dann mit einer Aktie vergleichbar, wenn sie sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Liquidationserlös vorsehen.[1325] Nur in diesem Fall erhält der Genussrechtsinhaber eine Position, die – in vermögensrechtlicher Hinsicht – der eines Gesellschafters entspricht.[1326]

2. Die Regel-Ausnahme-Konzeption des § 8 III 2 Hs. 2 KStG

§ 8 III 2 Hs. 2 KStG verbietet, dass Ausschüttungen auf bestimmte Genussrechte das Einkommen mindern. Es handelt sich dabei um Genussrechte, die kumulativ das Recht auf Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös gewähren. Das bedeutet e contrario, dass bei allen anderen Genussrechten eine Einkommensminderung erfolgt. Indem von der Einkommensminderung genau definierte Genussrechte ausgenommen werden, liegt ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vor: grundsätzlich mindern Ausschüttungen auf Genussrechte das Einkommen, es sei denn, erfüllen den Tatbestand des § 8 III 2 Hs. 2 KStG.

[1321] BGH, Urteil vom 5. 10. 1992, Az II ZR 172/91, BB 1993, 451
[1322] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az I R 67/92, BFHE 173, 399.
[1323] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az I R 67/92, BFHE 173, 399.
[1324] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az I R 67/92, BFHE 173, 399.
[1325] RFH, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773.
[1326] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az I R 67/92, BFHE 173, 399.

Diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis korreliert der Grundsatz, dass im Steuerrecht schuldrechtliche Verpflichtungen anzuerkennen sind.[1327] Die Ordnungsstruktur des Zivilrechts ist auch für die steuerliche Beurteilung maßgebend.[1328] Eine Abweichung von der Ordnung des Zivilrechts ist eine Ausnahme, die der „hinreichenden sachlichen Rechtfertigung" bedarf.[1329]

Genussrechte räumen dem Genussrechtsberechtigten einen schuldrechtlichen Anspruch auf Gewinnbeteiligung ein.[1330] Der Genussrechtsverpflichtete ist schuldrechtlich verpflichtet, die vereinbarte Gewinnbeteiligung zu gewähren. Diese schuldrechtliche Verpflichtung ist nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung in der Steuerbilanzbilanz zu passivieren (§ 8 I KStG, § 5 I EStG). Denn die schuldrechtliche Verpflichtung ist auch im Steuerrecht als solche zu behandeln.[1331] Dem schuldrechtlichen Gläubigerrecht entspricht die steuerliche Behandlung als Fremdkapital (obligationsähnliches Genussrecht). Aufwendungen für das schuldrechtliche Gläubigerrecht sind demnach als Betriebsausgabe abzuziehen (§ 8 I KStG, § 4 IV EStG). Sie mindern das Einkommen.

Der „Grundsatz der steuerlichen Berücksichtigung schuldrechtlicher Verpflichtungen" tritt zurück, wenn das Steuerrecht eine Ausnahme vorsieht. Das ist in Gestalt des § 8 III 2 Hs. 2 KStG der Fall. Es liegt nahe, dass in dieser Ausnahme-Konstellation das Genussrecht für steuerliche Zwecke die Gestalt von Eigenkapital annimmt (beteiligungsähnliches Genussrecht).

V. Der Begriff der Ausschüttungen

Das Gesetz spricht in § 8 III 2 Hs. 2 KStG von „Ausschüttungen … auf Genussrechte". Fraglich ist, ob sich aus dem Begriff „Ausschüttung" folgern lässt, dass das den Ausschüttungen zugrunde liegende Genussrechtskaptal für steuerliche Zwecke als Eigenkapital behandelt wird.

Unter einer Ausschüttung versteht man die Verteilung von Vermögen einer Kapitalgesellschaft an die Gesellschafter.[1332] Die Ausschüttungen werden aus dem Eigenkapital geleistet. Das steuerliche Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft wird aus zwei Größen gebildet:[1333] zum einen aus den Einlagen der Gesellschafter, zum anderen aus den Gewinnen der Gesellschaft. Schüttet die Gesellschaft Eigenkapital aus, kann es sich um die Rückzahlung von Einlagen handeln (§ 27 I 3 KStG) oder um die Verteilung von

[1327] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az I R 67/92, DB 1994, 859.
[1328] BFH, Urteil vom 27.07.1967, Az IV 300/64, NJW 1968, 271.
[1329] BVerfG, Entscheidung vom 24.01.1962, Az 1 BvR 845/58, BVerfGE 13, 331.
[1330] BGH, Urteil vom 5.10.1992, Az II ZR 172/91, BB 1993, 451.
[1331] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az I R 67/92, DB 1994, 859.
[1332] *Birle*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Rn. 1.
[1333] *Rödder*, in: Müller/Rödder, Beck'sches Handbuch der AG, 2. Aufl. 2009, § 12 Rn. 86.

Gewinn (§ 27 I 5 KStG).[1334] Um die Zuordnung einer Ausschüttung zu einer der beiden Kategorien vornehmen zu können, ist ein steuerliches Einlagenkonto zu führen (§ 27 I 1 KStG). Der ausschüttbare Gewinn ist das in der Steuerbilanz ausgewiesene Eigenkapital, vermindert um das gezeichnete Kapital und den Bestand des steuerlichen Einlagenkontos (§ 27 I 5 KStG). Eine Ausschüttung erfolgt nur an diejenigen, die der Gesellschaft Eigenkapitalmittel überlassen haben. Ausschüttungen sind Zahlungen, die ihre Veranlassung in der Gesellschafterstellung des Empfängers hat; die Ausschüttung erfolgt societatis causa.[1335]

Im Zusammenhang mit der Bezahlung von Fremdkapitalkosten, etwa Zinsaufwand, ist der Ausdruck „Ausschüttung" ungebräuchlich. Diese Zahlungen erfolgen gerade nicht wegen der Gesellschafterposition des Empfängers, sondern sind vielmehr betrieblich veranlasst.

Der Anspruch der Anteilseigner auf Ausschüttung des Gewinns ergibt sich aus § 29 I 2 GmbHG bzw. aus § 58 IV AktG. Gegenstand der Ausschüttung ist der Bilanzgewinn. Das ist nicht zwingend der Jahresüberschuss.

In einer Bilanz, die vor Verwendung des Jahresüberschusses erstellt wird, gliedert sich das Eigenkapital wie folgt (§ 266 III HGB):[1336]

A. Eigenkapital

I. Gezeichnetes Kapital

II. Kapitalrücklagen

III. Gewinnrücklagen

IV. Gewinnvortrag (Verlustvortrag)

V. Jahresüberschuss (Jahresfehlbetrag)

In einer Bilanz nach Verwendung des Jahresüberschusses (§ 268 I HGB) stellt sich das Eigenkapital folgendermaßen dar (§ 266 III HGB):[1337]

A. Eigenkapital

I. Gezeichnetes Kapital

II. Kapitalrücklagen

III. Gewinnrücklagen

IV. Bilanzgewinn (Bilanzverlust)

Bei einer solchen Bilanz muss nach § 158 I AktG die GuV wie folgt erweitert werden:[1338]

[1334] *Schlösser*, in: Schüppen/Schaub, Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2. Aufl. 2010., § 4 Rn. 174.

[1335] RFH, RStBl. 1936, 770 (772).

[1336] *Weber*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Bilanzgewinn, Rn. 1.

[1337] *Weber*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Bilanzgewinn, Rn. 1.

[...] Jahresüberschuss

+ Gewinnvortrag (./. Verlustvortrag)

+ Entnahmen aus Rücklagen

./. Einstellungen in Rücklagen

= Bilanzgewinn (Bilanzverlust)

Der Bilanzgewinn unterscheidet sich – wie aus der GuV ersichtlich wird – vom Jahresüberschuss dadurch, dass der Jahresüberschuss als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Bilanzgewinns dient. Der Jahresüberschuss wird noch vermehrt um einen Gewinnvortrag oder Entnahmen aus offenen Rücklagen bzw. vermindert um einen Verlustvortrag oder Einstellungen in Rücklagen. Damit ist klar: die Kapitalgesellschaft kehrt bei einer Ausschüttung nicht das Jahresergebnis aus, sondern eigenes Vermögen.[1339] Ausschüttungen reduzieren das Eigenkapital.

Spricht der Gesetzgeber vor diesem Hintergrund in § 8 III 2 Hs. 2 KStG von „Ausschüttungen ... auf Genussrechte", so impliziert das, dass diese Genussrechte als Eigenkapital behandelt werden.[1340]

VI. Die zwei Regelungsgegenstände des § 8 III 2 KStG

In seiner heutigen Fassung behandelt § 8 III 2 KStG zwei Gegenstände. Zum einen geht es darum, ob verdeckte Gewinnausschüttungen das Einkommen mindern (§ 8 III 2 HS 1 KStG). Zum anderen wird bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Ausschüttungen auf Genussrechte das Einkommen mindern (§ 8 III 2 Hs. 2 KStG). Die Rechtsfolge ist die gleiche, nämlich die Versagung der Minderung des Einkommens: „mindern das Einkommen nicht". Doch die Voraussetzungen der beiden Normen sind völlig verschieden; die Regelungsgegenstände haben miteinander nichts zu tun.[1341]

1. Die verdeckte Gewinnausschüttung

a) Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung

Die Funktion der verdeckten Gewinnausschüttung ist im Gesellschaftsrecht eine andere als im Steuerrecht. Im Gesellschaftsrecht spielt die verdeckte Gewinnausschüttung eine Rolle, wenn zu klären ist, ob der Gläubigerschutz eingehalten (§§ 30 ff GmbHG, §§ 57 ff AktG),[1342] der Gleichheitssatz befolgt,[1343] die gesellschaftsrechtliche

---

[1338] *Weber*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Bilanzgewinn, Rn. 2.

[1339] *Birle*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Rn. 2.

[1340] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 114.

[1341] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 114.

[1342] *Risse,* in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 2, Rn. 204 f.

[1343] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 226.

Treuepflicht[1344] und die Kompetenzverteilung in der Gesellschaftsverfassung beachtet wurden.[1345] Das Steuerrecht verfolgt demgegenüber mit der Rechtsfigur der verdeckten Gewinnausschüttung einen anderen Zweck, nämlich die zutreffende Ermittlung der Einkünfte.[1346] Die verdeckte Gewinnausschüttung in § 8 III 2 HS 1 KStG hat daher eine spezifisch steuerrechtliche Gestalt.

aa) Die verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht

Allein das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung sagt im Gesellschaftsrecht noch nichts darüber aus, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung (§ 30 I GmbHG, § 57 I AktG) zu bejahen ist.[1347] Für einen etwaigen Rückzahlungsanspruch (§ 31 GmbHG, § 62 AktG) ist es ohne Bedeutung, ob die Auszahlung an den Gesellschafter offen oder verdeckt erfolgt.[1348] Entscheidend ist vielmehr, ob die Auszahlung Gesellschaftsvermögen beeinträchtigt, das zur Deckung des Stammkapitals dient[1349] oder eine bereits bestehende Unterbilanz oder Überschuldung vertieft[1350] oder erstmalig eine Unterbilanz oder Überschuldung bewirkt.[1351] Solange die Zahlung der Gesellschaft kein gebundenes Vermögen vermindert, liegt kein Verstoß gegen das Kapitalerhaltungsgebot vor; in diesem Fall ist auch die Modalität der Zahlung als verdeckte Gewinnausschüttung unschädlich.

Bedeutung erlangt die verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht also nicht in Bezug auf das „wie“ der Auszahlung. Die Rechtsfigur der verdeckten Gewinnausschüttung ist vielmehr dabei behilflich, überhaupt einen Ausschüttungsvorgang als solchen zu identifizieren; es geht um das „ob“ der Auszahlung. Unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG bzw. §§ 57, 62 AktG besteht dann ein Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung setzt zweierlei voraus. Zum einen erbringt die Gesellschaft aus ihrem Vermögen eine Leistung an den Gesellschafter, die nicht in der im Gesellschaftsrecht vorgesehenen Form der Gewinnverwendung erfolgt.[1352] Zum anderen wendet der Gesellschafter seiner Gesellschaft keine gleichwertige Gegenleistung zu.[1353] Im Einzelfall ist die verdeckte Gewinnausschüttung nach diesen Kriterien von einem gewöhnlichen Austauschgeschäft abzugrenzen. Dabei ist auf die Sichtweise

---

[1344] *Dreher,* DStR 1993, 1632 (1635).
[1345] *Spönemann,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 3 Besteuerung der GmbH, Rn. 572.
[1346] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 226.
[1347] *Heidinger,* in: Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Hrsg.: Ziemons/Jaeger, Stand: 01.03.2013, Edition: 14, § 30 GmbHG, Rn. 98.
[1348] BGH, Urteil vom 23.06.1997, Az II ZR 220/95, NJW 1997, 2599.
[1349] BGH, Urteil vom 23.06.1997, Az II ZR 220/95, NJW 1997, 2599.
[1350] BGH, Urteil vom 23.06.1997, Az II ZR 220/95, NJW 1997, 2599.
[1351] *Epe/Liese,* in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 10, Rn. 108.
[1352] BGH, Urteil vom 13.11.1995, Az II ZR 113/94, NJW 1996, 589.
[1353] BGH, Urteil vom 13.11.1995, Az II ZR 113/94, NJW 1996, 589.

eines Geschäftsführers oder Vorstands abzustellen, der Geschäfte gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen abschließt.[1354] Ein Austauschgeschäft ist zu bejahen, wenn er unter gleichen Umständen das Geschäft zu gleichen Bedingungen getätigt hätte.[1355] Denn in diesem Fall beruht die Leistung der Gesellschaft auf betrieblichen Ursachen.[1356]

bb) Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht

Bei der Definition der verdeckten Gewinnausschüttung stellt die Rechtsprechung auf die Perspektive der Gesellschaft ab; danach versteht man unter einer verdeckten Gewinnausschüttung (1) eine Vermögensminderung oder eine verhinderte Vermögensmehrung, die (2) societatis causa erfolgt ist, (3) den Unterschiedsbetrag i.S.d. § 4 I 1 EStG verringert und (4) in keinem Zusammenhang mit einer offenen Gewinnausschüttung steht.[1357]

Eine andere, von der Rechtsprechung bei der Auslegung von § 20 I Nr. 1 S. 2 EStG eingesetzte Definition nimmt die Sicht des Gesellschafters ein und bejaht eine verdeckte Gewinnausschüttung, wenn die Gesellschaft (1) außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung einem Gesellschafter (2) einen Vermögensvorteil gewährt und die (3) Gewährung gesellschaftsrechtlich veranlasst ist.[1358]

Die Finanzverwaltung ist dem gefolgt und hat eine Kombination aus beiden Definitionen entwickelt, wonach eine verdeckte Gewinnausschüttung (1) eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung ist, die (2) ihre Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis gefunden hat, (3) den Unterschiedsbetrag i.S.d. § 4 I 1 EStG verringert und (4) nicht durch einen Gewinnverteilungsbeschluss legitimiert ist, der den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben genügt.[1359]

b) Sinn und Zweck der verdeckten Gewinnausschüttung

Das Merkmal, das der verdeckten Gewinnausschüttung ihren Namen gibt, ist der fehlende Bezug zu einer „offenen" Gewinnausschüttung. Eine offene Gewinnausschüttung zeichnet sich dadurch aus, dass sie einen Gewinnverteilungsbeschluss umsetzt, der den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen entspricht.[1360] Wurde ein Gewinnverteilungsbeschluss gefasst, so ist klar, dass die Zuwendungen an die Gesellschafter ihre Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis finden.

[1354] *Wicke,* in: Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 29 GmbHG, Rn. 22.
[1355] *Deussen,* in: Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Hrsg.: Ziemons/Jaeger, Stand: 01.03.2013, Edition: 14, § 29 GmbHG, Rn. 40.
[1356] *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 30 GmbHG, Rn. 29.
[1357] BFH, Urteil vom 11.10.2012, Az I R 75/11, DStR 2013, 25.
[1358] BFH, Urteil vom 27.03.2012, Az VIII R 27/09.
[1359] R 36 I 1, KStR 2004.
[1360] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1247.

Fehlt hingegen ein solcher Gewinnverteilungsbeschluss und wurde trotzdem Vermögen von der Gesellschaft auf einen Gesellschafter übertragen, besteht der Verdacht einer verdeckten Gewinnausschüttung. Diese ist zu bejahen, wenn die Zuwendung societatis causa erfolgte und zu verneinen, wenn sie betrieblich veranlasst war. Verkauft etwa ein Gesellschafter der Gesellschaft zum überhöhten Preis ein Wirtschaftsgut, so ist der Kaufpreis aufzuteilen in einen betrieblich anzuerkennenden Teil und einen gesellschaftsrechtlich veranlassten Teil.[1361]

Die Ratio des Rechtsinstituts der verdeckten Gewinnausschüttung folgt aus dem Wesen der Körperschaftsteuer.[1362] Das Einkommen der Kapitalgesellschaft soll nicht durch einen Kapitalabfluss gemindert werden, der durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist. Gewinnanteile sollen ausgeschüttet werden. Bei der verdeckten Gewinnausschüttung werden sie demgegenüber „als Leistungsvergütung getarnt".[1363] In diesem Fall liegt nämlich dem vermögensmindernden Verhalten der Gesellschaft die besondere personale Relation zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft zugrunde, die sich signifikant von einer Geschäftsbeziehung unterscheidet, wie sie zwischen der Gesellschaft und einem Dritten besteht.[1364]

Das Merkmal der Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis dient der Differenzierung zwischen der Sphäre der Einkünfteerzielung und der Einkünfteverwendung; diese Unterscheidung ermöglich es dann, für die Zwecke der Körperschaftsteuer die Leistungsfähigkeit der Gesellschaft zu ermitteln.[1365]

Die Zuwendung erfolgte societatis causa, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter (§ 93 I 1 AktG, § 43 I GmbHG) einem Dritten den Vorteil nicht gewährt hätte.[1366] Der Vorteil kann etwa darin bestehen, dass der Gesellschafter der Gesellschaft ein Darlehen gewährt, wobei der Darlehenszins unangemessen hoch vereinbart wurde.[1367] Die Zahlungen der Gesellschaft stellen zunächst vollumfänglich Betriebsausgaben dar (§ 8 I KStG, § 4 IV EStG).[1368] Erst in einem zweiten Schritt kommt es – in Bezug auf den unangemessen hohen und damit gesellschaftsrechtlich veranlassten Teil der Zinsen – über § 8 III 2 HS 1 KStG zur Korrektur.[1369]

[1361] *Crezelius*, ZEV 2008, 268 (270).
[1362] *Crezelius*, ZEV 2008, 268 (271).
[1363] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1247.
[1364] *Crezelius*, ZEV 2008, 268 (271).
[1365] *Wassermeyer* DB 2001, 2465 (2466).
[1366] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1249; BFH, Urteil vom 27.03.2012, Az VIII R 27/09, BFH/NV 2012, 1127.
[1367] *Scheffler*, BB 2002, 543 (543).
[1368] Vgl. BFH, Urteil vom 09.12.2010, Az I R 28/09, BFH/NV 2011, 850.
[1369] *Wassermeyer*, in: Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, S. 541 (546).

c) Die verdeckte Gewinnausschüttung in der Zweistufigkeit der steuerlichen Gewinnermittlung

§ 8 III 2 HS 1 KStG ist eine Gewinnermittlungsvorschrift, aber keine Einkommensermittlungsvorschrift.[1370] Denn die Rechtsfolgen des § 8 III 2 HS 1 KStG sind bereits auf der Stufe der steuerlichen Gewinnermittlung, nicht erst bei der anschließenden Einkommensermittlung relevant.[1371] Verdeckte Gewinnausschüttungen dürfen den steuerlichen Gewinn i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG nicht mindern. Dies ist vor dem Hintergrund der zweistufigen steuerlichen Gewinnermittlung zu verstehen.

aa) Die erste Stufe

Die Ermittlung des Unterschiedsbetrags nach § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG ist die erste Stufe der Gewinnermittlung. Der Vorgang findet – im Gegensatz zur Korrektur auf der zweiten Stufe – innerhalb der Steuerbilanz statt.[1372]

Die Minderung des Steuerbilanzgewinns ist eine Tatbestandsvoraussetzung der verdeckten Gewinnausschüttung. § 8 III 2 HS 1 KStG setzt voraus, dass sich eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung auf den Unterschiedsbetrag i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG auswirkt.[1373] Tatbestandlich knüpft die verdeckte Gewinnausschüttung an die erste Stufe der Gewinnermittlung, nämlich den Unterschiedsbetrag, an. Doch Rechtsfolgen hat die verdeckte Gewinnausschüttung auf der Ebene des Steuerbilanzgewinns nicht. Alle Ausgaben der Kapitalgesellschaft sind Betriebsausgaben, auch wenn sie gesellschaftlich veranlasst sind.[1374] Die Kapitalgesellschaft hat keine außerbetriebliche Sphäre.[1375] Ausgaben der Kapitalgesellschaft sind daher immer betrieblich veranlasst und führen in der Handelsbilanz zu Betriebsausgaben, die über den Maßgeblichkeitsgrundsatz auch in der Steuerbilanz Betriebsausgaben darstellen.[1376] Eine Kompensation für steuerliche Zwecke muss daher außerhalb der Steuerbilanz ansetzen; das erforderliche Instrument dafür ist die verdeckte Gewinnausschüttung.[1377]

Der Zweck der verdeckten Gewinnausschüttung besteht nicht darin, den Steuerbilanzgewinn der Kapitalgesellschaft zu korrigieren.[1378] Vielmehr soll durch Hinzurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung der Unterschiedsbetrag des § 4 I 1 EStG

[1370] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 240.
[1371] *Schallmoser,* in: *Heuer/Herrmann/Raupach,* § 8 KStG, Rn. 202.
[1372] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 421.
[1373] BFH, Urteil vom 20. 10. 2004, Az I R 4/04, BFH/NV 2005, 723.
[1374] *Altendorf,* in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2010, § 2, Rn. 323.
[1375] BFH, Urteil vom 22.08.2012, Az I R 9/11, DStR 2012, 2435.
[1376] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1254-1255.
[1377] *Harle,* GmbHR 2009, 816 (816).
[1378] a.A. *Bareis,* GmbHR 2009, 813 (815).

modifiziert werden.[1379] Dadurch wird der Zweck des § 8 II KStG verwirklicht, nämlich eine Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit sicherzustellen.[1380]

Ist etwa eine Pensionsrückstellung als verdeckte Gewinnausschüttung einzuordnen, lässt dies den Fremdkapitalcharakter des Bilanzpostens „Pensionsrückstellung" unberührt.[1381] Besteht eine nach bürgerlichem Recht wirksame Verpflichtung, muss in der Handelsbilanz eine Verbindlichkeit passiviert werden. Nach dem Maßgeblichkeitsgrundsatz erstreckt sich die Passivierungspflicht auf die Steuerbilanz.[1382]

bb) Die zweite Stufe

Die zweite Stufe der Gewinnermittlung setzt außerhalb der Steuerbilanz an.[1383] Hier ist der Unterschiedsbetrag der ersten Stufe zu korrigieren. Einlagen, verdeckte Gewinnausschüttungen und nicht abzugsfähige Betriebsausgaben sind zu berücksichtigen.[1384] Das Resultat der zweiten Stufe ist dann der Gewinn i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG.

Die Rechtsfolge der verdeckten Gewinnausschüttung entfaltet ihre Wirkung außerhalb der Steuerbilanz, nämlich auf der zweiten Stufe der steuerlichen Gewinnermittlung.[1385] Der Gewinn, der sich aus der Steuerbilanz auf der ersten Stufe ergibt, erfährt eine außerbilanzielle Korrektur durch § 8 III 2 HS 1 KStG.

Gegenstand der steuerlichen Umqualifizierung zur verdeckten Gewinnausschüttung ist ein Aufwand oder eine Leistung der Gesellschaft.[1386] Die Begriffe sind weit auszulegen. Ausreichend ist jeder Vorgang, der bei isolierter Betrachtung den Unterschiedsbetrag i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. 4 I 1 EStG vermindert, wenn der Gesellschaft keine wertangemessene Gegenleistung zugewandt wird.[1387]

Der Vorgang muss also das steuerbilanzielle Betriebsvermögen beeinflussen.[1388] Betrifft das Geschäft ausschließlich die Aktivseite oder die Passivseite der Bilanz, liegt ein erfolgsneutraler Aktiv- oder Passivtausch vor; eine verdeckte Gewinnausschüttung scheidet aus.[1389] Ebenso wenig kann eine verdeckte Gewinnausschüttung bejaht

---

[1379] *Gosch,* in: Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009, § 8 KStG, Rn. 395.
[1380] Kohlhepp, FR 2009, 996 (996).
[1381] *Altendorf,* in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2010, § 2, Rn. 324.
[1382] *Altendorf,* in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2010, § 2, Rn. 324.
[1383] a.A. *Bareis,* FR 2008, 537; *Briese* GmbHR 2005, 597 und FR 2009, 991; *Hoffmann* GmbHR 2008, 47.
[1384] *Gosch,* in: Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009, § 8 KStG, Rn. 395.
[1385] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1254-1255.
[1386] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 280.
[1387] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 280.
[1388] *Grashoff/ Kleinmanns,* in: Grashoff/Kleinmanns, Aktuelles Steuerrecht, 9. Aufl., 2013, 2. Kapitel, Rn. 262.
[1389] *Grashoff/ Kleinmanns,* in: Grashoff/Kleinmanns, Aktuelles Steuerrecht, 9. Aufl., 2013, 2. Kapitel, Rn. 262.

werden, wenn eine bloße Bilanzverlängerung oder Bilanzverkürzung bewirkt wird, ohne dass die Höhe des Eigenkapitals verändert wird.[1390]

Eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung liegt vor, wenn die Gesellschaft einen Aufwand trägt, ohne dafür eine wertadäquate Gegenleistung zu erhalten.[1391] Der erste Regelungsgegenstand des § 8 III 2 KStG setzt also voraus, dass der Gesellschaft Betriebsausgaben entstehen, die aber für Zwecke der Körperschaftsbesteuerung nicht anerkannt werden.[1392]

Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft ein Darlehen, stellen die Darlehenszinsen abzugsfähige Betriebsausgaben dar (§ 8 I 1 KStG, § 4 IV EStG).[1393] Sind die Zinsen allerdings unangemessen hoch, so dass sie einem Drittvergleich nicht standhalten, qualifizieren sie in Höhe des unangemessenen Teils als verdeckte Gewinnausschüttung.[1394] Die von der Gesellschaft vorgenommenen Zahlungen sind daher in Höhe des Teils, der einem Fremdvergleich nicht standhält, außerbilanziell das Einkommen wieder zuzurechnen.

Es bleibt aber dabei, dass in der Steuerbilanz das vom Gesellschafter gewährte Darlehen als Fremdkapital erfasst ist. Auch ändert sich nichts an der bilanziellen Einordnung der Zinsen als Fremdkapitalkosten. Lediglich im Rahmen der außerbilanziellen Korrektur sind die Zahlungen als Gewinnausschüttung und damit Einkommensverwendung zu behandeln.

2. Ausschüttungen auf Genussrechte

Anders ist die Regelung in § 8 III 2 Hs. 2 KStG. Hier geht es nicht darum, dass aufgrund gesellschaftsrechtlicher und damit nicht betrieblicher Veranlassung eine Zahlung der Gesellschaft nicht als Betriebsausgabe anerkannt werden kann. Es findet gerade kein Fremdvergleich dergestalt statt, dass zu fragen ist, ob die Gesellschaft – unter sonst vergleichbaren Umständen – auch einem Dritten ein Genussrecht der vereinbarten Art gewährt hätte. Die Vorschrift stellt vielmehr darauf ab, zu welchen Bedingungen das Genussrechtskapital der Gesellschaft überlassen worden ist. Handelt es sich um ein Genussrecht der in § 8 III 2 Hs. 2 KStG genannten Art, so sind die Ausschüttungen von Anfang an keine Betriebsausgaben. Denn für steuerliche Zwecke ist ein solches Genussrecht als Eigenkapital zu behandeln. Die Ausschüttung stellt sich systemkonform als Einkommensverwendung dar.

[1390] *Grashoff/ Kleinmanns,* in: Grashoff/Kleinmanns, Aktuelles Steuerrecht, 9. Aufl., 2013, 2. Kapitel, Rn. 262.
[1391] BFH, Urteil vom 21.08.2007, Az I R 27/07, HFR 2008, 367.
[1392] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1254-1255.
[1393] *Büsching,* in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 2. Aufl., 2009, § 1 Rn. 75.
[1394] *Büsching,* in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 2. Aufl., 2009, § 1 Rn. 76.

3. Gesetzgebungsgeschichte

§ 8 III 2 KStG hat seine heutige Gestalt in der Reform des Körperschaftsteuerrechts 1977[1395] erhalten. Anlässlich dieser Reform hat der Gesetzgeber zwei Normen – nämlich § 6 I KStG (1968) und § 7 KStG (1968) – zu einer kompakten Vorschrift verdichtet. Dabei enthalten die beiden Halbsätze des § 8 III 2 KStG dieselbe Regelung wie vormals § 6 I KStG (1968) und § 7 KStG (1968). Der Gesetzgeber hat die Normen lediglich aus Gründen der Übersichtlichkeit anders angeordnet, ohne dass der Inhalt modifiziert werden sollte.[1396] In Bezug auf den konkreten Gegenstand der Norm, nämlich die Regelung, ob verdeckte Gewinnausschüttungen und Ausschüttungen auf Genussrechte das Einkommen mindern, hat die redaktionelle Umgliederung zu größerer Übersichtlichkeit geführt. Denn die Rechtsfolge ist in beiden Fällen dieselbe: das Einkommen wird nicht gemindert. Das darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass im Hinblick auf die Bilanzierung des den jeweiligen Ausschüttungen zugrunde liegenden Kapitals zwei grundsätzlich verschiedene Konstellationen vorliegen.

4. Die Anwendung der Grundsätze der vGA auf Genussrechte

Wörtlich führt die OFD Rheinland aus: „Die Vorschrift des § 8 III 2 Hs. 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. 2002 II S. 366, und BMF-Schreiben vom 28. 5. 2002, BStBl. I S. 603).“[1397]

Der Sichtweise der OFD Rheinland kann nicht gefolgt werden. Insbesondere sind das zitierte BFH-Urteil und das BMF-Schreibe nicht geeignet, die vorgebrachte These zu untermauern. Denn der BFH und das BMF befassen sich in ihren Ausführungen mit verdeckten Gewinnausschüttungen (§ 8 III 2 Hs. 1 KStG), nicht aber mit Ausschüttungen auf Genussrechte (§ 8 III 2 Hs. 2 KStG).

a) Die Rechtsprechung des BFH

aa) Das von der OFD Rheinland zitierte Urteil

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: A und B waren Gesellschafter einer GmbH (Klägerin). Die Beteiligung von A betrug 51%. B war zu 49% beteiligt. A war Geschäftsführer der Klägerin. B war bei der Klägerin angestellt. Auf einer Gesellschafterversammlung beschlossen A und B, dass sie jeweils eine jährliche Tantieme erhalten sollten. Diese berechnete sich als Prozentsatz aus dem Jahresumsatz. Die Tantie-

[1395] Gesetz vom 31.08.1976, BGBl. I 1976, S. 2597.
[1396] Begründung zum Dritten Steuerreformgesetz, BT-Drs. 7/1479, S. 341.
[1397] OFD Rheinland, Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 56/2011 vom 14.12.2011, BB 2012, 250.

men sollten ausbezahlt werden, wenn A und B dem Betrieb zehn Jahre angehören. Bis dahin sollte die Tantieme verzinst werden. In den darauffolgenden Geschäftsjahren bildete die Klägerin Rückstellungen für die Tantiemen. Das Finanzamt (Beklagter) behandelte die Rückstellungen als verdeckte Gewinnausschüttungen.
Der BFH bestätigte insoweit die Auffassung des Finanzamtes: „Das Versprechen [der Umsatztantiemen] löste [...] Verbindlichkeiten der Klägerin aus, die sowohl in deren Handels- als auch in deren Steuerbilanz zu passivieren sind. Die Rechtsfolge des § 8 III 2 KStG erschöpft sich in einer Gewinnkorrektur. Es wird der durch die Tantieme-Rückstellungen angefallene Aufwand dem steuerlichen Gewinn wieder hinzugerechnet. Die Rechtsfolge des § 8 III 2 KStG bewirkt jedoch nicht die Umqualifizierung von Verbindlichkeiten (Fremdkapital) in Eigenkapital."
Der Sinn und Zweck der verdeckten Gewinnausschüttung besteht darin, den Gewinn in der Steuerbilanz zu erhöhen. Die Gewinnminderungen, die ihre Ursache nicht im Betrieb, sondern im Gesellschaftsverhältnis haben, müssen außerbilanziell dem steuerlichen Gewinn hinzugerechnet werden, um eine Besteuerung nach der objektiven Leistungsfähigkeit der Gesellschaft zu erreichen.
Die für den Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung erforderliche Vermögensminderung ergibt sich aus der Steuerbilanz. Diese ist ihrerseits aus der Handelsbilanz abzuleiten, deren Ansatz und Bewertung nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit grundsätzlich auch für die Steuerbilanz verbindlich ist. Bei der Ermittlung der Vermögensminderung ist der Blick auf die Steuerbilanz zu richten, ohne dass die Rechtsfolgen der verdeckten Gewinnausschüttung berücksichtigt werden.
Der aus der Steuerbilanz sich ergebende Gewinn ist nun in einem zweiten Schritt zu vergleichen mit einem hypothetischen Gewinn. Dieser hypothetische Gewinn resultiert daraus, dass die in der realen Bilanz als Aufwand gebuchte Tantieme-Rückstellung nun hypothetisch als Ausschüttung behandelt wird. In seiner Rechtsfolge ordnet § 8 III 2 Hs. 1 KStG an, dass die Gewinnerhöhung außerbilanziell erfolgt durch Hinzurechnung des Betrags der verdeckten Gewinnausschüttung zum Steuerbilanzgewinn.
Diese außerbilanzielle Gewinnkorrektur hat aber keinen Einfluss auf die Passivierung der Rückstellung in der Steuerbilanz. Der Fremdkapitalposten bleibt als solcher von den Rechtsfolgen des § 8 III 2 Hs. 1 KStG unberührt.
Entgegen der Auffassung der OFD Rheinland kann daraus aber nicht gefolgert werden, dass diese Grundsätze auch auf Genussrechtskapital anzuwenden sind. Der BFH erwähnt in der Entscheidung Genussrechte mit keinem Wort. Das ist verständlich, denn die Regelung in § 8 III 2 Hs. 1 KStG (verdeckte Gewinnausschüttung) hat nichts mit der Vorschrift des § 8 III 2 Hs. 2 KStG (Ausschüttungen auf Genussrechte) zu tun. Vor

diesem Hintergrund darf der Satz „Die Rechtsfolge des § 8 III 2 KStG bewirkt jedoch nicht die Umqualifizierung von Verbindlichkeiten (Fremdkapital) in Eigenkapital“ nicht aus dem Zusammenhang herausgenommen werden, in welchem der BFH diese Feststellung getroffen hat. Geltung hat die Aussage nur im Hinblick auf verdeckte Gewinnausschüttungen.

bb) Das von Große angeführte Urteil

In der Literatur vertritt *Große* gleichfalls die Ansicht der OFD Rheinland.[1398] Er beruft sich dabei auf ein Urteil des BFH zu den verdeckten Gewinnausschüttungen. Der BFH führt aus: „Auch aus einem Umkehrschluss zu § 8 III 2 KStG lässt sich keine nur steuerlich wirkende Rechtsgrundlage für die Umqualifizierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital ableiten. § 8 III 2 KStG ist eine Vorschrift, die es erlaubt, eine bei der Kapitalgesellschaft eingetretene Vermögensminderung entsprechend ihrer Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis zu besteuern und ggf. als Ausschüttung zu qualifizieren. Das Darlehen, das ein Gesellschafter seiner Gesellschaft gewährt, bleibt aber auch dann Fremdkapital der Gesellschaft, wenn die Darlehensgewährung als solche nur durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein sollte. Die durch § 8 III 2 KStG eröffnete Möglichkeit, auf die Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis abzustellen, begründet deshalb keine Rechtsgrundlage dafür, um Fremdkapital in Eigenkapital umzuqualifizieren.“[1399]

Dieses Urteil bringt gegenüber dem von der OFR Rheinland zitierten keine inhaltliche Variation in Bezug auf die Frage, ob Genussrechtskapital durch § 8 III 2 Hs. 2 KStG für Zwecke der Steuerbilanz in Eigen- oder Fremdkapital umqualifiziert wird. *Große* selbst beschränkt sich auf den Hinweis, dass „sich die Begründung auch gegen die Durchbrechung der Maßgeblichkeit in Genussrechtsfällen ins Feld führen [lasse]“.[1400] Dies ist aber nicht der Fall. Denn die beiden Halbsätze in § 8 III 2 KStG regeln verschiedene Sachverhalte; lediglich in Bezug auf die Abzugsfähigkeit der jeweiligen Ausschüttungen ist die Rechtsfolge dieselbe. Dies ist letztlich der Grund, weshalb sich der Gesetzgeber zu einer redaktionellen Zusammenführung der beiden Normen entschieden hat.

b) Das von der OFD Rheinland zitierte BMF-Schreiben

Auch erweist sich das zitierte BMF-Schreiben in keiner Hinsicht als Argument für die These der OFD Rheinland. Zur steuerbilanziellen Behandlung verdeckten Gewinnausschüttungen führt das BMF aus: „Ist eine Vereinbarung mit dem Gesellschafter, die in der Steuerbilanz zu einer Passivierung geführt hat (Verbindlichkeit oder Rückstel-

[1398] *Große,* DStR 2010, 1397 (1398 f).
[1399] BFH, Urteil vom 5.02.1992, Az I R 127/90, DStR 1992, 496.
[1400] *Große,* DStR 2010, 1397 (1398 f).

lung), ganz oder teilweise als verdeckte Gewinnausschüttung zu beurteilen, hat dies auf die Passivierung der Verpflichtung keinerlei Einfluss. Das Betriebsvermögen ist in der Steuerbilanz zutreffend ausgewiesen; der gebildete Passivposten ist im Hinblick auf die verdeckte Gewinnausschüttung nicht zu korrigieren."[1401]

Im BMF-Schreiben wird § 8 III 2 KStG nur im Hinblick auf die verdeckte Gewinnausschüttung behandelt. Vom Genussrecht ist nicht die Rede. Dass § 8 III 2 Hs. 1 KStG keine Auswirkung auf die Bilanzierung von verdeckten Gewinnausschüttungen hat, ist eine logische Konsequenz der Prämisse, dass sich die steuerliche Gewinnermittlung zweistufig vollzieht.

Damit hat aber § 8 III 2 Hs. 2 KStG nichts zu tun. Denn das Genussrecht ist ein hybrider Posten in der Bilanz, dessen Zuordnung zum Eigen- oder Fremdkapital umstritten ist. Demgegenüber ist anerkannt, dass die Fremdkapitalposten, die einer verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegen, in ihrer bilanziellen Positionierung im Eigen- oder Fremdkapital von § 8 III 2 Hs. 1 KStG unberührt bleiben. Es liegen von Anfang an Fremdkapitalposten vor. Als solche bleiben sie auch erhalten. Lediglich außerbilanziell ist ein Korrekturbetrag zum steuerlichen Gewinn zu addieren. Beim Genussrechtskapital ist dagegen unklar, ob es in der Steuerbilanz dem Eigen- oder Fremdkapital zuzuweisen ist. Vor diesem Hintergrund ist § 8 III 2 Hs. 2 KStG dahingehend zu verstehen, dass zum einen geregelt wird, dass die Ausschüttungen auf ein beteiligungsähnliches Genussrecht keine Betriebsausgaben darstellen. Die Ausschüttungen sind vielmehr als Maßnahme der Gewinnverwendung zu qualifizieren.

Damit korreliert ist die Einordnung des Kapitalpostens, der den Ausschüttungen zugrunde liegt: können die Ausschüttungen als Betriebsausgaben abgezogen werden, ist das Genussrechtskapital dem Fremdkapital zuzuordnen. Dürfen die Ausschüttungen dagegen den Gewinn nicht mindern, liegt es nahe, das Genussrechtskapital als solches dem Eigenkapital zuzuweisen, um den wertungsmäßigen Gleichlauf herzustellen zu Ausschüttungen an die Inhaber von gezeichnetem Kapital. Damit hat § 8 III 2 Hs. 2 KStG Auswirkungen innerhalb der Steuerbilanz. Aufgrund dieses unterschiedlichen Regelungsbereichs von § 8 III 2 Hs. 1 KStG und § 8 II 2 Hs. 2 KStG hat sich das BMF richtigerweise nicht veranlasst gesehen, im zitierten Schreiben zum Genussrecht Stellung zu nehmen. Als Begründung für die These der OFD Rheinland kann das BMF-Schreiben nicht dienen.

c) Einkommensermittlung und Gewinnermittlung

Große legt Wert darauf, dass es sich bei § 8 III 2 KStG um eine Einkommens- und nicht um eine Gewinnermittlungsvorschrift handele.[1402] Dem ist nicht zu folgen. Zuzugeben

[1401] BMF, Schreiben vom 28.05.2002, Az IV A 2-S 2742-32/02, BStBl I 2002, 603.
[1402] *Große,* DStR 2010, 1397 (1399).

ist, dass die Überschrift von § 8 KStG „Ermittlung des Einkommens“ lautet. Die Rechtsfolge von § 8 III 2 KStG besteht darin, dass bestimmte Ausschüttungen „das Einkommen nicht [mindern]“. Das darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass die Rechtsfolgen von § 8 III 2 KStG nicht erst bei der Einkommensermittlung, sondern bereits im Zuge der Gewinnermittlung zu berücksichtigen sind.[1403] Die Gewinnermittlung vollzieht sich wiederum in zwei Stufen: zunächst ist der Unterschiedsbetrag i.S.d. § 4 I 1 EStG zu bestimmen. Auf der zweiten Stufe sind sodann außerbilanziell Korrekturen vorzunehmen. Steht der steuerliche Gewinn fest, sind zahlreiche weitere Größen zu berücksichtigen, bis das Einkommen (§ 8 I 1 KStG i.V.m. § 2 IV EStG) festgestellt werden kann. Die einzelnen Schritte der körperschaftsteuerlichen Einkommensermittlung sind in KStR 29 I beschrieben.

Überdies setzt auch nur § 8 III 2 Hs. 1 KStG außerhalb der Bilanz an. § 8 III 2 Hs. 2 KStG zeigt Rechtsfolgen innerhalb der Steuerbilanz, denn das Genussrechtskapital ist dem Eigen- oder Fremdkapital zuzuweisen, so dass sich als automatische Folge dieser bilanziellen Zuweisungsentscheidung die Behandlung der Ausschüttungen ergibt. Die Vergütung beim obligationsähnlichen Genussrecht ist als Betriebsausgabe abzugsfähig (§ 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 IV EStG). Die Ausschüttung auf das beteiligungsähnliche Genussrecht stellt lediglich eine ertragsteuerlich irrelevante Verteilung von Einkommen dar (§ 8 III 1 KStG). Daran, dass § 8 III 2 Hs. 1 KStG außerhalb, jedoch § 8 III 2 Hs. 2 KStG innerhalb der Steuerbilanz Rechtsfolgen bewirkt, würde sich auch nichts ändern, wenn § 8 III 2 KStG eine Einkommensermittlungsvorschrift wäre.

VII. Der allgemeine steuerliche Eigenkapitalbegriff

Dass § 8 III 2 Hs. 2 KStG eine Zuordnung des Genussrechtskapitals zum steuerbilanziellen Eigen- oder Fremdkapital vornimmt, ergibt sich aus dem Zusammenspiel von handelsbilanziellem Eigenkapital, dem Maßgeblichkeitsgrundsatz und seiner Durchbrechung.

Das Handelsrecht kennt keine gesetzliche Definition des Eigenkapitals. Doch entwickelte der BGH Kriterien, nach denen ein Gesellschafterdarlehen Eigenkapitalcharakter hat.[1404] Der BFH musste nun entscheiden, ob ein Gesellschafterbeitrag darin bestand, ein Darlehen seinem Vermögenswert oder lediglich seinem Nutzungswert nach zu überlassen. Das beurteilt sich nach Gesellschaftsrecht; entscheidend ist, ob das überlassene Kapital in der Gesellschaft als Eigen- oder Fremdkapital fungiert. Die

[1403] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 420.

[1404] BGH, Urteil vom 28.11.1977, Az: II ZR 235/75, NJW 1978, 376; vom 3. 07. 1978, Az: II ZR 54/77, NJW 1978, 2154; vom 05.11.1979, Az: II ZR 145/78, vom 05.11.1979, Az: II ZR 145/78, NJW 1980, 1522; vom 09.02.1981, Az: II ZR 38/80, NJW 1981, 2251; vom 17.05.1982, Az: II ZR 16/81, NJW 1982, 2253; vom 21. 03. 1983, Az: II ZR 139/82, NJW 1983, 1855; vom 10. 12. 1984, Az: II ZR 28/84, BGHZ 93, 159; vom 17. 12. 1984, Az: II ZR 36/84, NJW 1985, 1079.

Rechtsprechung des BGH zusammenfassend, sah der BFH für handelsrechtliches Eigenkapital drei Merkmale als wesentlich an: (1) ein Gesellschafter muss die Mittel überlassen. (2) Das Kapital muss gebunden sein; dies ist der Fall, wenn der Darlehensgeber kein freies Kündigungsrecht hat. (3) Es muss sich um haftendes Kapital handeln, d.h. dem Gesellschafter darf im Insolvenzfall kein Rückforderungsrecht zustehen.[1405]

Daneben hatte der BFH auch Gelegenheit, zum steuerrechtlichen Eigenkapital-Begriff Stellung zu nehmen.[1406] Anlass war die Frage, ob ein möglicherweise eigenkapitalersetzenden Darlehen als tauglicher Gegenstand einer Einlage in Betracht komme. Einlagen sind „alle Wirtschaftsgüter, die der Steuerpflichtige dem Betrieb … zugeführt hat" (§ 4 I 8 EStG). Ob eine „Zuführung" vorliegt, bestimmt sich nach Gesellschaftsrecht und ist zu bejahen, wenn das Wirtschaftsgut im Gesellschaftsvermögen dem Eigenkapital zuzuordnen ist. Der BFH entwickelte einen dreigliedrigen steuerrechtlichen Eigenkapital-Begriff, der identisch ist mit dem handelsrechtlichen.[1407]

Im Handelsrecht entwickelte der HFA IDW für Genussrechte einen Eigenkapitalbegriff, der spezieller ist gegenüber der allgemeinen Definition des BGH und BFH. Über den Maßgeblichkeitsgrundsatz entfaltet die Eigenkapital-Definition des HFA IDW auch für die Steuerbilanz Geltung. Damit ist in Bezug auf Genussrechtskapital in der Steuerbilanz kein Raum mehr für die allgemeine Definition des BFH.

Vor diesem Hintergrund erscheint § 8 III 2 Hs. 2 KStG als Hinweis des Steuergesetzgebers, der bestimmte Genussrechte als Eigenkapital verstanden wissen will. Dass Ausschüttungen auf die genannten Genussrechte nicht abziehbar sind, ist Ausdruck einer bewussten Entscheidung des Steuergesetzgebers, der in dieser Norm nicht nur die Abziehbarkeit der Genussrechtsauschüttungen regeln will, sondern auch die steuerbilanzielle Behandlung des Genussrechtskapitals.[1408]

VIII. Die GoB

Nach § 246 II 1 HGB hat die Kapitalgesellschaft in ihrem Jahresabschluss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild ihrer Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zu vermitteln. Dabei sind die GoB zu beachten (§ 246 II 1 HGB). Die GoB weisen den Weg, wie die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens zu ermitteln ist.[1409] Über den Maßgeblichkeitsgrundsatz sind sie auch für die Steuerbilanz verbindlich (§ 5 I 1 EStG). Die GoB sichern eine „zweckgerechte Rechnungslegung".[1410]

[1405] BFH, Urteil vom 22.08.1990, Az: I R 119/86, BFHE 162, 464; vom 31.07.1991, Az: I R 34/89, BFH/NV 1992, 486.
[1406] BFH, Urteil vom 30.05.1990, Az: I R 97/88, DB 1990, 2000.
[1407] BFH, Urteil vom 30.05.1990, Az: I R 97/88, DB 1990, 2000.
[1408] *Häuselmann*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 10, Rn. 218.
[1409] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 4.
[1410] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 6.

1. Die GoB der Gewinnermittlung

Zu den GoB, die für den Zweck der Gewinnermittlung wesentlich sind, zählen das Objektivierungsprinzip und das Vermögensermittlungsprinzip.[1411] Beide Prinzipen gebieten, ein Genussrecht, das i.S.d. § 8 II I 2 HS 2 KStG sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch am Liquidationserlös vermittelt, in der Steuerbilanz dem Eigenkapital zuzuweisen.

a) Das Prinzip der Objektivität

Der Schutz der Vermögensinteressen Dritter ist nur gewährleistet, wenn die Rechnungslegung dem Prinzip der Objektivität folgt.[1412] Verpflichtet sich die Gesellschaft in den Genussrechtsbedingungen dazu, den Genussrechtsinhaber an Gewinn und an Liquidationserlös zu beteiligen, hat das zur Folge, dass die Gesellschaft durch die Ausschüttungen auf das Genussrecht in einer Weise belastet wird, die der Belastung durch Ausgabe von Aktien vergleichbar ist. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist die Stellung des Genussrechtsinhabers der eines Aktionärs ähnlich. Das Prinzip der Objektivität gebietet, die Beteiligungsähnlichkeit des Genussrechts auch bilanziell deutlich zu machen. Genussrechtskapital, auf das Ausschüttungen steuerlich gem. § 8 III 2 Hs. 2 KStG als Gewinnverwendung zu behandeln sind, muss in der Steuerbilanz konsequenterweise als Eigenkapital passiviert werden.

b) Das Vermögensermittlungsprinzip

aa) Der Inhalt des Vermögensermittlungsprinzips

Das Vermögensermittlungsprinzip basiert darauf, dass sich die Bilanz aus einzelnen Vermögensgegenständen und Schulden zusammensetzt.[1413] Vermögen und Schulden sind in einzelnen Vermögenswerten verkörpert.[1414] Diese sind jeweils für sich anzusetzen und zu bewerten. Für die Ermittlung von Vermögen und Schulden gelten dabei nicht zivilrechtliche Maßstäbe, vielmehr ist eine wirtschaftliche Betrachtungswiese geboten.[1415] Das Eigenkapital ergibt sich schließlich als Resultat der Bilanzposten. Indem Aktiva und Passiva nicht global angesetzt werden, sondern in einzelnen Posten, wird die Bilanz vergegenständlicht;[1416] ihr Ergebnis, das Eigenkapital, wird nachvollziehbar hergeleitet und damit objektiviert.[1417]

[1411] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 14.
[1412] *Lühr,* Internationale Rechnungslegung für kleine und mittelgroße Unternehmen, 2010, S. 94.
[1413] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 43.
[1414] *Hommel/Berndt,* DStR 2000, 1745 (1749).
[1415] BFH, Urteil vom 29.11.2012, Az: IV R 47/09, BFH/NV 2013, 461.
[1416] *Blasius*, IFRS, HGB und F & E, 2006, S. 47.
[1417] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 44.

Das Vermögensermittlungsprinzip gebietet, dass aus der Bilanz klar hervorgeht, was die Gesellschaft erlangt hat.[1418] Zwar basiert die Hingabe des Genussrechtskapitals aus dem Genussrechtsvertrag, der auch das von der Gesellschaft gewährte Genussrecht ausgestaltet. Das Genussrecht ist ein schuldrechtliches Gläubigerrecht. Das Kapital, das die Gesellschaft vom Genussrechtsinhaber erhalten hat, ist prima facie Fremdkapital. Wenn aber – gemessen an den Kriterien des § 8 III 2 Hs. 2 KStG – das Genussrecht dergestalt vereinbart wird, dass es dem Inhaber eine beteiligungsähnliche Position verschafft, ist das, was die Gesellschaft erlangt, bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Eigenkapital.

bb) Relativierung durch das Vorsichtsprinzip

Diese Einschätzung ändert sich auch nicht unter dem Eindruck des Vorsichtsprinzips (§ 252 I Nr.4 HS 1 HGB). Entgegen dem Wortlaut „es ist vorsichtig zu bewerten" bezieht sich das Vorsichtsprinzip sowohl auf Ansatz als auch auf Bewertung von Wirtschaftsgütern.[1419] Demnach ist auch bei der Bilanzierung des Genussrechtskapitals Vorsicht geboten. Das Genussrecht ist ein schuldrechtliches Gläubigerrecht; dementsprechend ist das Genussrechtskapital grundsätzlich Fremdkapital. Vor diesem Hintergrund bezeichnet der BFH das obligationsähnliche Genussrecht als „einfaches Genussrecht".[1420] Dieses gewährt lediglich eine Beteiligung am Gewinn. Demgegenüber zeichnet sich das beteiligungsähnliche Genussrecht dadurch aus, dass es zusätzlich eine Beteiligung am Liquidationserlös einräumt („qualifiziertes Genussrecht").[1421]

Ist das Genussrecht aber so ausgestaltet, dass es seinem Inhaber eine beteiligungsähnliche Stellung in der Gesellschaft verschafft, ist ein kollidierender Grundsatz des Steuerrechts tangiert: die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit fordert, dass die durch die Geschäftstätigkeit des Unternehmens erwirtschaftete Leistungsfähigkeit für steuerliche Zwecke sachgerecht bemessen wird.[1422] Die Körperschaftsteuer hat das Einkommen zum Steuerobjekt.[1423] Das im Kalenderjahr (§ 7 III KStG) zu versteuernde Einkommen – und zwar vor Verteilung an die Gesellschafter (§ 8 III 1 KStG) – fungiert als Bemessungsgrundlage.[1424] Durch die Erweiterung des Eigenkapitals um den Posten „Genussrechtskapital" wirkt sich das Genussrechtskapital gewinnerhöhend aus und vergrößert die steuerliche Bemessungsgrundlage. Das erscheint auch sachgerecht. Denn ein Genussrecht, das eine Beteiligung an Gewinn und Liquidationserlös gewährt, ist im Lichte des § 8 III 2 Hs. 2 KStG beteiligungsähnlich. Die Steuerkraft einer Gesell-

[1418] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 44.
[1419] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 19.
[1420] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1421] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1422] *Birk*, BB 2009, 860 (860).
[1423] *Hey*, in: Tipke/Lang, § 11 Rn. 36.
[1424] *Hey*, in: Tipke/Lang, § 11 Rn. 36.

schaft, die ein beteiligungsähnliches Genussrecht ausgibt, wird weniger belastet als wenn das Genussrecht obligationsähnlich ausgestaltet wäre. Diese wirtschaftliche Gestaltung muss sich nach dem Grundsatz der Objektivität auch in der Bilanz wiederfinden.

2. Die GoB der Information

a) Der Inhalt des Klarheitsprinzips

Die GoB erfassen auch Grundsätze, welche die Informationsfunktion der Bilanz konturieren.[1425] Dazu gehört das Klarheitsprinzip: der Jahresabschluss muss klar und übersichtlich sein (§ 243 II HGB). Positiv gewendet ist erforderlich, dass die Bilanz in verständlicher und eindeutiger Weise Aufschluss über Vermögen und Schulden der Gesellschaft gibt; negativ formuliert, darf die dargebotene Information nicht pauschal sein.[1426] Konsequenz des Grundsatzes der Klarheit ist das Vollständigkeitsgebot (§ 246 I 1 HGB) und das Verrechnungsverbot (§ 246 II 1 HGB).[1427] Weiterhin gebietet das Klarheitsprinzip, dass die einzelnen Vermögensgegenstände, das Eigenkapital, die Schulden und die Rechnungsabgrenzungsposten gesondert auszuweisen und hinreichend zu gliedern sind (§ 247 I HGB).[1428]

b) Das Klarheitsprinzip als Rechtfertigung einer Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes

Fraglich ist, ob der Grundsatz der Bilanzklarheit fordert, dass sich die Bilanzierung von Genussrechten daran orientiert, wie das Körperschaftsteuerrecht die Ausschüttungen behandelt. Könnten die Ausschüttungen als Betriebsausgaben abgezogen werden (§ 8 I KStG, § 4 IV EStG), müssten sie als obligationsähnliche Genussrechte als Fremdkapital passiviert werden.[1429] Würden hingegen die Ausschüttungen als Gewinnverwendung behandelt (§ 8 III 2 Hs. 2 KStG), wären die Genussrechte als beteiligungsähnlich dem Eigenkapital zuzuweisen.[1430]

Dem ist nicht zu folgen. Das Prinzip der Bilanzklarheit ist wesentlich zurückhaltender. Verlangt wird lediglich, dass die Bilanz vollständig und hinreichend gegliedert Aufschluss über die einzelnen Posten gibt. Ob das Genussrechtskapital im Posten „Eigenkapital“ oder „Fremdkapital“ steht, ist für die Klarheit der Bilanz ohne Belang. Entscheidend ist nur, dass das Genussrechtskapital überhaupt als gesonderter Posten ausgewiesen ist. Dafür bietet sich freilich an, einen gesonderten Posten gem. § 265 V 2 HGB innerhalb des Eigen- oder Fremdkapitals zu schaffen, denn in der Bilanzgliede-

[1425] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 8.
[1426] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 60.
[1427] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 61.
[1428] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 243 Rn. 61.
[1429] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 115.
[1430] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 115.

rung des § 266 HGB ist weder beim Eigenkapital (§ 266 III A. HGB) noch beim Fremdkapital (§ 266 II HGB) ein Posten „Genussrechtskapital“ vorgesehen.
Vieles spricht dafür, den Grundsatz der Bilanzklarheit für den Bereich der Steuerbilanz umfassender zu verstehen, nämlich dahingehend, dass nicht nur der gesonderte Ausweis des Postens „Genussrechtskapital“ als solcher gefordert ist, sondern darüber hinaus eine systematisch stimmige Positionierung innerhalb der Bilanz.[1431] Damit wäre den Anforderungen an die Klarheit in der Steuerbilanz stärker Genüge getan als in der Handelsbilanz. In der Handelsbilanz ist ein Genussrecht dem Fremd- oder Eigenkapital zuzuweisen, je nachdem, ob es die Kriterien des IDW HFA erfüllt. Jedoch sind unabhängig von der Bilanzierung des Genussrechtskapitals die Ausschüttungen auf Genussrechte Betriebsausgaben. In der Steuerbilanz sind im Fall des beteiligungsähnlichen Genussrechts i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG die Genussrechts-Ausschüttungen keine abzugsfähigen Betriebsausgaben, beim obligationsähnlichen Genussrecht aber schon. Die Klassifizierung des Genussrechts als Eigen- oder Fremdkapitalposten lässt sich aber nicht mit dem Grundsatz der Bilanzklarheit als solchem begründen; dieser ist für sich genommen kein hinreichender Grund für eine Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes.[1432] Zwar ist aus Gründen der Übersichtlichkeit wünschenswert, dass Genussrechtskapital, auf das Ausschüttungen als Betriebsausgaben abgezogen werden können, als Fremdkapital ausgewiesen wird, wohingegen Genussrechtskapital i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG als Eigenkapital zu passivieren ist. Der Grundsatz der Bilanzklarheit setzt aber gerade voraus, dass Genussrechtskapital Eigen- oder Fremdkapital ist. Ob § 8 III 2 Hs. 2 KStG eine solche Zuordnungsentscheidung vornimmt, kann nicht mit Verweis auf den Grundsatz der Bilanzklarheit entschieden werden.

IX. Die Beteiligung im Steuerrecht

Der Begriff der Beteiligung in § 17 I 3 EStG ist identisch mit der Beteiligung in § 20 I Nr.1 S.1 EStG und § 8 III 2 Hs. 2 KStG.[1433]

1. Der Genussschein als Anteil an einer Kapitalgesellschaft

§ 17 EStG stellt – ebenso wie § 20 II und § 23 EStG – eine rechtssystematische Ausnahme zum Grundsatz dar, dass Gewinne aus der Veräußerung von Privatvermögen nicht steuerbar sind.[1434] § 17 I 1 EStG bestimmt, dass zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft gehört, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft zu mindestens 1 % beteiligt war. In der abschließenden Aufzählung in §

[1431] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 115.
[1432] a.A. *Schrecker,* Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 116.
[1433] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1434] *Ebeling*, in: Blümich, 117. Aufl., § 17 Rn. 2.

17 I 3 EStG ist definiert, was ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft ist: darunter fallen Aktien, GmbH-Anteile und Genussscheine.
Unter dem Anteil an einer Kapitalgesellschaft versteht man ein Wertanteilsrecht;[1435] Bezugspunkt ist grundsätzlich das Nennkapital, d.h. das Stammkapital (§§ 5, 42 I GmbHG) bzw. das Grundkapital (§§ 1 II, 152 I, 278 AktG).

a) Obligationsähnliche und beteiligungsähnliche Genussscheine

§ 17 I 3 KStG stellt Genussrechte den Anteilen an einer Kapitalgesellschaft gleich. Der Wortlaut von § 17 I 3 KStG nimmt in Bezug auf „Genussrechte" keinerlei Spezifizierung vor. Prinzipiell kommen obligationsähnliche und beteiligungsähnliche Genussrechte in Betracht. Das obligationsähnliche Genussrecht zeichnet sich dadurch aus, dass der Rückzahlungsanspruch in Höhe des Nennbetrags des Genussrechtskapitals vereinbart ist. Demgegenüber ist Wesensmerkmal des beteiligungsähnlichen Genussrechts, dass der Genussrechtsinhaber am Liquidationserlös teilhat.[1436] Der Anteilseigner hat typischerweise Anteil an den stillen Reserven des Unternehmens.[1437]
Das obligationsähnliche Genussrecht bewirkt bei der Gesellschaft eine schuldrechtliche Verpflichtung; Ausschüttungen darauf können als Betriebsausgaben abgezogen werden (§ 8 III 2 Hs. 2 KStG). Ist hingegen ein beteiligungsähnliches Genussrecht ausgegeben worden, ist der Inhaber in wirtschaftlicher Hinsicht so zu behandeln, als ob er Gesellschafter wäre.[1438] Das Genussrecht vermittelt bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Beteiligung am Gesellschaftskapital. Ausschüttungen dürfen demnach den Gewinn nicht mindern (§ 8 III 2 Hs. 2 KStG).[1439]

b) Der Vergleich mit den „ähnlichen Beteiligungen"

Welche Genussrechte § 17 I 1 EStG meint, ergibt sich aus der Definition der Anteile an einer Kapitalgesellschaft in § 17 I 3 KStG. Dort heißt es „Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen". Das Genussrecht muss seinem Inhaber also eine Beteiligung vermitteln. Kennzeichen einer Beteiligung ist, dass sie den Beteiligten an den stillen Reserven partizipieren lässt.[1440] Der Genussrechtsinhaber muss an der Substanz des Unternehmens beteiligt sein.[1441] Die Substanz des Unternehmens umschließt als integralen Bestandteil die stillen Reserven.

[1435] Vgl. *Hannes/Steger/Stalleiken,* BB 2010, 1439 (1442).
[1436] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1437] BFH, Urteil vom 14.03.2006, Az: VIII R 49/04, DStR 2006, 1591.
[1438] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1439] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1440] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1441] BFH, Urteil vom 14.03.2006, Az: VIII R 49/04, DStR 2006, 1591.

c) Die Beteiligung am Kapital der Gesellschaft

Diese Auslegung findet ihre Grundlage auch in § 17 I 1 EStG. Danach ist erforderlich, dass der Genussrechtsinhaber eine Beteiligung „am Kapital der Gesellschaft" von mindestens 1% innehat. Eine Beteiligung von mind. 1 % am Gesellschaftsvermögen setzt aber voraus, dass die Beteiligung sich auch anteilig auf die stillen Reserven erstreckt.[1442]

Das Genussrecht muss seinem Inhaber eine Stellung verschaffen, die der des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung vergleichbar ist.[1443] Haben Genussrechte den Charakter von Anteilen, zählt das Genussrechtskapital zum Eigenkapital der Gesellschaft.[1444]

2. Der steuerliche Mitinhaber

a) Der Begriff des steuerlichen Mitinhabers

Im Steuerrecht lässt sich der Grundsatz der Gleichwertigkeit der steuerlichen Mitinhaberschaften aufstellen.[1445] Der Mitunternehmer i.S.d. § 15 I 1 Nr. 2 EStG, der Anteilseigner nach § 20 I Nr. 1 S. 1 EStG und der Genussrechtsinhaber i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG teilen eine Gemeinsamkeit: sie sind steuerliche Mitinhaber.[1446] In allen drei Fällen gilt: bei Teilhabe an den stillen Reserven ist von einer steuerlichen Mitinhaberschaft auszugehen.[1447] Insoweit liegt bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine strukturelle Gemeinsamkeit auf Tatbestandsseite vor. Die Gemeinsamkeit erstreckt sich aber auch auf die Rechtsfolgenseite: das, was sie als Anteil vom Gewinn erhalten, stellt steuerlich Einkommensverwendung dar und kann nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden.[1448]

b) Personen- und Kapitalgesellschaften

Die Kriterien der steuerlichen Mitinhaberschaft unterscheiden nicht zwischen einer Personen- oder Kapitalgesellschaft. Denn die unterschiedliche Form im Gesellschaftsrecht rechtfertigt keine unterschiedliche steuerliche Behandlung. § 15 I 1 Nr. 2 EStG und § 8 III 2 Hs. 2 KStG setzen eine Mitinhaberschaft voraus. Ob eine solche besteht, bestimmt sich nach denselben Regeln. Personen- und Kapitalgesellschaften gehorchen dem Trennungsprinzip. In Bezug auf die Stufe der Gesellschaft besteht kein Anlass für eine divergierende steuerliche Wertung.

[1442] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 81.
[1443] *Weber*, BB 2005, 2448 (2449).
[1444] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1445] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 81.
[1446] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 81.
[1447] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 82.
[1448] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2611).

c) Der Inhaber eines Genussrechts i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG

aa) Der Genussrechtsinhaber als steuerlicher Mitinhaber

Es stellt keinen Widerspruch zum Belastungsvergleich dar, wenn manche Entscheidungen des BFH darauf abstellen, ob das Genussrecht dem Inhaber die vermögensmäßige Stellung eines Aktionärs vermittelt.[1449] Denn die beiden Ansatzpunkte beschreiben die verschiedenen Seiten derselben Medaille. Es geht letztlich um den Standpunkt. Der Belastungsvergleich stellt auf die Sichtweise der Gesellschaft ab und fragt danach, ob ihre Steuerkraft durch die Begebung des Genussrechts vergleichbar der Begebung neuer Aktien belastet wird.[1450] Demgegenüber geht es bei der Frage der vermögensrechtlichen Position des Genussrechtsinhabers um die Ausgestaltung von dessen Quasi-Beteiligung in Gestalt des Genusssrechts.

Der Vergleich ergibt sich vom Standpunkt des Gesellschafters aus: „Der Gesetzgeber hat es für die steuerliche Einordnung der Genussscheine als Gesellschafterrechte als maßgebend angesehen, dass dem Rechtsinhaber neben der Gewinnbeteiligung auch eine Beteiligung am Liquidationserlös der Gesellschaft zusteht und diesen insoweit trotz fehlender Mitverwaltungsrechte dem Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft gleichgestellt. Gewähren die Genussscheine dagegen keine Beteiligung am Liquidationserlös der Gesellschaft, so sind Ausschüttungen hierauf wegen deren zivilrechtlichen Charakters als Gläubigerrechte unbeschränkt abziehbare Betriebsausgaben.“[1451]

Die Position des Genussrechtsinhabers wird mit der eines Gesellschafters in Relation gesetzt: „Nur die Genussrechte mit Beteiligung am Liquidationserlös räumen dem Inhaber eine dem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft wirtschaftlich vergleichbare Stellung ein“.[1452] Bisweilen legt der BFH das Urteil des RFH auch dahingehend aus, dass maßgebend auf die Perspektive des Gesellschafters abzustellen ist: „Auch die Rechtsprechung des RFH, vor deren Hintergrund § 7 S. 2 KStG 1934 erlassen wurde, schloss nur Ausschüttungen auf solche Genussscheine vom Betriebsausgabenabzug aus, die dem Inhaber eine dem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft vergleichbare Stellung einräumten.“[1453]

Bei der Einschätzung eines Genussrechts als beteiligungsähnlich oder obligationsähnlich kommt es zum einen auf die wirtschaftliche Belastung der Gesellschaft an; der auf die Rechtsprechung des RFH zurückgehende Belastungsvergleich ist durchzuführen. Zum anderen ist der Blick aber auch darauf zu richten, wie das Steuerrecht Ver-

[1449] Einen Unterschied erkennend: *Rengers*, in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG Rn. 201.
[1450] *Möschel,* ZHR 149 (1985), 226.
[1451] BFH, Urteil vom 11.02.1987, Az: I R 43/83, BB 1987, 1166.
[1452] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1453] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az: I R 67/92, BFHE 173, 399.

gütungen einordnet, die jemand erhält, der – wie der Genussrechtsinhaber – steuerlicher Mitunternehmer ist.[1454]

Auf gesellschaftsrechtlicher Ebene sind der Aktionär und der GmbH-Gesellschafter Mitinhaber des Unternehmens. Im Fall der Liquidation erhalten beide einen Anteil am Liquidationserlös (§ 271 AktG, § 72 S. 1 GmbHG). Das Steuerrecht nimmt diese Wertung auf und betrachtet den Aktionär und GmbH-Gesellschafter als steuerliche Mitinhaber.[1455] Rechtstechnisch äußert sich diese steuerliche Einschätzung in § 8 III 1 KStG, der Ausschüttungen auf die Teilhaber als steuerlich irrelevante Einkommensverteilung qualifiziert.[1456]

Ausschüttungen an den Aktionär und den GmbH-Gesellschafter stellen steuerlich also Maßnahmen der Einkommensverwendung dar (§ 8 III 1 KStG); sie sind daher wertungsmäßig steuerliche Mitinhaber. Denn beiden steht ein Anteil am Liquidationserlös und somit an den stillen Reserven zu.

In § 8 III 2 Hs. 2 KStG entscheidet sich, ob für steuerliche Zwecke der Genussrechtsinhaber den gesellschaftsrechtlichen Teilhabern gleichzustellen ist.[1457] Die Gleichstellung beschränkt sich auf Fälle, in denen in vermögensrechtlicher Hinsicht das Genussrecht seinen Inhaber zum Mitinhaber des Unternehmens macht.[1458] Der Genussrechtsinhaber ist dann schuldrechtlicher Teilhaber.[1459] Das Steuerrecht behandelt den Genussrechtsinhaber wie einen gesellschaftsrechtlichen Mitinhaber.

Nach § 8 I KStG i.V.m. § 4 IV EStG ist die Gewinnausschüttung, die auf das obligationsähnliche Genussrecht entfällt, im Grundsatz als Betriebsausgabe abzugsfähig. Das Genussrecht verschafft seinem Inhaber keine Stellung, die nach Wertungsgesichtspunkten der eines steuerlichen Mitunternehmers vergleichbar ist.[1460] Eine Ausnahme ist nur da möglich, wo nach der Wertung des Steuerrechts die über das Genussrecht vermittelte Rechtsposition einem gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechts in vermögensrechtlicher Hinsicht entspricht.[1461]

Der Teilhaber am Unternehmen ist zunächst an Gewinn und Verlust beteiligt.[1462] Des Weiteren steht ihm auch ein Anteil an den stillen Reserven zu.

Dem korreliert das Bild des beteiligungsähnlichen Genussrechts. Das Band, das diesen Genussrechtsinhaber mit dem Unternehmen verknüpft, ist stärker als beim Darlehensgläubiger. Denn der Genussrechtsinhaber hat in vermögensrechtlicher Hinsicht

---

[1454] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2610).
[1455] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 77.
[1456] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 77.
[1457] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 77.
[1458] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2610 f).
[1459] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 76.
[1460] *Winter,* GmbHR 1993, 31 (33).
[1461] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 78.
[1462] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 78.

die Stellung eines Teilhabers.[1463] Er hat nicht nur Kapital zur Verfügung gestellt, sondern ist – beschränkt auf Vermögensrechte – in die Gesellschaftssphäre eingebunden. Konsequent ist es daher, seine Vergütung als Teilhabe am Unternehmensgewinn zu werten, wie dies in § 8 III 2 Hs. 2 KStG zum Ausdruck kommt.[1464] In steuerrechtlicher Hinsicht hat der Inhaber eines beteiligungsähnlichen Genussrechts eine Stellung, die dem Aktionär oder GmbH-Gesellschafter gleichkommt.[1465]

bb) Die Ausschüttung als Gewinnverwendung

Grundsätzlich ist das, was der Genussrechtsinhaber aus dem Gewinn des Unternehmens erhält, steuerlich als Betriebsausgabe zu sehen (§ 8 I KStG, § 4 IV EStG). Die Beteiligung ist auch steuerlich lediglich obligationsähnlich. Soll der Genussrechtsinhaber auf eine Stufe mit dem Beteiligten gestellt werden, bedarf dies der Rechtfertigung. Eine derartige Ausnahmekonstellation liegt vor, wenn das Genussrecht so ausgestaltet ist, dass es einem Mitgliedschaftsrecht in vermögensrechtlicher Hinsicht gleichkommt.[1466] Durch § 8 III 2 Hs. 2 KStG wird ein bestimmter Typus von Genussrechtsinhabern dem Aktionär bzw. dem GmbH-Gesellschafter gleichgestellt. Für diese Konstellation bestimmt § 8 III 2 Hs. 2 KStG zweierlei:[1467] zum einen werden die Ausschüttungen als Gewinnverwendung qualifiziert. Die Zahlung der Gesellschaft auf das beteiligungsähnliche Genussrecht wird vom Gesetz wie eine Zahlung auf das Gesellschaftsverhältnis behandelt.[1468] Zum anderen wird das Genussrechtskapital steuerlich dem Eigenkapital zugeordnet.[1469] Direkt regelt § 8 III 2 Hs. 2 KStG nur die Einordnung der Ausschüttung auf Genussrechte als Betriebsausgabe oder Gewinnverwendung. Doch liefert die steuerliche Behandlung der Ausschüttungen einen Hinweis darauf, wie das der Ausschüttung zugrunde liegende Genussrecht steuerbilanziell einzuordnen ist.[1470]

In der Handelsbilanz stellen Vergütungen für Genussrechte stets Aufwand dar.[1471] Die Qualifikation der Ausschüttungen auf Genussrechte als Aufwand ist unabhängig davon, ob handelsbilanziell ein beteiligungsähnliches oder obligationsähnliches Genussrecht vorliegt. Doch ist das kein Argument gegen die Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes durch § 8 III 2 Hs. 2 KStG.[1472] Das Steuerrecht legt Wert darauf, Ausschüttungen unterschiedlich zu behandeln, je nachdem, ob die Kriterien des § 8 III 2

[1463] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 35.
[1464] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 78.
[1465] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 78.
[1466] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2611).
[1467] *Breuninger,* JbFStR 2012/13, 308 (316).
[1468] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 28.
[1469] *Manz/Lammel*, GmbHR 2009, 1121 (1123).
[1470] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 153.
[1471] HFA 1/1994, WPg 1994, 422, Tz. 2.2.1 und 2.2.2.
[1472] So aber: *Große,* DStR 2010, 1397 (1399).

Hs. 2 KStG erfüllt sind. Die steuerbilanzielle Behandlung der Ausschüttungen auf das Genussrechtskapital kann aber nicht losgelöst von der Bilanzierung des Kapitals als solchem betrachtet werden.

d) Der Inhaber einer wesentlichen Beteiligung als steuerlicher Mitinhaber

§ 17 EStG zielt darauf ab, den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, der eine wesentliche Beteiligung von mind. 1 % innehat, steuerlich gleich einem Mitunternehmer zu behandeln. Der Mitunternehmer nimmt an den stillen Reserven des Unternehmens teil.[1473]

Als „ähnliche Beteiligung" i.S.d. § 17 I 3 EStG kommen nur Beteiligungen in Betracht, die mit Anteilen an Kapitalgesellschaften strukturell vergleichbar sind.[1474] Das ist dann der Fall, wenn sie – vergleichbar der Aktie oder dem GmbH-Anteil – darauf abzielen, eine Beteiligung an den Gesellschaftsrechten zu vermitteln.[1475] Konstitutiv für den Geschäftsanteil ist, dass er die Rechte und Pflichten des Gesellschafters festlegt. Der Geschäftsanteil ermöglicht seinem Inhaber, die geschäftliche Entwicklung des Unternehmens zu beeinflussen.[1476] Die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ist vor diesem Hintergrund mit der Mitunternehmerschaft bei der Personengesellschaft vergleichbar.[1477]

Die in § 17 I EStG umschriebene Tätigkeit ist deswegen steuerbar, weil das Halten und Veräußern der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung mit der Beteiligung an einer Personengesellschaft vergleichbar ist.[1478] Die Beteiligung ermöglicht Einflussnahme auf die Geschäftsführung; sie eröffnet dem Inhaber ein weites Betätigungsfeld der Einwirkung auf unternehmerische Entscheidungen bezüglich der Frage von Ausschüttung und der Bildung von Rücklagen.[1479] Es steht ihm offen, planmäßig die Grundlage dafür zu schaffen, dass die Erfordernisse der Erzielung von Veräußerungsgewinnen erfüllt werden, oder zumindest maßgebend den Impuls hierfür zu geben.[1480] Hat die Beteiligung ein so hohes Gewicht, dass sie als wesentliche Beteiligung i.S.d. § 17 I 1 EStG qualifiziert, ist es sachgerecht, sie steuerlich als der Mitunternehmerschaft gleichwertig zu betrachten.[1481] Die Veräußerung einer derart wesentlichen Beteiligung ist wertungsmäßig eine gewerbliche Tätigkeit.[1482]

[1473] BFH, Urteil vom 14.06.2005, Az: VIII R 73/03, DStR 2005, 1847.
[1474] BFH vom 19.05.1992, Az: VIII R 16/88, NJW 1993, 415.
[1475] BFH vom 19.05.1992, Az: VIII R 16/88, NJW 1993, 415.
[1476] BFH vom 19.05.1992, Az: VIII R 16/88, NJW 1993, 415.
[1477] BT-Drs. IV/2400, S.69.
[1478] BFH, Urteil vom 04.11.1992, Az: X R 33/90, NJW 1993, 2007.
[1479] BVerfG, Beschluss vom 7.Oktober 1969, Az: 2 BvL 3/66, BVerfGE 27, 111 (128).
[1480] BVerfG, Beschluss vom 7.Oktober 1969, Az: 2 BvL 3/66, BVerfGE 27, 111 (128).
[1481] BVerfG, Beschluss vom 7.Oktober 1969, Az: 2 BvL 3/66, BVerfGE 27, 111 (128).
[1482] BFH, Urteil vom 04.11.1992, Az: X R 33/90, NJW 1993, 2007.

e) Bezüge aus Genussrechten als Einkünfte aus Kapitalvermögen

Die Behandlung des Genussrechtskapitals in der Steuerbilanz kann nicht losgelöst davon betrachtet werden, wie sich die Ausschüttungen auf das Genussrecht in einkommensteuerrechtlicher Hinsicht beim Genussrechtsinhaber auswirken.

Kann der Genussrechtsverpflichtete die Ausschüttungen als Betriebsausgabe abziehen (§ 8 I 1 KStG, § 4 I 1 EStG), erzielt der Genussrechtsinhaber in Gestalt der erhaltenen Ausschüttungen Einkünfte aus Kapitalertrag gem. § 20 I Nr. 7 EStG.[1483]

Ist dem Genussrechtsverpflichteten dagegen ein Betriebsausgabenabzug versagt (§ 8 III 2 Hs.2 KStG), führen die Ausschüttungen auf Seiten des Genussrechtsinhabers zu Kapitalerträgen i.S.d. § 20 I Nr.1 S.1 EStG.[1484] Nach § 20 I Nr. 1 S. 1 EStG zählen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch „sonstige Bezüge aus … Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist“. Der Gläubiger beschränkt sein Engagement für die Gesellschaft darauf, dass er Kapital zur Verfügung stellt; demgegenüber ist der Aktionär gesellschaftsrechtlicher Beteiligter.[1485] Seine Vergütung stellt sich als Teilhabe am Gewinn dar.[1486] Seiner Rechtnatur nach ist das Genussrecht kein Mitgliedschaftsrecht.[1487] Obligationsähnliche Genussrechte gewähren Ausschüttungen, die beim Empfänger Einkünfte nach § 20 I Nr. 7 EStG darstellen.[1488] Beteiligungsähnliche Genussrechte werden von § 20 I Nr. 1 S. 1 EStG erfasst. Es kommen nur Genussrechte in Betracht, die wirtschaftlich einer Kapitalbeteiligung entsprechen.[1489]

X. Ergebnis

Die steuerbilanzielle Behandlung des Genussrechtskapitals als Eigen- oder Fremdkapitalposten bestimmt sich nach § 8 III 2 Hs. 2 KStG.[1490] Ob ein Genussrecht in der Handelsbilanz dem Eigen- oder Fremdkapital zugewiesen wird, ist eine von der steuerbilanziellen Einordnung des Genussrechts zu trennende Frage. Die Handelsbilanz ist insoweit nicht maßgeblich. Ein Genussrecht i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG stellt steuerlich Eigenkapital dar.[1491]

Diese Ansicht teilt auch die Bundes-Finanzverwaltung. Im Zusammenhang mit der Zinsschranke führt das BMF aus: „Fremdkapital i. S. des § 4h III EStG sind damit alle

---

[1483] *Winter,* GmbHR 1993, 31 (32).
[1484] *Winter,* GmbHR 1993, 31 (32).
[1485] FG Köln, Urteil vom 29.04.1999, Az: 2 K 3998/95, EFG 1999, 1034.
[1486] FG Köln, Urteil vom 29.04.1999, Az: 2 K 3998/95, EFG 1999, 1034.
[1487] FG Köln, Urteil vom 29.04.1999, Az: 2 K 3998/95, EFG 1999, 1034.
[1488] FG Köln, Urteil vom 15. 7. 2004, DStRE 2005, 250.
[1489] *Ratschow*, in: Blümich, 117. Aufl., § 20 EStG Rn. 83.
[1490] *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (407).; a.A. *Hess*, Sanierungshandbuch, Kap. 12 Rn. 141, der – ohne Begründung – annimmt, dass Genussrechte steuerlich stets als nachrangiges Fremdkapital zu behandeln seien.
[1491] *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 269.

als Verbindlichkeit passivierungspflichtigen Kapitalzuführungen in Geld, die nach steuerlichen Kriterien nicht zum Eigenkapital gehören. Das sind insbesondere: […] Genussrechtskapital (mit Ausnahme des Genussrechtskapitals i. S. des § 8 III 2 Hs. 2 KStG)."[1492]

F. Die Tatbestandsvoraussetzungen von § 8 III 2 Hs. 2 KStG

Im Lichte des § 8 III 2 Hs. 2 KStG sind Genussrechte schuldrechtliche begründete Ansprüche gegen die Gesellschaft auf Teilhabe am Gewinn und/oder Liquidationserlös, ohne dass der Genussrechtsinhaber eine Gesellschafterstellung erlangt.[1493]

I. Die Gestaltungspraxis

Das Genussrecht bietet einen äußerst facettenreichen Gestaltungsspielraum.[1494] Beim Debt-Mezzanine-Swap liegt es nahe, diesen so zu nutzen, dass das Genussrechtskapital in der Handelsbilanz als Eigenkapitalposten erscheint, in der Steuerbilanz dagegen als Fremdkapital behandelt wird.[1495]

Handelsbilanziell führt das beteiligungsähnliche Genussrecht zu einer Verstärkung der Eigenkapitalausstattung des Unternehmens.[1496] Als Eigenkapital auf Zeit trägt das Mezzanine-Kapital zur Konsolidierung der Finanzstruktur bei.[1497] Denn Eigenkapital reduziert aus Sicht potentieller Gläubiger die Verlustgefahr und motiviert daher zu Investitionen in das Unternehmen.[1498]

Für Zwecke der Steuerbilanz zeichnet sich das obligationsähnliche Genussrecht dadurch aus, dass es einen Anteil am Gewinn gewährt.[1499] Das beteiligungsähnliche Genussrecht lässt seinen Inhaber darüber hinaus am Liquidationserlös teilhaben.[1500]

In Bezug auf die ertragsteuerliche Optimierung des Genussrechts hat sich in der Praxis etabliert, das Genussrecht mit einer Gewinnbeteiligung zu versehen, aber eine Beteiligung am Liquidationserlös auszuschließen.[1501] Auf diese Weise wird steuerlich ein Fremdkapitalgenussrecht geschaffen. In der Steuerbilanz stellt sich der Debt-Mezzanine-Swap als erfolgsneutraler Passivtausch dar. Die Ausschüttungen auf ein obligationsähnliches Genussrecht führen beim Genussrechtsverpflichteten zu abzugsfähigen Betriebsausgaben (§ 8 I 1 KStG, 4 IV EStG).[1502]

[1492] BMF, Schreiben vom 4. 07. 2008, Az IV C 7 - S 2742 - a/07/10001, BStBl I 2008, 718.
[1493] *Kiethe,* DStR 2006, 1763 (1768); Beinert/Burmeister/Tries, Mergers and Acquisitions in Germany, 1. Aufl. 2009, S. 91.
[1494] *Silberberger,* Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär, S. 70.
[1495] *Marx/Nienaber,* SteuerStud 2006, 304 (304).
[1496] *Koblenzer,* ErbStB 2005, 282 (283).
[1497] *Stenz,* § 15b EStG – Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Steuerstundungsmodellen, S. 253.
[1498] *Ulbrich,* Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH, S. 82.
[1499] *Haarmann,* JbFStR 1985/86, 410 (411).
[1500] *Haarmann,* JbFStR 1985/86, 410 (411).
[1501] *Schmeisser/Clausen*, DStR 2008, 688 (690).
[1502] *Marx/Nienaber,* SteuerStud 2006, 304 (305).

II. Beteiligung am Gewinn

Das Gesetz gebraucht den Begriff der Gewinnbeteiligung, ohne ihn zu definieren. In der Praxis hat sich ein weites Verständnis der Gewinnbeteiligung etabliert. Eine Beteiligung am Gewinn ist zu bejahen, wenn der Genussrechtsinhaber in irgendeiner Weise am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens teilhat.[1503] Die Vergütung, die der Genussrechtsinhaber für die Überlassung des Genussrechtskapitals erhält, muss mit dem Erfolg der Unternehmung korrelieren.[1504] Unabdingbar ist dafür, dass der sich nach den Vorschriften des Handelsrechts ergebende Gewinn gleichermaßen unter den Gesellschaftern und Genussrechtsinhabern verteilt wird.[1505] Demgegenüber ist eine Beteiligung am Verlust schon begrifflich nicht erforderlich.[1506]

1. Die Bestimmung des wirtschaftlichen Erfolgs

Fraglich ist, wie sich der wirtschaftliche Erfolg einer Unternehmung bestimmt. Soll eine Beteiligung am Gewinn gewährt werden, ist vorab zu klären, was der Anknüpfungspunkt für die Bemessung der Beteiligung ist.

a) Die Werte der Handelsbilanz

Zunächst ist es möglich, auf Werte der Handelsbilanz zurückzugreifen. Als Anknüpfungspunkte kommen der Bilanzgewinn (§ 268 I 2 HGB, § 158 I 1 Nr. 5 AktG)[1507] und der Jahresüberschuss (§ 275 II Nr. 20 HGB) in Betracht.[1508]

b) Der Gewinn nach Steuerbilanz

Aber auch der Gewinn nach Steuerbilanz (§ 4 I 1 i.V.m. § 5 I 1 EStG) könnte als Referenzgröße dienen.[1509]

c) Die Ausschüttungen der Gesellschafter

Schließlich kann auf die Ausgestaltung der Dividendenausschüttungen abgestellt werden.[1510] Wirtschaftlich steht der Genussrechtsberechtigte dann einem Gesellschaf-

---

[1503] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 121.
[1504] *Bächer*, Bilanzierung von Mezzanine-Kapital nach HGB, IFRS und US-GAAP, S. 58.
[1505] *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (407).
[1506] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az: I R 67/92, BStBl. II 1996, 77.
[1507] *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 269; *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 75; Ernst, Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, S. 168.
[1508] *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 269; *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kaitalmarkt für die GmbH, S. 39; *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 75.
[1509] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 75; *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 269; *Häuselmann*, BB 2007, 931 (934).
[1510] *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 75; *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 269; *Häuselmann*, BB 2007, 931 (934); *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 114.

ter bezüglich der Ausschüttungen exakt gleich.[1511] Der Gewinnverwendungsbeschluss bestimmt die Höhe der Dividenden- und Genussrechtsausschüttungen. Die Bildung von Gewinnrücklagen geht zu Lasten der Ausschüttungen an Gesellschafter und Genussrechtsinhaber.

d) Der Umsatz

Nicht als Anknüpfungspunkt kann der Umsatz gewählt werden.[1512] Eine idealtypische Gewinnbeteiligung besteht darin, dass der vom Unternehmen erzielte Gewinn an die Anteilseigner und sonstigen Berechtigten verteilt wird. Erfolgt die Genussrechtsausschüttung hingegen in Abhängigkeit von bestimmten Umsatzgrößen, kann es dazu kommen, dass der Genussrechtsinhaber vergütet werden muss, obwohl kein Gewinn erwirtschaftet wurde. Eine Umsatzbeteiligung ist daher keine Gewinnbeteiligung i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG.

2. Der Bezug zur Referenzgröße

Zu klären ist, wie die Abhängigkeit der Genussrechtsvergütung von der Referenzgröße ausgestaltet werden muss, damit eine Gewinnbeteiligung i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG vorliegt.

a) Anteil

Sicher von § 8 III 2 Hs. 2 KStG erfasst ist die Konstellation, dass der Genussrechtsinhaber einen bestimmten Anteil am Bilanzgewinn erhält.

b) Jährlicher Festbetrag

Fraglich ist, ob auch ein jährlicher Festbetrag erfasst ist. Das ist zu bejahen, wenn der Festbetrag unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 I BGB) zu leisten ist, dass dafür ein hinreichender Bilanzgewinn zur Verfügung steht.[1513]

Ist dem Genussrechtsinhaber – unter derselben Bedingung – eine feste Mindestverzinsung (neben einer variablen, gewinnabhängigen Leistung) versprochen, liegt wirtschaftlich ein vergleichbarer Sachverhalt vor. Auch hier stellt die Bedingung, dass ein ausreichender Bilanzgewinn vorhanden ist (§ 158 I BGB), sicher, dass eine für § 8 III 2 Hs. 2 KStG hinreichende Abhängigkeit vom Gewinn besteht. Die Festvergütung ist gewinnabhängig. Denn ihre Auszahlung ist an die Bedingung geknüpft, dass ein Gewinn erzielt wurde. Daraus ergibt sich für die Steuerkraft der Gesellschaft keine höhere Belastung als durch die Ausschüttungsansprüche der Gesellschafter.[1514]

[1511] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kaitalmarkt für die GmbH, S. 38.
[1512] *Häuselmann*, BB 2007, 931 (934); a.A.: *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 75.
[1513] Vgl. *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (407).
[1514] *Frantzmann*, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 220.

c) Gewinnabhängige Festverzinsung

Von der gewinnabhängigen Vergütung ist die gewinnorientierte Vergütung zu unterscheiden.[1515] Bei der gewinnabhängigen Vergütung steht dem Genussrechtsinhaber steht dem Genussrechtsinhaber eine Zahlung nur zu, wenn ein Gewinn erzielt worden ist. Gewinnorientierte Vergütung setzt demgegenüber voraus, dass eine Beziehung zwischen der Höhe der Verütung und dem Erfolg der Gesellschaft besteht.[1516]
Die Genussrechtsvergütung kann auch in der Zahlung eines Festbetrags bestehen, solange dieser dynamisch an die Ertragslage angepasst wird.[1517] Erforderlich ist eine zumindest „mittelbare Abhängigkeit von erfolgsbezogenen Finanzkennzahlen" des Unternehmens.[1518]

d) Mindestverzinsung

Umstritten ist hingegen die Behandlung einer unbedingt vereinbarten Mindestverzinsung, die mit einer gewinnabhängigen Komponente kombiniert wird.

aa) Aufteilung

Eine mögliche Herangehensweise wäre die divergierende steuerliche Behandlung des fixen und des variablen Anteils. Die Festverzinsung könnte als Betriebsausgabe abgezogen werden (§ 8 I KStG, § 4 IV EStG), die gewinnabhängige Zusatzleistung würde unter § 8 III 2 Hs. 2 KStG fallen. Die Aufgliederung der Genussrechtsausschüttung in zwei Bestandteile, die steuerrechtlich unabhängig voneinander zu bewerten sind, ist jedoch in der Rechnungslegung nicht praktikabel und daher abzulehnen.[1519] Übersteigt die Gewinnbeteiligung den als Mindestzins geschuldeten Betrag, stellt die Auszahlung eine einheitliche Gewinnbeteiligung dar; das Steuerrecht darf keine künstliche Trennung bewirken.[1520] Überdies ist für die Anwendung des § 8 III 2 Hs. 2 KStG die Gesamtbelastung entscheidend, welche die Gesellschaft trifft.[1521]

bb) Einheitliche Beurteilung

Stattdessen ist eine einheitliche Gesamtwürdigung durchzuführen.[1522] Die Genussrechtsvergütung ist in ihrer Gesamtheit als Betriebsausgabe abziehbar (obligationsähnliches Genussrecht) oder eine Maßnahme der Gewinnverwendung (beteiligungs-

---

[1515] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 112.
[1516] *Frantzmann*, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 219f.
[1517] Zweifelnd: *Marzinkowski,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, S. 76.
[1518] *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (407).
[1519] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 158.
[1520] *Emde*, Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, S. 73 f.
[1521] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 192.
[1522] *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (407).

ähnliches Genussrecht).[1523] Dabei ist das Augenmerk auf das Verhältnis von garantierter Festverzinsung zur variablen Komponente zu richten.

(1) Formelle Betrachtung

Bei formeller Betrachtung ist auf die begriffsjuristische Methode abzustellen. Ausgangspunkt ist der Wortlaut von § 8 III 2 Hs. 2 KStG „Beteiligung am Gewinn". Der Wortlaut erlaubt zwei Auslegungen, die als Extrempositionen das Spektrum möglicher Gestaltungen eingrenzen. Zum einen könnte man „Beteiligung am Gewinn" extensiv auslegen und es genügen lassen, dass der Genussrechtsverpflichtete pro forma irgend eine – wenn auch wirtschaftlich noch so unbedeutende – gewinnabhängige Zusatzleistung neben der wirtschaftlich ins Gewicht fallenden Festverzinsung gewährt.[1524] Zum anderen könnte man den Wortlaut restriktiv auslegen und eine Gewinnbeteiligung nur bejahen, wenn der Genussrechtsberechtigte eine ausschließlich gewinnbezogene Vergütung erhält.[1525] Bereits eine minimale Festvergütung wäre schädlich.

Beide Sichtweisen sind abzulehnen,[1526] denn die formale Betrachtung berücksichtigt den wirtschaftlichen Gehalt des vereinbarten Genussrechts nicht hinreichend. Eine starre Beurteilung nach der formalen restriktiven Auslegung würde zudem missbräuchliche Gestaltung (§ 42 AO) ermöglichen, denn die Gesellschaft hätte die Möglichkeit, durch Vereinbarung einer wirtschaftlich unbedeutenden Festverzinsung das Genussrecht aus dem Anwendungsbereich des § 8 III 2 Hs. 2 KStG herauszunehmen.[1527]

(2) Materielle Betrachtung

Ob eine Beteiligung am Gewinn vereinbart wurde, bestimmt sich nach materiellen Gesichtspunkten. Entscheidend ist, ob bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die variable oder die fixe Komponente der Genussrechtsvergütung in den Vordergrund tritt.[1528] Das Kriterium der Gewinnbeteiligung zielt auf eine Erfassung der wirtschaftlichen Belastung der Gesellschaft durch die Genussrechtsvergütung, und zwar im Vergleich zu anderen Finanzinstrumenten, die einem idealtypischen Eigen- oder Fremdkapital zugeordnet werden können.

Aus dem Belastungsvergleich erschließt sich die Steuerkraft der Gesellschaft.[1529] Die Besteuerung erfolgt nach der Leistungsfähigkeit einer Körperschaft. Daher hat sich

---

[1523] *Frantzmann*, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 221.
[1524] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 123.
[1525] *Görtz*, Die aktien- und steuerrechtliche Qualifikation von Hybrid-Anleihen – oder der Genussrechtstest, S. 186.
[1526] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 124.
[1527] Frantzmann, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 223.
[1528] *Frantzmann*, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 221.
[1529] *Kratzsch,* BB 2005, 2603 (2605).

die Auslegung von § 8 III 2 Hs. 2 KStG letztlich daran auszurichten, die steuerliche Leistungsfähigkeit zutreffend zu erfassen. Dabei ist der Blick darauf zu richten, wie sehr die Mindestverzinsung die Gesellschaft im Vergleich zu den Ausschüttungsansprüchen der Aktionäre belastet.[1530]

(a) Die Aktie als idealtypisches Eigenkapital

Fließen die Genussrechtsausschüttungen vom Gewinn der Gesellschaft ab, beeinträchtigt das die Leistungskraft der Gesellschaft nicht. Es tritt dieselbe Situation ein wie bei Dividenden. Eine Gewinnbeteiligung ist zu bejahen.

Wird eine Mindestverzinsung gewährt, ist entscheidend, ob diese etwas daran ändert, dass die Genussrechtsausschüttungen aus dem Gewinn geleistet werden. Das ist der Fall, wenn der Mindestzins den üblicherweise vom Unternehmen erzielten Gewinn überschreitet.[1531] Nur wenn der Mindestzins so niedrig gewählt wurde, dass er vom durchschnittlich erwirtschafteten Gewinn gedeckt wird, ist eine hinreichende Korrelation zwischen der Ertragskraft der Gesellschaft und der Genussrechtsvergütung gegeben.

Der üblicherweise erzielte Gewinn als Vergleichsmaßstab erweist sich aber als problematisch.[1532] Denn es ist nicht hinzunehmen, dass die Genussrechtsausschüttungen steuerlich von Jahr zu Jahr verschieden behandelt werden, je nachdem, ob die Gesellschaft einen ausreichend hohen Gewinn erzielt hat. Als Lösung wird vorgeschlagen, einen längerfristigen Referenzzeitraum zugrunde zu legen, wie er sich aus § 10 V Nr. 3 KWG ergibt, der einen insoweit verallgemeinerbaren Rechtsgedanken enthalte.[1533]

(b) Die Anleihe als idealtypisches Fremdkapital

Ein alternativer Vergleichsmaßstab zeigt sich in Gestalt der Zinsen, die im Fall der Begebung einer wirtschaftlich vergleichbaren Anleihe zu entrichten wären.[1534]

Aus der Perpektive des Unternehmens stellt sich die Frage, ob es für die Gesellschaft wirtschaftlich günstiger ist, ein Genussrecht in der vereinbarten Form als Finanzquelle zu verwenden, oder am freien Markt auf eine vergleichbare Anleihe zurückzugreifen.[1535] Ein eigenkapitalähnliches Genussrecht zeichnet sich dadurch aus, dass der Genussrechtsinhaber das wirtschaftliche Risiko der Unternehmung gemeinsam mit den Anteilseignern mitträgt. Demgegenüber trägt bei einer Anleihe allein die Gesellschaft das unternehmerische Risiko. Hat die Gesellschaft ein Genussrecht vereinbart, dessen Mindestverzinsung höher ist als der Zins für eine vergleichbare Anleihe, teilt

---

[1530] BFH, Urteil vom 28.06.1960, Az I 85/60, DB 1960, 1057.
[1531] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2606).
[1532] *Frantzmann*, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 221f.
[1533] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2606).
[1534] *Stein*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 8 KStG, Rn. 184.
[1535] Vgl. Frantzmann, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 222.

das Genussrecht auch in steuerbilanzieller Hinsicht den schuldrechtlichen Charakter einer Anleihe.[1536] Das Ertragsrisiko lastet auf der Gesellschaft; die Ausschüttung kann im Rahmen des Belastungsvergleichs nicht als Gewinnbeteiligung verstanden werden.[1537] Ist dagegen die Mindestvergütung des Genussrechtsinhabers geringer als die Verzinsung vergleichbarer Anleihen, sind die Ausschüttungen als Gewinnbeteiligung einzuordnen.[1538]

Für die praktische Umsetzung dieses Ansatzes bedarf es eines „konkurrenzfähigen Anlagetitels"[1539] als zuverlässigen Maßstab. In Frage kommt der Basiszinssatz oder der durchschnittliche Zins für Industrie-Anleihen.[1540] Dann kann bei einem Genussrecht beurteilt werden, ob der vereinbarte Mindestzins derart hoch gewählt wurde, dass der Genusschein ein konkurrenzfähiges Finanzinstrument darstellt. In diesem Fall muss aus Wertungsgesichtspunkten eine Gewinnbeteiligung verneint werden.[1541]

III. Beteiligung am Liquidationserlös

Das KStG regelt nicht, wann eine Beteiligung am Liquidationserlös anzunehmen ist. Beim idealtypischen Eigenkapital-Genussrecht kann der Genussrechtsinhaber die Rückzahlung des Genussrechtskapitals erst bei Liquidation der Gesellschaft geltend machen.[1542] Der Höhe nach bemisst sich der Rückzahlungsanspruch nach dem Erlös, der bei der Liquidation erzielt worden ist.

Die Vermögensgegenstände des Unternehmens werden zum Verkehrswert veräußert.[1543] Auf diese Weise ist der Genussrechtsinhaber an den stillen Reserven des Unternehmens beteiligt.[1544] Im Schrifttum wird zur Konkretisierung des Begriffs „Liquidationserlös" teilweise auf das Abwicklungs-Endvermögen (§ 11 III KStG) zurückgegriffen.[1545] Denn das Abwicklungs-Endvermögen erfasst auch die stillen Reserven, die im Zuge der Liquidation aufgedeckt werden.[1546]

Für die Frage, ob die konkrete Rückzahlungsvereinbarung eine Beteiligung am Liquidationserlös vorsieht, ist demnach maßgeblich, ob der Genussrechtsinhaber wirtschaftlich an den stillen Reserven der Gesellschaft partizipiert.[1547] Auch die Finanz-

---

[1536] *Linscheidt*, DB 1992, 1852 (1854).
[1537] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2606).
[1538] *Häger/Müller*, in: Häger/Elkemann-Reusch, Mezzanine Finanzierungsinstrumente, Rn. 785.
[1539] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2606)
[1540] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2606).
[1541] *Linscheidt*, DB 1992, 1852 (1854).
[1542] *Hanakam*, Die steuerliche Beurteilung von Genussrechten als Instrumente der Kapitalbeschaffung, S. 110.
[1543] *Emde*, Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, S. 79.
[1544] *Hanakam*, Die steuerliche Beurteilung von Genussrechten als Instrumente der Kapitalbeschaffung, S. 110.
[1545] *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 270.
[1546] *Elser,* in: Vollmer/Elser, UBGG, S. 270.
[1547] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 160.

verwaltung vertrat die Auffassung, dass eine Beteiligung an den stillen Reserven eine notwendige und hinreichende Bedingung für eine Beteiligung am Liquidationserlös darstellt;[1548] sogar das BMF-Schreiben vom 17.02.1986 basierte noch auf der Prämisse.[1549] Nicht erforderlich ist demgegenüber eine Beteiligung am Verlust.

1. Rückzahlung zum Nennbetrag unabhängig von der Erzielung eines Liquidationserlöses

Von der „Beteiligung am Liquidationserlös" ist die „Tilgung im Liquidationsfall" zu unterscheiden. Eine Beteiligung am Liquidationserlös setzt begriffsnotwendig voraus, dass bei der Liquidation ein Erlös erzielt wurde, der nun an Gesellschafter und Genussrechtsinhaber verteilt werden kann.[1550] Ist das Genussrecht unabhängig von der Existenz eines Liquidationserlöses zum Nennbetrag zurückzuzahlen (Tilgung im Liquidationsfall), muss eine Beteiligung am Liquidationserlös i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG verneint werden.[1551] Hat die Gesellschaft keinen Liquidationserlös erzielt, muss aber dennoch das Genussrechtskapital zum Nennbetrag zurückgezahlt werden, wird dadurch die Steuerkraft der Gesellschaft stärker belastet als bei der Auskehr der Einlage an den Gesellschafter. Die Verbindlichkeit aus dem Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsinhabers unterscheidet sich dann nicht von den gewöhnlichen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber den Fremdkapitalgebern.[1552] Nachfolgend ist daher davon auszugehen, dass der Nennbetrag aus dem Liquidationserlös zu entrichten ist.

2. Vereinbarte Beteiligung an den stillen Reserven

a) Rückzahlung zum Nennbetrag und zusätzliche Beteiligung am Unternehmensvermögen

Erhält der Genussrechtsinhaber neben dem Nennbetrag des Genussrechtskapitals noch einen Anteil an den stillen Reserven, ist stets eine Beteiligung am Liquidationserlös anzunehmen.[1553] *Rid-Niebler* kritisiert an einer derartigen Gestaltung, dass ein Genussrecht, das neben der Rückzahlung des Genussrechtskapitals zum Nennbetrag noch eine weitere Beteiligung am Liquidationserlös vorsieht, nicht damit in Einklang steht, dass ein Genussrecht seinem Inhaber vermögensrechtlich die Stellung verschaffen soll, die typischerweise ein Aktionär hat.[1554] Ein Aktionär hat aber keinen Festan-

[1548] BT-Drs 10/2510, S. 7.
[1549] BMF, Schreiben vom 17.02.1986, Az: IV B 7-S 2742-1/86.
[1550] *Frantzen,* Genussscheine, S. 134.
[1551] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 161.
[1552] *Frantzen,* Genussscheine, S. 134.
[1553] *Haarmann,* JbFStR 1985/86, S. 411; *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 27.
[1554] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 45.

spruch auf Einlagenrückzahlung, der sich ggf. um einen Anteil am Liquidationserlös erweitert.

Darauf kommt es aber im Steuerrecht nicht an. Abzustellen ist auf den Belastungsvergleich. In der Liquidationssituation darf die Steuerkraft der Gesellschaft durch die Zahlungen auf die Genussrechte nicht anders belastet werden als durch die Zahlungen auf die Gesellschaftsanteile. Auch wenn der Genussrechtsinhaber zusätzlich zum Nennbetrag noch einen Anteil am Liquidationserlös erhält, erfährt die Gesellschaft dadurch keine höhere Belastung als durch den Teilhabeanspruch eines Gesellschafters. Denn in beiden Fällen ist die Zahlung aus dem erzielten Liquidationserlös zu leisten; der Fixanspruch des Genussrechtsinhabers sorgt eventuell für eine Verschiebung der Beteiligungsquoten von Genussrechtsinhabern und Gesellschaftern. Doch betrifft das nur die Verteilung des Liquidationserlöses an die Berechtigten untereinander. Der Gesellschaft erwächst daraus keine erhöhte Belastung.

Der zusätzliche Anteil des Genussrechtsinhabers am Unternehmensvermögen stellt die Beteiligung an den stillen Reserven sicher.[1555] Damit ist der Genussrechtsinhaber i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG am Liquidationserlös beteiligt.[1556]

b) Rückzahlung zum Nennwert

aa) Mit Verlustbeteiligung

Die Finanzverwaltung legte im BMF-Schreiben vom 17.02.1986[1557] das Erfordernis der Beteiligung an den stillen Reserven großzügig aus. Muss die Gesellschaft bei Liquidation das Genussrechtskapital zum Nennwert zurückzahlen, ist nach Ansicht des BMF damit auch eine Beteiligung an den stillen Reserven verbunden, wenn das Genussrecht auch eine Verlustbeteiligung vorsieht.[1558] Als Grund führt das BMF an, dass zum Liquidationszeitpunkt aufgrund der Verlustbeteiligung das Genussrechtskapital dezimiert sein kann. Werde das Genussrechtskapital dennoch zum Nennbetrag zurückgezahlt, müsse die Gesellschaft die Differenz aus dem erzielten Liquidationserlös auffüllen. Dieser Auffüllungsbetrag entstamme den stillen Reserven des Unternehmens. Jedoch bleibt die Beteiligung an den stillen Reserven eine „potentielle“, sie kann, muss aber nicht eintreten.[1559] Damit eine Beteiligung am Liquidationserlös vorliegt, ist aber erforderlich, dass der Genussrechtsinhaber im Liquidationsfall stets an den stillen Reserven beteiligt wird. Das ist aber nur gewährleistet, wenn sich die Höhe des Rückzahlungsbetrags nach dem erzielten Liquidationserlös richtet.

[1555] *Knobbe-Keuk,* BB 1987, 341 (341).
[1556] *Sarrazin,* StbJb 1985/86, S. 135 (147f).
[1557] BMF vom 17.02.1986, Az: IV B 7-S 2742-1/86.
[1558] BMF vom 17.02.1986, Az: IV B 7-S 2742-1/86.
[1559] *Gosch*, in: Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009, § 8 KStG, Rn. 151.

In diese Richtung weist auch der Belastungsvergleich. Das Liquidationsvermögen wird durch den Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsinhabers nur dann vergleichbar mit den Auszahlungsansprüchen der Teilhaber belastet, wenn kein Fixbetrag zu leisten ist, sondern die Höhe des Anspruchs sich nach dem richtet, was als Liquidationserlös die Gesellschafter unter sich aufteilen.[1560]

bb) Ohne Verlustbeteiligung

Ist ein Liquidationserlös vorhanden, gewährt die bloße Rückzahlung des Genussrechtskapitals zum Nennbetrag keine Beteiligung an den stillen Reserven und damit keine Beteiligung am Liquidationserlös i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG.

Mit Hinweis auf den Belastungsvergleich bejaht *Rid-Niebler* auch in dieser Konstellation eine Teilnahme am Liquidationserlös i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG. Denn die Gesellschaft werde „nicht anders, insbesondere nicht mehr belastet" als bei einer quotalen Teilhabe des Genussrechtsinhabers am Unternehmensvermögen.[1561]

Das Genussrechtskapital wird erst nach Berichtigung aller Gesellschaftsschulden ausgekehrt. Der Rückzahlungsanspruch aus dem Genussrechtsvertrag gehört nicht zu den vorab zu berichtigenden Gesellschaftsverbindlichkeiten und beeinträchtigt daher auch nicht das Abwicklungs-Endvermögen (§ 11 III KStG).[1562] Die steuerliche Leistungsfähigkeit der Gesellschaft wird durch die Rückzahlung des Nennbetrags des Genussrechtskapitals „nicht stärker belastet […] als durch die Ansprüche der Gesellschafter".[1563] Daraus folgt aber nicht, dass eine Beteiligung am Liquidationserlös vorliegt.[1564] Denn nach dem Belastungsvergleich des RFH ist ausschlaggebend, dass „die Steuerkraft durch Ausgabe derartiger Genussscheine nicht anders […] [beeinflusst werde] […] als durch Ausgabe einer entsprechenden Menge junger Aktien".[1565]

Zutreffend ist, dass bei erzieltem Liquidationserlös die Gesellschaft durch die Nennbetragsrückzahlung keine stärkere Belastung erfährt. Doch ist die Belastung anders als im Fall einer quotalen Beteiligung des Genussrechtsinhabers. Denn aufgrund der Rückzahlung zum Nominalbetrag erhält das Genussrecht keinen Anteil an den stillen Reserven.[1566]

[1560] a.A. *Linscheidt*, DB 1992, 1852 (1855).
[1561] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 47.
[1562] *Frantzmann*, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 224.
[1563] Frantzmann, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 224.
[1564] aA.: Frantzmann, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 224.
[1565] RFH, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl 1934, 773.
[1566] *Görtz*, Die aktien- und steuerrechtliche Qualifikation von Hybrid-Anleihen – oder der Genussrechtstest, S. 189.

c) Laufzeitverkürzung des Genussrechts

aa) Die Vereinbarung der Parteien

Vereinbaren die Parteien, dass sich zwar die Höhe des Rückzahlungsbetrags am Liquidationserlös orientiere, aber dem Genussrechtsberechtigten oder dem Genussrechtsverpflichteten ein ordentliches Kündigungsrecht zustehe, ist zweifelhaft, ob eine Beteiligung an den stillen Reserven gewährleistet ist. Dieselbe Schwierigkeit besteht, wenn das Genussrecht einer Befristung unterworfen ist. In beiden Konstellationen können die Parteien festlegen, dass sich im Fall der Rückzahlung vor Liquidation der Betrag nach der Entwicklung des Reinvermögens der Gesellschaft bemisst.[1567] Fraglich ist, ob das ausreicht, um eine Beteiligung am Liquidationserlös i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG zu begründen.

bb) Die formale Betrachtung

Der Wortlaut von „Liquidationserlös" setzt voraus, dass überhaupt eine Liquidation stattfindet.[1568] Nach streng wortlautorientierter Auslegung kann kein Liquidationserlös angenommen werden, wenn die Genussrechtsbedingungen eine Rückzahlung des Genussrechtskapitals vor Liquidation erlauben (bei ordentlicher Kündigung) oder verlangen (bei Befristung); ein beteiligungsähnliches Genussrecht i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG besteht demgemäß nur, wenn eine Rückzahlung vor Liquidation nicht möglich ist.[1569]

Diese streng formale Handhabung erlaubt zwar eine trennscharfe Abgrenzung. Doch ist zu fragen, ob sie dem wirtschaftlichen Gehalt des vereinbarten Genussrechts hinreichend gerecht wird. Die Parteien könnten Gestaltungen vereinbaren, die in der Sache zu einem beteiligungsähnlichen Genussrecht führen würden, das aber wegen der formalen Hürde einer Rückzahlungsmöglichkeit oder -pflicht vor Liquidation steuerlich als solches nicht anerkannt werden könnte.[1570] Ausreichend wäre bereits die Vereinbarung einer festen Laufzeit oder eines ordentlichen Kündigungsrechts. Sachgerecht erscheint es daher, das Genussrecht auf seine wirtschaftlichen Dimensionen hin zu untersuchen.[1571]

cc) Die wirtschaftliche Betrachtung

Die Finanzverwaltung hat sich zu dieser Frage explizit nicht geäußert; aus dem BMF-Schreiben vom 8.12.1986 lässt sich aber herauslesen, dass eine Beteiligung am Liquidationserlös zu bejahen sei, wenn (1) das Genussrecht kündbar und (2) eine Beteili-

---

[1567] *Linscheidt*, DB 1992, 1852 (1855).
[1568] *Angerer*, Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 160.
[1569] *Frantzmann*, Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, S. 226; *Emde*, Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, S. 79.
[1570] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 131.
[1571] *Uelner*, JbFStR 1986/87, S. 11 (22).

gung an den bis zum Kündigungszeitpunkt angesammelten stillen Reserven sichergestellt sei.[1572] Dem ist im Ergebnis beizupflichten.

(1) Erhöhte Belastung der Gesellschaft durch vorzeitige Rückzahlung

Bei wirtschaftlicher Betrachtung spricht gegen eine Beteiligung am Liquidationserlös, dass nach dem Belastungsvergleich kein wirtschaftliches Eigenkapital vorliegt, wenn das Genussrechtskapital vor Liquidation zurückzuzahlen ist wegen Kündigung oder Fälligkeit.[1573] Echtes Eigenkapital kann auch nicht ohne weiteres zurückgefordert werden.[1574] Die wirtschaftliche Belastung, welche die Gesellschaft durch das Genussrechtskapital erfährt, ist in dieser Hinsicht größer als bei konventionellem Eigenkapital.[1575]

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Genussrechtsinhaber an den bis zum Rückzahlungszeitpunkt aufgelaufenen stillen Reserven beteiligt wird.[1576] Denn der Grundsatz, dass eine Rückzahlung des Genussrechtskapitals mit anteiligen stillen Reserven zwangsläufig zur Beteiligung am Liquidationserlös führt, ist nur sachgerecht, wenn er auf die Situation bei Liquidation der Gesellschaft angewandt wird. Ansonsten geriete er in Widerspruch zum Belastungsvergleich.[1577]

(2) Der Vergleich mit dem ausscheidenden Gesellschafter

(a) Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der GmbH

Bei der GmbH vermittelt der Geschäftsanteil dem Inhaber zum einen die Beteiligung am Stammkapital, zum anderen die Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft ist ein „Bündel an Rechten und Pflichten", welche die Stellung als Gesellschafter ausmacht.[1578] Die Mitgliedschaft an der GmbH wird beendet durch (1) Abtretung des Geschäftsanteils (§ 15 GmbHG), (2) Kaduzierung (§ 21 GmbHG), (3) Preisgabe (§ 27 GmbHG), (4) Einziehung (§ 34 GmbHG), (5) Ausschluss und (6) Austritt.[1579] Daraus ist ersichtlich, dass die Beendigung der Mitgliedschaft in einer GmbH nur unter engen Voraussetzungen möglich ist. Der Austritt eines Gesellschafters ist im Gesetz nicht geregelt. Jedoch hat der BGH in seiner Rechtsprechung das Austrittsrecht aus wichtigem Grund entwickelt.[1580] Dieses zwingende Mitgliedschaftsrecht[1581] steht dem Gesellschafter zu, wenn

---

[1572] So *Kratzsch,* Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht S. 60 in FN 315.
[1573] *Linscheidt*, DB 1992, 1852 (1855).
[1574] *Briesemeister*, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, S. 130.
[1575] *Emde*, Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, S. 83; *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 47 Fn. 58.
[1576] *Grieger*, WM 1958, 914 (918).
[1577] *Lühn*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, S. 195.
[1578] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 13 Rn. 1.
[1579] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 12 Rn. 50 f.
[1580] BGH, Urteil vom 1. 4. 1953, Az: II ZR 253/52, BGHZ 9, 157; vom 16. 12. 1991, Az: II ZR 58/91, DStR 1992, 652.

ihm ein weiterer Verbleib in der Gesellschaft nicht zumutbar ist.[1582] Dabei kann der wichtige Grund aus Betragen der anderen Gesellschafter herrühren oder dem Bereich der Gesellschaft entstammen.[1583] Die Gesellschafter können aber auch ein ordentliches Kündigungsrecht in der Satzung vereinbaren.[1584] Der Gesellschafter erhält einen Abfindungsanspruch, der zwar in § 34 III GmbHG implizit vorausgesetzt, aber nicht geregelt wird.[1585] Der Anspruch gründet sich deshalb auf § 738 I 2 BGB, der einen allgemeinen Rechtsgedanken kodifiziert.[1586] Der Anspruch muss seiner Höhe nach den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung umfänglich erfassen;[1587] Bezugsgröße für die Berechnung des Anteils ist der Wert des fortbestehenden Unternehmens, und zwar einschließlich der stillen Reserven.[1588] Möglich ist eine Beschränkung durch den Gesellschaftsvertrag.[1589] Zudem kann der Anspruch nur aus dem freien Vermögen der GmbH befriedigt werden; die Bestimmungen der Kapitalerhaltung (§ 30 I GmbHG) sind einzuhalten (§ 34 III GmbHG).

(b) Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der AG

Die Aktie verkörpert einerseits einen Anteil am Grundkapital, andererseits die Mitgliedschaft als Inbegriff der Rechte und Pflichten, welche die Gesellschafterstellung mit sich bringt.[1590] Die Beendigung der Mitgliedschaft erfolgt zunächst durch (1) Übertragung der Aktie. Das geschieht bei der Inhaberaktie durch Übereignung des Papiers (§§ 929 ff BGB). Zur Übertragung der Namensaktie ist die Übereignung des indossierten Papiers erforderlich (§ 67 II AktG). Auch endet die Mitgliedschaft durch (2) Kaduzierung (§ 64 AktG), (3) Einziehung (§§ 237 ff AktG), (4) Ausschluss (§ 327a-f AktG) und (5) Austritt. Ein Austrittsrecht sieht das Gesetz in bestimmten Konstellationen vor. Darunter fällt die Vereinbarung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags (§ 305 AktG), einige Fälle der Umwandlung und Verschmelzung (§§ 29, 125 S. 1 UmwG) und der Formwechsel (§ 207 AktG). Daneben ist als Grundprinzip des Verbandsrechts[1591] das Recht zum Austritt aus wichtigem Grund anerkannt.[1592] Dieses Recht besteht, wenn kein milderes Mittel verfügbar ist, den Streit in der Gesellschaft

---

[1581] *Goette*, DStR 2001, 533 (541).
[1582] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 12 Rn. 74.
[1583] BGH, Urteil vom 16.12.1991, Az II ZR 58/91, BGHZ 116, 359 (369).
[1584] BGH, Urteil vom 26.10.1983, Az: II ZR 87/83, NJW 1984, 489.
[1585] *Strohn,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 34 GmbHG, Rn. 205.
[1586] *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 34 GmbHG, Rn. 22.
[1587] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 12 Rn. 81.
[1588] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 12 Rn. 82.
[1589] *Graf, Bisle,* DStR 2010, 2409 (2411).
[1590] *Heider,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 1 AktG, Rn. 97.
[1591] *Goette*, DStR 2001, 533 (541).
[1592] Drygala/*Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 22 Rn. 30.

zu befrieden und der Konflikt ein derartiges Ausmaß angenommen hat, dass ein weiterer Verbleib in der Gesellschaft für die Aktionäre schlechthin unzumutbar wäre.[1593]

(3) Der Wertanteil des Gesellschafters

Der Gesellschafter hat einen Anteil am Gesellschaftsvermögen inne. Fraglich ist, was dieser Anteil wert ist.

(a) Der fiktive Liquidationserlös

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht bemisst sich der Wert des Anteils danach, was dem Gesellschafter im Fall einer hypothetischen Liquidation am maßgebenden Stichtag an Liquidationserlös zufiele.[1594] Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, die wirtschaftliche Lage des Gesellschafters und des Genussrechtsinhabers, die beide vor Liquidation ausscheiden, gleichzusetzen. Der Gesellschafter und der Genussrechtsinhaber erhielten jeweils ihren Anteil am fiktiven Liquidationserlös.

(b) Der Anteil am Wert des lebenden Unternehmens

Gegen die These vom fiktiven Liquidationserlös ist jedoch einzuwenden, dass die Prämisse nicht zweifelsfrei ist. Scheidet ein Gesellschafter vor Liquidation aus der Gesellschaft aus, bemisst sich sein Anteil nicht am fiktiven Liquidationserlös. Referenzgröße für die Bestimmung des Anteils ist vielmehr der Wert des lebenden Unternehmens.

Was die Bestimmung des Unternehmenswertes betrifft, dürfen keine subjektiven Faktoren Verwendung finden, etwa ein Mindestverkaufspreis oder ein Höchstkaufpreis.[1595] Abzustellen ist auf den objektiven Unternehmenswert.[1596] Das ist der Wert, der nach dem verständigen Urteil eines Dritten angemessen ist.[1597] Der Liquidationswert stellt nur die Untergrenze des möglichen Unternehmenswertes dar. Liquidationswert ist der Erlös aus der restlosen Veräußerung aller Wirtschaftsgüter des Unternehmens. Von der Summe der Einzelveräußerungspreise sind die Schulden, die Kosten des Liquidationsverfahrens und zu entrichtende Steuern in Abzug zu bringen. Der Liquidationswert darf aber nur zugrunde gelegt werden, wenn eine Fortführung des Unternehmens nicht wirtschaftlich ist.[1598]

[1593] *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 22 Rn. 30.
[1594] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 63.
[1595] *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung, 4. Aufl., Seite 25
[1596] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.05.2009, Az I-26 W 5/07 (AktE), 26 W 5/07 (AktE) WM 2009, 2220.
[1597] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.05.2009, Az I-26 W 5/07 (AktE), 26 W 5/07 (AktE) WM 2009, 2220.
[1598] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.05.2009, Az I-26 W 5/07 (AktE), 26 W 5/07 (AktE) WM 2009, 2220.

Im Fall einer Aktiengesellschaft muss bei der Bemessung der Abfindung für den ausgeschiedenen Gesellschafter der Börsenkurs der Aktie beachtet werden;[1599] auch der Börsenpreis fungiert als Mindestwert.

Der objektive Unternehmenswert bestimmt sich nach der Ertragswertmethode.[1600] Nach dieser Vorgehensweise ist auf den erwarteten Gewinn in der Zukunft abzustellen. Diese müssen auf den Stichtag der Bewertung abgezinst und zum Ertragswert kapitalisiert werden.[1601]

(4) Der fiktive Liquidationserlös des Genussrechtsinhabers

Die Liquidation eines Unternehmens besteht darin, dass das Vermögen verwertet wird. Die Verwertung besteht darin, dass die einzelnen Wirtschaftsgüter zum Verkehrswert veräußert werden.[1602] Damit verbunden ist die Aufdeckung der stillen Reserven, und zwar in Höhe der Differenz zu den Buchwerten. Die Aktionäre haben so teil am wahren Wert des Unternehmens.[1603]

Wird das Genussrecht schon vor Liquidation des Unternehmens beendet, kann der Genussrechtsinhaber zwar nicht an der Liquidation beteiligt werden. Möglich ist es aber, ihn wirtschaftlich so zu behandeln, als ob das Unternehmen zum Zeitpunkt der Beendigung des Genussrechts liquidiert würde.[1604] *Kratzsch* spricht insoweit von einer Liquidation des Genussrechtsverhältnisses.[1605] Er sieht im Genussrechtsverhältnis eine stille Gesellschaft, die im Innenverhältnis zwischen Genussrechtsinhaber und Gesellschaft besteht.[1606] Diese werde durch die Beendigung des Genussrechtsverhältnisses aufgelöst und liquidiert.[1607]

Bei wirtschaftlicher Betrachtung kommt es demnach nicht darauf an, wann der Genussrechtsinhaber seine Quasi-Beteiligung beendet. Abzustellen ist vielmehr darauf, in welcher Höhe er einen Rückzahlungsanspruch geltend machen kann.[1608] Auch bei fortbestehender Gesellschaft können Positionen des Eigenkapitals an die Gesellschafter geleistet werden, denn der Grundsatz der Kapitalerhaltung verbietet eine Abführung von Eigenkapital nicht pauschal. Die Gesellschaft wird durch die vor Liquidation erfolgende Rückzahlung des Genussrechtskapitals nur dann stärker als durch die damit korrespondierende Einlagenrückgewähr belastet, wenn der Genussrechtsinhaber einen Mindestrückzahlungsanspruch in Höhe des Nennbetrags des Genussrechtskapi-

---

[1599] BVerfG, Beschluss vom 27.04.1999, Az: 1 BvR 1613/94, BVerfGE 100, 289.
[1600] OLG Stuttgart, Beschluss vom 01.10.2003, Az 4 W 34/93, AG 2004, 43.
[1601] OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.05.2009, Az I-26 W 5/07 (AktE), 26 W 5/07 (AktE) WM 2009, 2220.
[1602] *Emde*, Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, S. 79.
[1603] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 62.
[1604] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 63.
[1605] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 63.
[1606] *Kratzsch*, BB 2005, 2603 (2609 f).
[1607] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 62.
[1608] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 63.

tals hat.[1609] Ein solcher Festanspruch wäre fremdkapitaltypisch. Erhält der Genussrechtsinhaber hingegen den rechnerischen Liquidationserlös, wird er wirtschaftlich genau so behandelt wie ein ausscheidender Gesellschafter.[1610]

3. Rückzahlung unabhängig von Beteiligung an den stillen Reserven

Die Finanzverwaltung nahm den Fall Bertelsmann zum Anlass, fortan in bestimmten Konstellationen eine Beteiligung am Liquidationserlös unabhängig von einer Beteiligung an den stillen Reserven anzunehmen.[1611]

a) Ausdrücklicher Ausschluss der Beteiligung an den stillen Reserven

Auch wenn in den Genussrechtsbedingungen ausdrücklich ein Anteil an den stillen Reserven ausgeschlossen ist, nimmt das BMF eine Beteiligung am Liquidationserlös an, wenn das Genussrechtskapital – in der Reihenfolge zunehmender Dauer der Kapitalüberlassung – (1) erst bei Liquidation der Gesellschaft, (2) erst nach über 30 Jahren oder (3) überhaupt nicht zurückzuzahlen ist.[1612]

aa) Rückzahlung erst bei Liquidation

(1) Die Differenzierung der Begriffe „Liquidationserlös“ und „Liquidationsüberschuss“

(a) Das BMF-Schreiben vom 8.12.1986

Aus Sicht des BMF liegt eine Beteiligung am Liquidationserlös vor, wenn das Genussrechtskapital erst im Rahmen der Liquidation zurückzuzahlen ist, auch wenn der Genussrechtsinhaber ausdrücklich keinen Anteil an den stillen Reserven erhalten soll. Der Rückzahlungsanspruch werde erst bei Durchführung der Liquidation bedient, so dass auch nur der Liquidationserlös belastet werde.[1613] Als Begründung formuliert das BMF weiter: „Diese Auslegung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Der dort verwandte Begriff "Liquidationserlös" ist nicht identisch mit dem Begriff "Liquidationsüberschuss"“.[1614] Mit diesem knappen und nicht weiter erläuterten Satz zielt das BMF wohl darauf ab, dass die stillen Reserven nur vom Liquidationsüberschuss, nicht aber vom Liquidationserlös erfasst sind. Daher ist zu untersuchen, ob die beiden Begriffe in der Ausprägung, die sie in Rechtsprechung und Verwaltung erfahren haben, tatsächlich eine divergierende Bedeutung haben.

[1609] *Briesemeister*, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, S. 131.
[1610] *Briesemeister*, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, S. 131.
[1611] *Linscheidt*, DB 1992, 1852 (1854).
[1612] BMF, Schreiben vom 8.12.1986, Az IV B 7-S 2742-26/86.
[1613] BMF, Schreiben vom 8.12.1986, Az IV B 7-S 2742-26/86.
[1614] BMF, Schreiben vom 8.12.1986, Az IV B 7-S 2742-26/86.

(b) Die Literatur

Frantzen erkennt einen Unterschied zwischen dem Liquidationserlös und dem Liquidationsüberschuss.[1615] Dem schließt sich *van Husen* an.[1616] Liquidationserlös sei „das nach Begleichung der Verbindlichkeiten verbleibende Netto-Schlussvermögen der liquidierenden Unternehmung".[1617] Demgegenüber bestehe der Liquidationsüberschuss in der „Differenz zwischen dem Grund-, Stamm-, Gesellschaftskapital, den Gesellschaftseinlagen und dem größeren Liquidationserlös".[1618] Eine Beteiligung am Liquidationsüberschuss könne bejaht werden, wenn der Genussrechtsinhaber einen Anteil am Unterschiedsbetrag zwischen den Gesellschaftseinlagen und dem Liquidationserlös bekomme.[1619] Ist der Genussrechtsberechtigte am Liquidationsüberschuss beteiligt, liege automatisch auch eine Beteiligung am Liquidationserlös vor. Wer am Liquidationsüberschuss teilhabe, sei deswegen auch am Liquidationserlös beteiligt.[1620] Denn der Liquidationsüberschuss sei per definitionem im Netto-Schlussvermögen enthalten.[1621]

(2) Synonymer Gebrauch von „Liquidationserlös" und „Liquidationsüberschuss"

(a) Rechtsprechung des RFH

In seiner Leitentscheidung vom 17.04.1934 hat der RFH darauf verwiesen, dass die Rückzahlung des Genussrechtskapitals aus dem „Liquidationsüberschuss" zu erfolgen habe.[1622] Im selben Kontext hat der RFH jedoch auch auf den Ausdruck „Liquidationserlös" abgestellt.[1623]

(b) Wortwahl des Gesetzgebers

Der Bundesgesetzgeber spricht in einigen Vorschriften vom „Liquidationserlös", etwa in § 12 VI ELFG (Gesetz über die Errichtung eines Erblastentilgungsfonds) und § 20 I Nr. 1 S.1 EStG. Der Bundesgesetzgeber greift hingegen nicht auf den Ausdruck „Liquidationsüberschuss" zurück. Die Rechtsakte der EU hingegen haben ausschließlich den Liquidationsüberschuss zum Gegenstand.[1624]

[1615] *Frantzen,* Genussscheine, S. 131 mit Hinweis auf BMF vom 8.12.1986.
[1616] *van Husen,* Genussrechte Genussscheine Partiziptionskapital, S. 141: „Die beiden Begriffe werden nicht immer streng auseinandergehalten. Eine Unterscheidung empfiehlt sich aber." mit Hinweis auf Frantzen, Genussscheine, S. 131.
[1617] *Frantzen,* Genussscheine, S. 131 mit Hinweis auf Seuffert, StuW 1941, Teil I, 70.
[1618] *Frantzen,* Genussscheine, S. 131 mit Hinweis auf Seuffert, StuW 1941, Teil I, 70.
[1619] *Frantzen,* Genussscheine, S. 132.
[1620] *Frantzen,* Genussscheine, S. 133.
[1621] *Frantzen,* Genussscheine, S. 133.
[1622] RFH, Urteil vom 17.04.1934, Az I A 316/32, RStBl. 1934, 773 (776).
[1623] RFH, Urteil vom 28.04.1936, Az I A 138/35, RStBl. 1936, 757.
[1624] Verordnung (EG) Nr. 2223/96 des Rates vom 25. Juni 1996 zum Europäischen System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen auf nationaler und regionaler Ebene in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. L 310 vom 30.11.1996, S. 1; Beschluss 2010/605/EU der Kommission vom 26. Januar 2010 über die staatliche Beihilfe C 56/07 (ex E 15/05) Frankreichs zu-

(c) Die Ausdrucksweise der Literatur

In der Literatur wird „Liquidationsüberschuss“ und „Liquidationserlös“ weitgehend synonym gebraucht. *Maul* rekurriert in der Überschrift eines Abschnitts zum Recht der Aktionäre auf den Liquidationsüberschuss (§ 271 AktG) auf den Begriff „Liquidationsüberschuss“, um in die folgenden Ausführungen mit dem Ausdruck „Liquidationserlös“ oder „Abwicklungsüberschuss“ zu arbeiten.[1625] *Erle/Helm* argumentieren zum Anspruch auf Vermögensverteilung im Zuge der Liquidation einer GmbH (§ 72 GmbHG) im selben Abschnitt einmal mit „Liquidationserlös“, einmal mit „Liquidationsüberschuss“, ohne dass damit ein Bedeutungsunterschied verbunden wäre.[1626] Bezüglich der Liquidation der GmbH wechselt *Rühland* in seiner Kommentierung zwischen den Ausdruck „Liquidationsüberschuss“ und „Liquidationserlös“.[1627] Auch *Lieder* bedient sich beider Begriffe, um zur Liquidation einer GmbH Stellung zu nehmen.[1628] Bei der Frage nach Konsequenzen der Liquidation für das steuerliche Einlagenkonto (§ 27 I 1 KStG) und den Sonderausweis (§ 28 I 3 KStG) bezieht *Rauh* Abschlagszahlungen zunächst auf den Liquidationsüberschuss,[1629] weiter im Text auf den Liquidationserlös.[1630] *Schwaiger* bezeichnet Genussrechte mit „Beteiligung am Liquidationserlös“ auch als solche mit „Beteiligung am Liquidationsüberschuss“.[1631]

(d) Die Bezeichnungen der Bundes-Finanzverwaltung

Auch die Bundes-Finanzverwaltung zeigt sich im Bereich der Körperschaftsteuer flexibel; sowohl der „Liquidationsüberschuss“[1632] als auch der „Liquidationserlös“[1633] haben in Verwaltungsvorschriften Eingang gefunden.

---

gunsten von La Poste, ABl. L 274 vom 19.10.2010, S. 1–53; Leitlinie der Europäischen Zentralbank vom 1. August 2007 über die monetäre Statistik, die Statistik über Finanzinstitute und die Finanzmarktstatistik, EZB/2007/9, 2007/830/EG, ABl. L 341 vom 27.12.2007, S. 1.

[1625] Maul, in: Müller/Rödder, Beck'sches Handbuch der AG, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn. 105.

[1626] Erle/Helm, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 16 Rn. 50.

[1627] *Rühland*, in: Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Hrsg.: Ziemons/Jaeger Stand: 01.03.2013, Edition: 14, Rn. 15 f.

[1628] *Lieder*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2011, § 57m Rn. 21-23.

[1629] *Rauh*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Liquidation, Rn. 7.

[1630] *Rauh*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Liquidation, Rn. 17.

[1631] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7 Rn. 258.

[1632] BMF, Schreiben vom 08.09.2006, Az IV B 2-S 2133-10/06; EStH 2005 H 4.2 (15); KStR 1995 Abschn. 82; KStR 1995 Abschn. 95a; BMF, Schreiben vom 30.11.1992, Az IV B 2-S 1901-244/92; EStH 2004 H 13 (15); BMF, Schreiben vom 01.07.1997, Az IV B 2-S 1901-46/97; KStR 1990 Abschn. 82; KStR 1990 Abschn. 95a; BMF, Schreiben vom 8.12.1986, Az IV B 7-S 2742-26/86; BMF, Schreiben vom 07.06.1984, Az IV B 7-S 2630-16/84.

[1633] KStH 2008 Anhang 16; KStH 2006 Anhang 12, 20; KStH 2004 Anhang 12, 20; BMF, Schreiben vom 26.08.2003, Az IV A 2-S 2760-4/03; BMF, Schreiben vom 27.12.1995, Az IV B 7-S 2742-76/95; KStR 1995 Abschn. 77; KStR 1995 Abschn. 95a; KStR 1990 Abschn. 77; KStR 1990 Abschn. 95a; BMF, Schreiben vom 08.12.1986, Az IV B 7-S 2742-26/86; BMF, Schreiben

(e) Die Rechtsprechung des BFH

Bei der Rechtsprechung ergibt sich ein ähnliches Bild: während der BFH im Hinblick auf die Körperschaftsteuer selten mit dem Liquidationsüberschuss argumentiert,[1634] ist der Liquidationserlös in den Entscheidungsgründen häufiger anzutreffen.[1635]

(f) Ergebnis

Insgesamt ist festzustellen, dass sich aus dem Wortgebrauch der Verwaltung und der Rechtsprechung keine stringente Unterscheidung zwischen dem Begriff des „Liquidationserlöses" und dem des „Liquidationsüberschusses" ergibt. Wenn das BMF in seinem Schreiben vom 8.12.1986 den Versuch einer begrifflichen Distinktion unternimmt, der auf mehr zielt als bloße Um-Etikettierung derselben Sache, so ist dieser Vorstoß vereinzelt geblieben. Weder die Rechtsprechung noch die Literatur haben vor dem BMF-Schreiben eine solche Unterscheidung gepflegt oder danach eine solche Unterscheidung aufgegriffen. Auch die Finanzverwaltung selber hält sich in späteren Verwaltungsvorschriften nicht an die behauptete Terminologie. Daher ist davon auszugehen, dass beide Begriffe dieselbe Bedeutung haben.

(3) Die Ermittlung des Liquidationserlöses

Wird ein Geschäft aufgelöst, stellt der aus dem Vorgang gewonnene Erlös den „Liquidationserlös" dar.[1636]

Liegt ein Auflösungsgrund vor, wird die Gesellschaft aufgelöst (§ 60 GmbHG, § 262 AktG). Die Auflösung ist der Auftakt zum Liquidationsverfahren (§§ 66 ff GmbHG, §§ 264 ff AktG). Die Liquidatoren (§ 66 GmbHG) bzw. die Abwickler (§ 265 AktG) haben nun die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen (§ 70 S.1 GmbHG, § 268 I 1 AktG). Zunächst ist in der Li-

---

vom 17.02.1986, Az IV B 7-S 2742-1/86; BMF, Schreiben vom 23.02.1983, Az IV C 5-S 1341-4/83.

[1634] BFH, Urteil vom 30.11.2011, Az: I R 100/10, DStR 2012, 450; 16.05.2007, Az: I R 36/06, BFH/NV 2007, 2252; vom 10.11.2005, Az: IV R 13/04, DStR 2006, 75; Beschluss vom 04.08.2005, Az: VIII B 218/04; Urteil vom 01.03.2005, Az: VIII R 92/03, DStR 2005, 727; vom 19.05.1998, Az: I R 86/97, DStR 1998, 1670; vom 19.10.1995, Az: II R 63/92, BFH/NV 1996, 433; vom 30.03.1993, Az: IV R 57/91, NJW 1994, 406; vom 28.01.1992, Az: VIII R 207/85, GmbHR 1992, 472; vom 13.11.1991, Az: I R 45/90, BFHE 166, 335; Beschluss vom 14.08.1991, Az: I B 240/90, NJW 1992, 1191; vom 18.10.1989, Az: IV B 149/88, NJW 1990, 535; Urteil vom 07.02.1973, Az: II R 60/72, DStR 1973, 384.

[1635] BFH, Urteil vom 28.10.2009, Az: I R 116/08; vom 16.10.2008, Az: IV R 74/06; vom 22.02.2006, Az: I R 67/05; vom 08.05.2003, Az: IV R 35/01; vom 18.12.2002, Az: I R 11/02; vom 22.10.1998, Az: I R 15/98; BFH Großer Senat, Beschluss vom 09.06.1997, Az: GrS 1/94; BFH, Urteil vom 08.02.1995, I R 73/94; vom 19.01.1994, Az: I R 67/92; vom 09.08.1989, Az: I R 4/84; vom 11.02.1987, Az: I R 43/83, vom 14.06.1984, Az: I R 79/80, vom 27.03.1979, Az: VIII R 95/76; vom 24.01.1979, Az: I R 202/75; vom 03.02.1977, Az: IV R 153/74; vom 06.12.1972, Az: I R 182/70; vom 08.12.1971, Az: I R 164/69; vom 14.05.1969; I R 77/67; vom 12.07.1967, Az: I 204/64; vom 02.11.1966, Az: I 244/62; vom 22.03.1966, Az: I 60/64; vom 31.07.1963, Az: I 17/62 U; vom 27.06.1960, Az: I 113/59 S, vom 12.01.1954, Az: I 88/53 U.

[1636] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 62.

quidation das Gesellschaftsvermögen vollständig zu versilbern („Versilberungsbetrag“);[1637] dies ist das Brutto-Vermögen. Nun wird dieser Betrag dezimiert.

Auf der ersten Stufe sind die Schulden der Gesellschaft zu berichtigen. Was übrig bleibt, ist der Abwicklungsüberschuss; dabei handelt es sich um das Netto-Vermögen. Dieses wird auch Liquidationsgewinn,[1638] Liquidationserlös oder Liquidationsüberschuss genannt und entspricht dem Abwicklungs-Endvermögen in § 11 III KStG. Dieser Residualbetrag wird auf der zweiten Stufe an die Gesellschafter verteilt (§ 72 GmbHG, § 271 AktG).

Es stellt sich nun die Frage, ob der Genussrechtsinhaber auf der ersten Stufe – zusammen mit den Gläubigern – oder auf der zweiten Stufe – zusammen mit den Gesellschaftern – bedient wird. Auf diese Rangfolge zielt letztlich die begriffliche Differenzierung von *Frantzen* ab. Nach seiner Definition nimmt ein Genussrechtsinhaber am Liquidationsüberschuss teil, wenn ihm ein Anteil an der „Differenz zwischen den Gesellschaftseinlagen und dem größeren Liquidationserlös“ zufließt. Vom Liquidationserlös werden demnach zunächst die Einlagen der Gesellschafter ausgekehrt, bevor der Teilhabeanspruch des Genussrechtsinhabers an die Reihe kommt. Der Genussrechtsberechtigte kommt – in Beug auf die Rückzahlung des eingezahlten Nennkapitals – im Rang nach den Gläubigern und nach den Gesellschaftern.

Bei einer Beteiligung am Liquidationserlös in der Terminologie von *Frantzen* steht das Genussrecht im Rang nach dem Fremdkapital, aber im selben Rang mit dem Eigenkapital. In beiden Fällen bejaht *Frantzen* eine Beteiligung am Liquidationserlös i.S.d. § 8 III 2 Hs. 2 KStG. Dem ist im Ergebnis – also in Bezug auf die Rangfolge – zuzustimmen; die Differenzierung zwischen Liquidationsüberschuss und Liquidationserlös bringt demgegenüber im Hinblick auf die – allein relevante – Reihenfolge der Bedienung von Gläubigern, Gesellschaftern und Genussrechtsinhabern keine zusätzliche Information.

Die wertungsmäßige Gleichstellung von Gläubiger und Genussrechtsinhaber lässt sich nur realisieren, wenn die Rückzahlung des Genussrechtskapitals auf der zweiten Stufe erfolgt. Dieses Ergebnis legt auch der Belastungsvergleich nahe. Nur wenn der Genussrechtsinhaber auf einer Stufe mit den Gesellschaftern ausbezahlt wird, ist die Belastung der Gesellschaft durch die Begebung des Genussrechts nicht größer als durch die Ausgabe junger Aktien.[1639]

[1637] *Groh*, BB 1993, 1882 (1890).
[1638] *Groh*, BB 1993, 1882 (1890).
[1639] *Groh*, BB 1993, 1882 (1890).

bb) Wirtschaftlich bedeutungsloser Rückzahlungsanspruch

Hat der Rückzahlungsanspruch wirtschaftlich kein Gewicht, stellt er sich im Rahmen des Belastungsvergleichs aus der Sicht des Unternehmens wie eine Beteiligung dar.[1640] Von einer Schuld kann bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise nur die Rede sein, wenn der Rückzahlungsanspruch in der Bilanz als spürbare wirtschaftliche Belastung zu erfassen ist. Unklar ist aber, warum das BMF bei einer Laufzeit von über 30 Jahren davon ausgeht, der Rückzahlungsanspruch sei wirtschaftlich ohne Bedeutung.[1641] Denn ein langer Zeitraum bis zur Fälligkeit der Schuld hat keinen Einfluss darauf, dass die Schuld in der Bilanz als feststehende Verbindlichkeit zu passivieren ist: certus an, certus quando.

Im Übrigen ist das Kriterium „wirtschaftlich ohne Bedeutung" ohne genaue Konturen.[1642] Nimmt man eine solche Situation an, wenn der Genussrechtsgläubiger insolvent ist, könnte auf die geklärte Rechtslage bezüglich der Eröffnungsgründe für ein Insolvenzverfahren zurückgegriffen werden. So kämen als Kriterien in Betracht: Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO).

Problematisch ist die Fallkonstellation des Rückzahlungsanspruchs „ohne wirtschaftliche Bedeutung" noch aus einem anderen Grund. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten sich die Parteien beim Abschluss ihrer Genussrechtsvereinbarung darauf verlassen können, dass sich die steuerliche Behandlung von Ausschüttungen und Genussrechtskapital danach richtet, was Gegenstand der Vereinbarung ist. Bereits zu diesem Zeitpunkt muss feststehen, ob das Genussrecht vom Steuerrecht als beteiligungsähnlich oder obligationsähnlich behandelt wird. Es würde zu gravierender Unsicherheit führen, könnte die wirtschaftliche Entwicklung des Genussrechtsgläubigers Einfluss auf die steuerliche Beurteilung des Genussrechts nehmen. Es kann nicht angehen, dass sich je nach der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens das Genussrecht in einem Wirtschaftsjahr als beteiligungsähnlich, in einem anderen als obligationsähnlich erfasst werden muss.

Dazu kommt noch, dass eine derart unstete Bilanzierung des Genussrechts wirtschaftlich unbillig auswirken würde: bei prosperierendem Gang der Geschäfte wäre der Rückzahlungsanspruch wirtschaftlich sicher, so dass eine Beteiligung am Liquidationserlös zu verneinen wäre. Das Genussrecht wäre als obligationsähnliches dem Fremdkapital zuzuweisen; die Ausschüttungen wären als Betriebsausgabe absetzbar.

[1640] *Winter*, GmbHR 1993, 31 (32).
[1641] BMF, Schreiben vom 8.12.1986, Az IV B 7-S 2742-26/86, BB 1987, 667.
[1642] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 134.

Die gute Entwicklung des Unternehmens würde durch die steuerliche Erleichterung gefördert.[1643]

Anders stellt sich jedoch die Lage dar, wenn das Unternehmen in die Nähe einer Insolvenz geriete. In diesem Fall wäre auf einmal der Rückzahlungsanspruch wirtschaftlich bedeutungslos. Infolgedessen wäre eine Beteiligung am Liquidationserlös zu bejahen; das Genussrecht wäre nunmehr als beteiligungsähnlich dem Eigenkapital zugehörig. Die Ausschüttungen würden als Gewinnverwendung nicht mehr das Einkommen mindern; die Umqualifikation des Genussrechtskapital von Fremdkapital zu Eigenkapital würde einen ertragsteuerlich wirksamen Gewinn darstellen: der Passivposten „Genussrechtsverbindlichkeit" entfiele; an seine Stelle träte im Eigenkapital der Posten „Genussrechtskapital". Das der Insolvenz nahe Unternehmen würde mit der zusätzlichen steuerlichen Belastung noch weiter geschwächt.[1644]

cc) Gar kein Rückzahlungsanspruch

A maiore ad minus könnte aus dem BMF-Schreiben vom 8.12.1986 geschlossen werden, die Bundes-Finanzverwaltung gehe davon aus, dass bei gänzlichem Ausschluss eines Rückzahlungsanspruchs eine Beteiligung am Liquidationserlös vorliege. Das erschiene aus Sicht des BMF konsequent.

Dem ist aber nicht zu folgen. Ist der Rückzahlungsanspruch gänzlich ausgeschlossen, kann der Genussrechtsinhaber nicht an den stillen Reserven beteiligt werden. Ein Anteil an den stillen Reserven ist aber Voraussetzung dafür, dass eine Beteiligung am Liquidationserlös angenommen werden kann. Für dieses Ergebnis streitet auch der Belastungsvergleich. Der Anteilsinhaber hat spätestens zum Zeitpunkt der Liquidation einen Anspruch auf Beteiligung am Liquidationserlös. Wird dem Genussrechtsinhaber weder ein Rückzahlungsanspruch zum Nennbetrag noch eine Beteiligung am Liquidationserlös eingeräumt, ist die Belastung des Unternehmens durch das Genussrecht nicht mit der Ausgabe von jungen Aktien vergleichbar.

b) Der Verzicht auf den Rückzahlungsanspruch

Eine Beteiligung am Liquidationserlös bejaht das BMF darüber hinaus in der Konstellation, dass der Alleingesellschafter einer GmbH, der gleichzeitig Genussrechtsinhaber ist, auf die Rückzahlung des Genussrechtskapitals verzichtet.[1645]

Dem ist nicht zu folgen. Denn die Beteiligung des Alleingesellschafters an den stillen Reserven ist nicht i.S.d. § 8 III 2 S 2 KStG „mit dem Genussrecht verbunden". Ob ein Genussrecht als beteiligungsähnlich qualifiziert werden kann, entscheidet sich danach, ob das Genussrecht dem Inhaber einen Anteil an den stillen Reserven des Un-

[1643] Schrecker, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 134.
[1644] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 134.
[1645] BMF, Schreiben vom 27.12.1995, Az IV B 7-S 2742-76/95, BStBl I 1996, 49.

ternehmens verspricht. Umstände außerhalb der Genussrechtsvereinbarung sind demnach irrelevant. Es kann nicht angehen, das zufällige Zusammenfallen von Gesellschafterstellung und Genussrechtsinhaberschaft in die steuerrechtliche Würdigung der Genussrechtsvereinbarung einzubeziehen. In der vom BMF behandelten Konstellation hat die Beteiligung des Genussrechtsinhabers gar nichts mit dem Genussrecht zu tun. Wie das BMF ausführt, ist er „als Alleingesellschafter" am Liquidationserlös beteiligt. Dieser zufällige Umstand ist aber unabhängig vom Genussrecht und hat bei dessen Zuordnung zum Eigen- oder Fremdkapital außer Betracht zu bleiben.[1646]

IV. Kumulatives Vorliegen

Die beiden Voraussetzungen des § 8 III 2 Hs. 2 KStG müssen kumulativ erfüllt sein, damit der Gewinn nicht gemindert werden darf.[1647]

G. Archetypen der ertragsteuerlichen Abbildung von Kapitalumschichtungen

Zu klären ist, ob die ertragsteuerliche Behandlung des Genussrechts als Eigenkapital dazu führt, dass die Gesellschaft einen ertragsteuerlichen Sanierungsgewinn erzielt. Der Debt-Mezzanine-Swap beinhaltet ein zweiaktiges Geschehen. Auf der ersten Stufe verzichtet der Gläubiger auf seine Darlehensforderung. Dies ist die „ergebniswirksame Sanierungskomponente"[1648] des Debt-Mezzanine-Swap. Dem schließt sich auf der zweiten Stufe möglicherweise die „ergebnisneutralisierende Finanzierungskomponente" an.[1649]

Der Verzicht auf die Darlehensforderung bewirkt zunächst einen Sanierungsgewinn. Die Schuldner-Gesellschaft erzielt einen außerordentlichen Ertrag.[1650] Ihr Betriebsvermögen vermehrt sich durch diesen Geschäftsvorfall (§ 8 I 1 KStG i.V.m. §§ 4 I 1, 5 I 1 EStG). Der Forderungsverzicht darf aber nicht isoliert betrachtet werden. Denn der Gläubiger verzichtet nicht grundlos auf die Forderung. Er verzichtet, um im Gegenzug ein Genussrecht zu erhalten. Fraglich ist, auf welche Weise die Kombination aus Forderungsverzicht und Genussrechtserwerb dazu genutzt werden kann, den Debt-Mezzanine-Swap ertragsteuerlich zu neutralisieren.

Im Hintergrund der noch zu eruierenden steuerrechtlichen Konstruktion stehen drei Prinzipien, die nicht den exakten Weg, aber zumindest die Richtung aufzeigen, wie sich der Debt-Mezzanine-Swap ertragsteuerlich auswirken kann: das Kontinuitätsprinzip, das Novationsprinzip und das Einbringungsprinzip.[1651]

[1646] *Schrecker*, Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht, S. 135.
[1647] BFH, Urteil vom 19.01.1994, Az: I R 67/92, BFHE 173, 399.
[1648] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (761).
[1649] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (761).
[1650] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (761).
[1651] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (770).

I. Das Kontinuitätsprinzip

Das Kontinuitätsprinzip setzt voraus, dass die Darlehensverbindlichkeit als solche fortbestehe.[1652] Der Debt-Mezzanine-Swap würde lediglich eine Modifikation der in ihrer Identität nicht berührten Verbindlichkeit bewirken. Der Objektgesellschaft würden keine Wirtschaftsgüter zugeführt; es gingen auch keine ab.[1653] Die Höhe des Eigenkapitals bleibe unverändert; die Darlehensverbindlichkeit sei zum selben Betrag zurückzuzahlen. Es liege in steuerbilanzieller Sicht eine bloße Schuldänderung vor. Eine steuerbilanzielle Novation sei demgegenüber zu verneinen. Das Kontinuitätsprinzip entwirft ein statisches Szenario; es finde keine Veränderung statt, die Anlass gebe, steuerliche Rechtsfolgen zu bewirken.[1654]

II. Das Novationsprinzip

Demgegenüber arbeitet das Novationsprinzip nach *Ekkenga* mit einem dynamischen Szenario. Das Novationsprinzip setze voraus, dass in der Steuerbilanz die bisher bestehende Darlehensverbindlichkeit der Objektgesellschaft erlösche.[1655] An ihre Stelle trete ein Ersatz: das Genussrechtskapital. Jegliche Kontinuität in Bezug auf die Kapitalposition der Objektgesellschaft sei zu verneinen.[1656] Vor dem Debt-Mezzanine-Swap habe eine Darlehensverbindlichkeit bestanden, danach ein Genussrecht. Die Kapitalumschichtung sei das Ergebnis eines Vorgangs. Dieser Vorgang sei allerdings nur hypothetisch; er diene der Erklärung der ertragsteuerlichen Würdigung. Hypothetisch würden also zwei Transferleistungen angenommen. Zunächst überlasse der Gläubiger der Schuldner-Gesellschaft (Objektgesellschaft) Mittel. Daran knüpft die Gesellschaft an, indem sie die überlassenen Mittel zur Berichtigung der Verbindlichkeit verwende. Es finde kein realer Austausch von Sachgütern statt, so dass keine Bewertung von Wirtschaftsgütern stattfinden müsse.[1657] Die Zahlungsbeträge entsprächen den Nennbeträgen der Forderungen, die sich gegenüberstünden.[1658] Für die Objektgesellschaft sei der Vorgang erfolgsneutral.[1659] Ausnahmsweise resultiere aus dem Debt-Mezzanine-Swap ein Buchgewinn; dies sei dann der Fall, wenn die Forderung nicht mehr voll werthaltig sei und deshalb vom Gläubiger auf den Teilwert abgeschrieben sei.[1660]

[1652] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (770).
[1653] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (770).
[1654] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (770).
[1655] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (770).
[1656] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (770).
[1657] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).
[1658] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).
[1659] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).
[1660] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).

III. Das Einbringungsprinzip

Das Einbringungsprinzip basiere auf der Prämisse, dass der Debt-Mezzanine-Swap aus Sicht der Objektgesellschaft mit einer Einlage verbunden sei.[1661] Einbringungsgegenstand sei die Forderung des Gläubigers.[1662] Damit eine Einlage angenommen werden könne, sei ein „hinreichend enger Zusammenhang" zwischen dem Genussrechtskapital und der „Mitgliedschaft in der Objektgesellschaft" erforderlich.[1663]

H. Ertragsteuerliche Neutralisierung des Zuflusses an Genussrechtskapital

I. Das Kontinuitätsprinzip

Gehorcht der zu untersuchende Debt-Mezzanine-Swap dem Kontinuitätsprinzip, ergeben sich keinerlei ertragsteuerliche Auswirkungen. Das Kontinuitätsprinzip verlangt – positiv ausgedrückt –, dass die ursprünglich bestehende Verbindlichkeit in ihrer Identität fortbesteht, bzw. – negativ formuliert – dass keine bilanzielle Novation in Erscheinung tritt.

1. Die handelsbilanzielle Novation

In der Handelsbilanz ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Der Debt-Mezzanine-Swap ist bei wirtschaftlicher Betrachtung eine handelsbilanzielle Novation. Eine handelsbilanzielle Novation liegt vor, wenn sich die wirtschaftliche Identität des Bilanzpostens ändert.[1664] Fraglich ist also, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung nach Vollzug des Debt-Mezzanine-Swap die Verbindlichkeit in ihrer Identität fortbesteht.

a) Die Schuldänderung

Eine handelsbilanzielle Schuldänderung wäre in folgenden – von Häuselmann beispielhaft genannten – Konstellationen zu bejahen:[1665] (1) Die Fälligkeit der Darlehenszinsen wird hinausgeschoben, indem an die Stelle einer Ratenzahlung eine endfällige Zahlung tritt. (2) Die Höhe der Zinszahlungen wird modifiziert, indem statt einer Festverzinsung ein variabler Zins geschuldet ist. (3) Das Entgelt für die Kapitalüberlassung wird umgestaltet, so dass die Zinszahlung von einer Gewinnbeteiligung abgelöst wird. (4) Die Fälligkeit der Hauptforderung wird der Zahlungskapazität des Schuldners angepasst, indem die Laufzeit des Darlehens verlängert wird (Prolongation). (5) Die Tilgungsmodalitäten werden neu vereinbart, wodurch das Darlehen nicht mehr endfällig ist (Festsatzdarlehen), sondern ratenweise zurückgezahlt wird (Tilgungsdarlehen). (6) Der Gläubiger verzichtet auf die Forderung unter der auflösen-

[1661] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).
[1662] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).
[1663] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).
[1664] *Häuselmann*, BB 2010, 944 (945).
[1665] *Häuselmann*, BB 2010, 944 (944 f).

den Bedingung der wirtschaftlichen Erholung des Schuldners (Forderungsverzicht mit Besserungsabrede). (7) Gläubiger und Schuldner vereinbaren einen Rangrücktritt des Darlehens. (8) Der Schuldner stellt Sicherheiten. (9) Die Nebenbestimmungen des Darlehens werden der veränderten Interessenlage angepasst, etwa durch erweiterte Informationsrechte des Gläubigers.

Die genannten Modifikationen haben als Gemeinsamkeit, dass die Darlehensverbindlichkeit als solche in ihrer wirtschaftlichen Identität unberührt bleibt von den Veränderungen. Die Darlehensverbindlichkeit bleibt ein Fremdkapitalposten.

b) Die Novation

Damit eine handelsbilanzielle Novation bejaht werden kann, muss – bei wirtschaftlicher Betrachtung – der Charakter der Kapitalüberlassungsbeziehung eine Änderung erfahren. Die Änderung muss derart gravierend sein, dass ein Identitätsverlust der ursprünglichen Verbindlichkeit feststellbar ist.[1666] Eine bloße Änderung der Modalitäten reicht nicht. Es gibt zwei Anhaltspunkte dafür, dass ein Eingriff in den wirtschaftlichen Charakter der Kapitalüberlassung stattgefunden hat. Zum einen indiziert der Abgang oder Zugang eines Vermögensgegenstandes oder einer Schuld, dass die wirtschaftliche Identität betroffen ist.[1667] Zum anderen signalisiert die bilanzielle Erfolgswirksamkeit eines Vorgangs, dass die Grenze bloßer Modifizierungen der Überlassungsbedingungen überschritten ist.[1668]

aa) Das obligationsähnliche Genussrecht

Wird im Zuge des Debt-Mezzanine-Swaps die Darlehensverbindlichkeit in ein obligationsähnliches Genussrecht umgewandelt, ist der Vorgang nicht erfolgswirksam. Es findet ein bloßer Passivtausch statt. Vor dem Debt-Mezzanine-Swap war die Verbindlichkeit als Fremdkapitalposten zu passivieren; danach ist das Genussrechtskapital als Fremdkapital auszuweisen. Der wirtschaftliche Charakter des überlassenen Kapitals als Fremdkapital wird in dieser Konstellation durch den Debt-Mezzanine-Swap nicht berührt.

bb) Das eigenkapitalähnliche Genussrechte

Führt der Debt-Mezzanine-Swap zu einem eigenkapitalähnlichen Genussrecht, wird das Kapitalüberlassungsverhältnis grundlegend geändert. Aus dem Fremdkapitalposten „Darlehensverbindlichkeit“ ist der Eigenkapitalposten „Genussrechtskapital“ geworden. Der Zweck des Debt-Mezzanine-Swaps liegt darin, einen Beitrag zur Sanierung des Unternehmens zu leisten. Dafür ist erforderlich, dass die Darlehensverbindlichkeit aus der Bilanz abgeht. An ihre Stelle soll Kapital treten, dessen Überlassungs-

[1666] *Häuselmann*, BB 2010, 944 (945).
[1667] *Häuselmann*, BB 2010, 944 (945).
[1668] *Häuselmann*, BB 2010, 944 (945).

bedingungen nach dem Willen der Vertragsparteien so ausgestaltet sind, dass es handelsbilanziell als Eigenkapital zu werten ist. In wirtschaftlicher Hinsicht besteht der grundlegende Unterschied zwischen einem Darlehen und einem beteiligungsähnlichen Genussrecht darin, dass das Genussrechtskapital die Funktionen von Eigenkapital erfüllt. Insbesondere steht es anderen Gläubigern als Haftungssubstanz zur Verfügung. Im Fall des Eigenkapital-Genussrechts liegt handelsbilanziell mehr als eine bloße Schuldänderung vor; eine bilanzielle Novation ist zu bejahen.[1669]

2. Die steuerbilanzielle Novation

Aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips bewirkt eine Novation in der Handelsbilanz auch eine Novation in der Steuerbilanz.[1670] Das Maßgeblichkeitsprinzip wird aber für Genussrechte durch § 8 III 2 Hs. 2 KStG durchbrochen.

a) Das obligationsähnliche Genussrecht

Tritt an die Stelle der Darlehensverbindlichkeit ein – aus steuerlicher Sicht – obligationsähnliches Genussrecht, so ist der wirtschaftliche Charakter der Kapitalüberlassung nicht betroffen.

b) Das beteiligungsähnliche Genussrecht

Führt der Debt-Mezzanine-Swap hingegen zu einem – gemessen an den steuerlichen Kriterien in § 8 III 2 Hs. 2 KStG – beteiligungsähnlichen Genussrecht, ändert sich die wirtschaftliche Identität der Kapitalüberlassung derart schwerwiegend, dass eine steuerbilanzielle Novation zu bejahen ist. Denn die Ausbuchung der Darlehensverbindlichkeit führt zum Wegfall eines Fremdkapital-Postens. Die Schuld ist als passives Wirtschaftsgut aus der Bilanz abgegangen. Die Bilanzierung des Genussrechtskapitals im steuerbilanziellen Eigenkapital erhöht gleichzeitig den Betrag des Eigenkapitals. Der Vorgang ist ertragswirksam.

II. Das Novationsprinzip

Das Novationsprinzip arbeitet damit, dass eine bestehende Verbindlichkeit erlischt und an ihre Stelle eine durch Rechtsgeschäft neu begründete Verbindlichkeit tritt. Stimmen die Nennbeträge überein, ergeben sich keine Komplikationen bezüglich der Bewertung. Auf diese Weise ließe sich begründen, dass ein Debt-Mezzanine-Swap ertragsteuerlich keine Auswirkungen hat.

Bei Anwendung des Novationsprinzips auf den Debt-Mezzanine-Swap sei jedoch eine Parallele zu ziehen zum kaufähnlichen Vorgang beim Debt-Equity-Swap.[1671] Auf diese

---

[1669] *Diffring*, Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 234.
[1670] *Häuselmann*, BB 2010, 944 (945 f).
[1671] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771)

Weise sei der Debt-Mezzanine-Swap als fiktive „Hin- und Herzahlung“ zu erklären.[1672] Als erstes sei der Gläubiger am Zuge, der der Gesellschaft Mittel zuführe. Im zweiten Schritt verwende die Objektgesellschaft das eingezahlte Geld zur Berichtigung der ursprünglichen Darlehensverbindlichkeit.[1673]

Dem ist nicht zu folgen. Es ist nicht erkennbar, was die fiktive Hin- und Herzahlung mit einer Novation zu tun haben soll. Die zivilrechtliche Novation beruht darauf, dass ein ursprünglich bestehendes Rechtsverhältnis zum Erlöschen gebracht und an dessen Stelle ein neues begründet wird. Für die steuerbilanzielle Würdigung des Debt-Mezzanine-Swap kommt es aber auch darauf nicht an. Denn entscheidend ist allein, ob eine bilanzielle Novation vorliegt. Dies ist der Fall, wenn sich die wirtschaftliche Identität des Kapitalüberlassungsverhältnisses ändert. Sollte das Novationsprinzip die Frage im Blick haben, ob zwischen der ursprünglichen Darlehensforderung und der Forderung auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals Kontinuität besteht, so sind damit dieselben Sachfragen angesprochen wie beim bereits erörterten Kontinuitätsprinzip.

Das Verständnis des Debt-Mezzanine-Swap als Hin- und Herzahlung zielt letztlich darauf ab, das Geschäft als tauschähnlichen Vorgang einzuordnen. Darauf wird im Hinblick auf die Frage der Bewertung offener Einlagen noch ausführlich zurückzukommen sein. An dieser Stelle genügt der Hinweis, dass in Bezug auf die Bewertung der Darlehensforderung mit der Qualifizierung des Debt-Mezzanine-Swap als tauschähnlicher Vorgang nichts gewonnen ist. Aus Sicht der Objektgesellschaft läge unter Zugrundelegung eines tauschähnlichen Vorgangs ein Anschaffungsgeschäft vor; die angeschaffte Forderung wäre dann mit den Anschaffungskosten, letztlich also mit dem gemeinen Wert zu bewerten (§ 6 VI 1 EStG). Es lässt sich auch unter der Prämisse eines tauschähnlichen Vorgangs nicht unbesehen vom Nennwert der Darlehensforderung ausgehen.[1674]

Unklar bleibt auch, was die Darstellung des Debt-Mezzanine-Swap als fiktive Hin- und Herzahlung im Hinblick auf die ertragsteuerliche Wirksamkeit bedeutet. Zu eruieren ist zunächst, welche Forderungen überhaupt als Gegenstand der Hin- und Herzahlung in Betracht kommen. In Betracht kommt zunächst die ursprüngliche Forderung des Gläubigers gegen die Objektgesellschaft. Aus dem Genussrechtsvertrag resultieren zwei weitere Forderungen: zum einen die Forderung der Objekt-Gesellschaft auf Einzahlung des Genussrechtskapitals und zum anderen die Forderung des Gläubigers auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals nach Ablauf der vereinbarten Überlassungsdauer. Bei der fiktiven Hinzahlung ist wohl die Leistung des Gläubigers auf die Forde-

[1672] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771)
[1673] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771)
[1674] a.A. *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (771).

rung der Objektgesellschaft aus dem Genussrechtsvertrags gemeint, die auf Einzahlung des Genussrechtskapitals geht. Die fiktive Herzahlung bezeichnet die Leistung der Objektgesellschaft zur Erfüllung der Darlehensverbindlichkeit.

Die beiden genannten Forderungen stehen einander gegenüber. Es besteht eine Aufrechnungslage; die Aufrechnung zweier gleich hoher Forderungen ist ein in der Bilanz neutraler Vorgang: in der Bilanz des Aufrechnenden geht die Gegenforderung als Aktivposten ab, gleichzeitig ist die Hauptforderung als Passivposten auszubuchen. Die Bilanzsumme verringert sich auf Aktiv- und Passivseite gleichermaßen; es findet eine Bilanzverkürzung statt. Das Eigenkapital bleibt konstant. Rechnet die Gesellschaft beim Debt-Equity-Swap mit ihrer Einlagenforderung gegen eine Gesellschafterforderung auf, muss die Gesellschafterforderung fällig, liquide (unstreitig) und vollwertig sein.[1675] Demgegenüber ist dem Gesellschafter verwehrt, mit einer bereits bestehenden oder neu geschaffenen Kaufpreisforderung gegen die Bareinlageforderung der Gesellschaft aufzurechnen (§ 19 V GmbHG). Derlei Restriktionen bestehen beim Debt-Mezzanine-Swap nicht; denn hier steht keine Kapitalerhöhung im Hintergrund, so dass auch die Vorschriften der Kapitalaufbringung nicht zu beachten sind. Demnach könnte beim Debt-Mezzanine-Swap ungeachtet der Werthaltigkeit der Gläubigerforderung eine Aufrechnung von beiden Seiten in Höhe des Betrags, zu dem sich beide Forderungen überschneiden, erklärt werden.

Diese Betrachtung ist aber fiktiv. Realiter erlischt die Darlehensforderung nicht durch Erfüllung, sondern durch Verzicht oder Konfusion. Die Vorgänge um die Darlehensforderung sind zwar nach der Intention der Parteien mit dem Genussrechtsgeschäft verbunden, doch darf das nicht den Blick darauf verstellen, dass beide Geschäfte in Voraussetzungen und Rechtsfolgen voneinander zu trennen sind. Die Abtretung der Darlehensforderung führt zu deren Erlöschen und damit zum Abgang eines Fremdkapitalpostens aus der Bilanz. In Höhe des Nennwerts ergibt sich daraus ein bilanzieller Gewinn, weil in dieser Höhe keine Aktiva mehr gebunden sind.

Die Bilanzsumme auf der Passivseite muss jedoch trotz Wegfalls des Passivpostens „Darlehensforderung“ konstant bleiben. Dies wird technisch durch das Eigenkapital als Ausgleichsposten realisiert. Das Eigenkapital erhöht sich also um den Nennbetrag der weggefallenen Verbindlichkeit. In dieser Höhe wird innerhalb des Eigenkapitals der Posten „Genussrechtskapital“ ausgewiesen. Das Genussrechtskapital ist wirtschaftlich die Kehrseite des Forderungsverzichts. Als Folge des Debt-Mezzanine-Swap ist das steuerliche Eigenkapital um den Nennbetrag der Darlehensforderung – dem der Betrag des Genussrechtskapitals entspricht – vermehrt.

[1675] *Groh*, BB 1997, 2523 (2526).

Diese Tatsache kann nicht dadurch kaschiert werden, dass zwei fiktive gegenläufige Zahlungsvorgänge sich neutralisieren. Zutreffend an der fiktiven Hin- und Herzahlung ist vielmehr nur der erste Schritt, nämlich die fiktive Zahlung des Gläubigers auf die Einzahlungsforderung des Genussrechts. Dem korreliert in der Steuerbilanz der Verzicht des Gläubigers auf die Darlehensforderung; der dadurch der Gesellschaft verschaffte Vorteil kann angerechnet werden auf die Einzahlungsforderung des Genussrechts.

Demgegenüber hat der zweite Schritt, nämlich die fiktive Zahlung der Darlehensforderung, keine Entsprechung in der steuerbilanziellen Wirklichkeit. Die fiktive Tilgung der Darlehensverbindlichkeit stellt auf die Sichtweise der Objektgesellschaft ab. Richtigerweise ist aber die Perspektive des Gläubigers zugrunde zu legen. Denn der Gläubiger ist als Forderungsinhaber derjenige, der über die Forderung verfügen kann. Indem der Gläubiger die Forderung an die Objektgesellschaft abtritt, veräußert er sie. Der Gläubiger erzielt dadurch einen fiktiven Veräußerungspreis. Dieser Veräußerungspreis wird angerechnet auf die Einzahlungsverpflichtung beim Genussrecht. Haben Genussrecht und Darlehensforderung denselben Nennbetrag, entspricht der Veräußerungspreis exakt dem Einzahlungsbetrag. In diesem Fall veräußert der Gläubiger seine Forderung um den Preis des Einzahlungsbetrags.

Als Erklärung der Zahlungsvorgänge bieten sich zwei Wege an, die beide beim Genussrechtsgeschäft ansetzen. Zum einen kann bezüglich der Einzahlungsforderung eine fiktive Verrechnungsabrede unterstellt werden. Auf diese Weise würde der sich aus der fiktiven Forderungsveräußerung ergebende Veräußerungserlös angerechnet werden auf die Einzahlungsverpflichtung. Zum anderen kommt bezüglich der Einzahlung des Genussrechtskapitals eine fiktive Annahme an Erfüllungs statt in Betracht. Die Objektgesellschaft nimmt die Forderung entgegen als datio in solutum auf den Anspruch auf Einzahlung des Genussrechtskapitals.

Das Genussrechtsgeschäft führt als solches zu einer Erhöhung des steuerbilanziellen Eigenkapitals. Der Objektgesellschaft wird Eigenkapital auf Zeit überlassen.

Der Debt-Mezzanine-Swap führt lediglich zu einer Verknüpfung der Forderungsabtretung und dem Genussrechtsgeschäft. Der durch den Forderungserlass begünstigte Schuldner und der durch Überlassung des Genussrechtskapitals begünstigte Genussrechtsverpflichtete fallen in einem Rechtsträger zusammen. Das führt aber nicht zu einer doppelten Bereicherung. Vielmehr stellen Abgang der Darlehensverbindlichkeit aus der Bilanz und Zugang des Genussrechtskapitals die zwei Seiten derselben Medaille „Debt-Mezzanine-Swap“ dar. Es handelt sich um einen Passivtausch, denn sowohl die Darlehensverbindlichkeit als auch das Genussrechtskapital stellen Passivposten dar. Der Passivtausch ist aber ertragswirksam, wenn das Genussrechtskapital

nach den Kriterien des § 8 III 2 Hs. 2 KStG im Eigenkapital auszuweisen ist. Es liegt dann eine steuerbilanzielle Novation vor.

III. Das Einbringungsprinzip

Das steuerrechtliche Instrument der Neutralisierung der aus dem Gesellschaftsverhältnis herrührenden Mehrungen des Betriebsvermögens ist die Einlage in § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 8 EStG.

I. Der Begriff der Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG

Im Körperschaftsteuerrecht besteht kein eigenständiger Begriff der Einlage.[1676] Doch ordnet § 8 I 1 KStG die entsprechende Anwendung von § 4 I 8 EStG an. Einlagen sind danach „alle Wirtschafsgüter [...], die der Steuerpflichtige dem Betrieb [...] zugeführt hat" (§ 4 I 8 EStG). Diese Definition des Einkommensteuerrechts kann nicht unbesehen auf das Körperschaftsteuerrecht übertragen werden. Denn dort muss Gewinnermittlung die Besonderheiten der Kapitalgesellschaften berücksichtigen.

I. Abweichungen vom einkommensteuerrechtliche Einlagenbegriff

1. Zwei Rechtsträger

Der Einlagenbegriff des § 4 I 8 EStG bezieht sich auf den Einzelkaufmann, der ein Wirtschaftsgut vom privaten in den betrieblichen Bereich transferiert.[1677] Im Körperschaftsteuerrecht ist nicht zutreffend, dass ein Steuerpflichtiger bei der Einlage dem Betrieb Wirtschaftsgüter zuführt. Die Einlage in eine Kapitalgesellschaft bewirkt die Übertragung des Wirtschaftsguts von einem Rechtsträger (Gesellschafter) auf einen anderen (Gesellschaft).[1678] Gesellschafter und Gesellschaft sind voneinander zu trennende Subjekte der Besteuerung.[1679] Der Einlagevorgang ist damit verbunden, dass ein Steuerpflichtiger (Gesellschafter) Wirtschaftsgüter auf einen anderen Steuerpflichtigen (Kapitalgesellschaft) überträgt.[1680]

2. Außerbetriebliche Sphäre

Im Einkommensteuerrecht betreffen Einlagen Mehrungen des Betriebsvermögens, die aus dem außerbetrieblichen Bereich des Unternehmers herrühren.[1681] Kapitalgesellschaften haben aber keine außerbetriebliche Sphäre.[1682] Die Besteuerung der Kapitalgesellschaften verlangt, dass der Unterschiedsbetrag i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG um Auswirkungen aus Vorgängen bereinigt wird, die betriebsfremd sind.[1683] Po-

[1676] *Thiel*, DStR 1992, 1 (1).
[1677] *Thiel*, DStR 1992, 1 (1).
[1678] *Thiel*, DStR 1992, 1 (1).
[1679] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az: I R 3/04, BB 2006, 318.
[1680] *Hoffmann*, BB 1995, 614 (615).
[1681] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az: I R 3/04, BFH/NV 2006, 426.
[1682] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az: I R 3/04, BB 2006, 318.
[1683] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az: I R 3/04, BB 2006, 318.

sitiv formuliert dürfen nur diejenigen Geschäftsvorfälle Eingang in den Betriebsvermögensvergleich finden, die betrieblich veranlasst sind.[1684]

3. Anwendungsbefehl des § 8 I 1 KStG

Jedoch hilft der Anwendungsbefehl in § 8 I 1 KStG über diesen logischen Bruch hinweg.[1685]

II. Modifizierte Definition im Körperschaftsteuerrecht

Einlage ist die „durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Zuwendung eines bilanzierungsfähigen Vermögensvorteils durch einen Gesellschafter oder eine ihm nahe stehende Person".[1686] Bis auf eine kleine sprachliche Modifikation entspricht der Begriff der Einlage im Körperschaftsteuerrecht demjenigen im Einkommensteuerrecht.[1687]

J. Die Merkmale des Einlagenbegriffs im Einzelnen

I. Zuführung eines Wirtschaftsguts

Als Einlagegegenstände kommen nur Wirtschaftsgüter in Frage.[1688] Denn durch die Einlage soll das Ergebnis des Betriebsvermögensvergleichs (§ 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG) korrigiert werden. Gegenstand der Einlage kann demgemäß nur sein, was auch Bestandteil des Betriebsvermögens sein kann. Einlagefähig sind Wirtschaftsgüter, die notwendiges oder gewillkürtes Betriebsvermögen bilden können.[1689] Es muss sich um einen bilanzierungsfähigen Vermögensvorteil handeln.[1690]

Der Debt-Mezzanine-Swap bewirkt zivilrechtlich eine Novation. Die Darlehensforderung erlischt nach dem Willen der Parteien. Daher ist die Frage zu klären, ob das vereinbarte Erlöschen der Darlehensforderung eine Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG darstellen kann.

1. Zuführung von neuem Kapital von außen

Die Einlage setzt die Zuführung eines Wirtschaftsguts voraus. Im Rahmen eines Debt-Mezzanine-Swap ist zu berücksichtigen, dass ursprünglich eine Darlehensverbindlichkeit bestanden hat, die in ein beteiligungsähnliches Genussrecht umgewandelt wird. Das Kapitalüberlassungsverhältnis hat sich zwar in seinem wirtschaftlichen Charakter wesentlich geändert, denn an die Stelle der ursprünglichen Verbindlichkeit ist ein beteiligungsähnliches Genussrecht getreten. Dennoch besteht das Kapitalüberlassungsverhältnis vor und nach dem Debt-Mezzanine-Swap zwischen denselben Be-

---

[1684] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az: I R 3/04, BB 2006, 318.
[1685] BFH Großer Senat, Beschluss vom 09.06.1997, Az: GrS 1/94, DStR 1997, 1282.
[1686] BFH, Urteil vom 23. 2. 2005, Az: I R 44/04, BStBl. II 2005, 522.
[1687] *Wichmann*, BB 1998, 20 (22).
[1688] BFH Großer Senat, Beschluss vom , Az: GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348.
[1689] BFH Großer Senat, Beschluss vom , Az: GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348.
[1690] BFH, Urteil vom 04.03.2008, Az: 04.03.2008, DStR 2008, 965.

teiligten. Das könnte Anlass zur Besorgnis geben, dass nur bereits überlassenes Kapital umgewidmet wurde, statt das Vermögen des Unternehmens durch Zufuhr frischen Kapitals zu verstärken.[1691] Diese Befürchtung wird jedoch aufgrund der bilanziellen Novation im Zuge des Debt-Mezzanine-Swap entkräftet. Entscheidend ist die Bilanzierung der Kapitalposition. Es macht wirtschaftlich keinen Unterschied, ob der Genussrechtsinhaber das Genussrechtskapital frisch einbezahlt oder ob er eine bestehende Forderung gegen die Gesellschaft erlässt und fortan in dieser Höhe Genussrechtskapital hält.

2. Erlöschen der Forderung

a) Die Novation

Folge der Novation ist das Erlöschen der Darlehensforderung. Für den Zweck des Debt-Mezzanine-Swap kommt es nur auf das Ergebnis an, nämlich dass die Forderung beseitigt wird. Wie das rechtstechnisch umgesetzt wird, ist ohne Belang. Im Einzelnen kommen als Gestaltungswege in Betracht: der Aufhebungsvertrag,[1692] der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner über den Verzicht auf die Forderung (Erlass oder Verzicht gem. § 397 I BGB)[1693] und das negative Schuldanerkenntnis (§ 397 II BGB)[1694]. Im Folgenden soll, der Diktion des BFH folgend, vom Verzicht oder Erlass die Rede sein.

b) Einlage durch Forderungsverzicht

Der Große Senat hat in seinem Beschluss zur verdeckten Einlage durch Forderungsverzicht festgestellt, dass eine Einlage „nicht nur durch die Zuführung von Wirtschaftsgütern, sondern auch durch den Verzicht auf Forderungen gegenüber der Gesellschaft“ geleistet werden kann.[1695] Fraglich bleibt, worin der Gegenstand der Einlage besteht. Zum einen lässt sich der Vorgang aus der Perspektive des Gesellschafters beurteilen. Für ihn ist entscheidend, was er in Händen hält, um dieses Wirtschaftsgut zum Gegenstand seines Einlagehandelns zu machen. Insoweit kommt nur die Forderung als Einlageobjekt in Betracht. Zum anderen kann die Sicht der Gesellschaft eingenommen werden. Die Gesellschaft interessiert sich dafür, was als Ergebnis des Einlagevorgangs bei ihr ankommt. Die Einlage bezeichnet für sie die Befreiung von der Verbindlichkeit.[1696] Der Streit muss hier noch nicht entschieden werden, denn in beiden Fällen ist eine Einlage zu bejahen. Die Frage ist jedoch von Relevanz für die Bewertung der Einlage.

[1691] Vgl. *Hoffman*, DB 1998, 1983 (1985) zum Debt-Equity-Swap.
[1692] *Schlüter*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 397 Rn. 18.
[1693] BGH, Urteil vom 04.12.1986, Az III ZR 51/85, NJW 1987, 3203.
[1694] *Gernhuber,* Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, § 16 II 1.
[1695] BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az: GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.
[1696] Hoffmann, BB 1992, 575 (576).

Der Verzicht auf die Forderung hat zur Folge, dass aus der Bilanz der Gesellschaft ein zu passivierender Fremdkapitalposten abgeht.[1697] Dadurch kommt es zu einer Mehrung des bilanziellen Eigenkapitals. Die ansonsten zur Deckung der Verbindlichkeit benötigten Aktiva werden frei.[1698] Der Buchungssatz lautet: „per Gesellschafterverbindlichkeit an Eigenkapital".[1699] Damit liegt eine Betriebsvermögensmehrung vor.

II. Das Einlagesubjekt

Grundsätzlich kann nur ein Gesellschafter oder eine ihm nahestehende Person die Einlagehandlung ausführen.[1700]

1. Das Erfordernis der mitgliedschaftlichen Veranlassung

Zwingendes Tatbestandsmerkmal der Einlage ist, dass die Zuführung des Wirtschaftsguts seine Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis findet. Ursache der Zuwendung muss die Mitgliedschaft sein.

Ist der Einlegende Gesellschafter, kommt die Mitgliedschaft als Triebfeder der Zuwendung in Betracht; die gesellschaftliche ist dann von der betrieblichen Veranlassung abzugrenzen. Denn die Gesellschaft kann mit ihrem Gesellschafter Geschäfte schließen und diesen dabei wie einen beliebigen Dritten behandeln; der Vertrag gestaltet sich dann zu Bedingungen, die marktüblich sind. Es liegt ein Verkehrsgeschäft vor. Ein solches Geschäft hält einem Fremdvergleich statt und ist betrieblich veranlasst. Ein daraus resultierender Vorteil der Gesellschaft schlägt sich in der Bilanz als Betriebseinnahme nieder.

2. Der Genussrechtsinhaber als taugliches Einlagesubjekt

Ist der Einlegende nicht Gesellschafter, stellt sich die Frage, ob in einem solchen Fall überhaupt eine mitgliedschaftliche Veranlassung der Zuwendung bejaht werden kann. Erforderlich ist grundsätzlich, dass das Band der Mitgliedschaft den Einlegenden mit der Gesellschaft verbindet. Das ist bei einem Genussrechtsinhaber, der nicht gleichzeitig Gesellschafter ist, grundsätzlich nicht der Fall. Es ist zu zeigen, dass ein beteiligungsähnliches Genussrecht der Mitgliedschaft gleichzustellen ist. Wenn ein Nicht-Gesellschafter als Inhaber eines beteiligungsähnlichen Genussrechts das Genussrechtskapital in die Gesellschaft einzahlt, ist dieser Vorgang steuerlich als Einlage zu werten.

[1697] BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az: GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.
[1698] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 44.
[1699] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 43 (Fn. 189).
[1700] *Roser*, in: Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009, § 8 KStG, Rn. 95.

a) Die möglichen Beziehungen des Einlegenden zur Gesellschaft

Der Einlagenbegriff erfasst über die aktuelle Mitgliedschaft des Einlegenden hinaus noch weitere Beziehungen zur Objektgesellschaft: das schließt den Noch-Nicht-Gesellschafter, den Nicht-Mehr-Gesellschafter und sogar den Nicht-Gesellschafter ein.[1701] Erst recht kommt der Genussrechtsinhaber in Betracht. Grundsätzlich ist erforderlich, dass das Einlagesubjekt Gesellschafter ist.[1702]

aa) Noch-nicht-Gesellschafter

Ist der Einlegende noch nicht Gesellschafter, muss eine Nähebeziehung zur Gesellschaft entstehen, die eine wertungsmäßige Gleichbehandlung mit der Mitgliedschaft rechtfertigt. Ein derartiges Äquivalent zur Mitgliedschaft ist gegeben, wenn das Gesellschaftsverhältnis zwar noch nicht besteht, aber sicher zu erwarten ist. Wenn nun der Einlegende der Gesellschaft Wirtschaftsgüter zuführt und die Leistung mit Blick auf die künftige Gesellschafterposition erbracht wird, erscheint es gerechtfertigt, die Leistung im Sinne des § 4 I 8 EStG als Gesellschafterleistung zu betrachten. Das Aufgeld zum Erwerb der Optionsanleihe dient der Erlangung einer unentziehbaren Anwartschaft auf die Stellung als Anteilseigner. Der Inhaber einer Optionsanleihe hat eine Anwartschaft auf die Gesellschafterstellung; er erlangt eine unentziehbare Stellung mitgliedschaftsrechtlicher Art.[1703] Vor diesem Hintergrund ist die Zahlung des Aufgeldes eine Leistung, die der eines Gesellschafters gleichzustellen ist.

bb) Nicht-mehr-Gesellschafter

Auch derjenige, der zum aktuellen Zeitpunkt der Zuführung nicht mehr Gesellschafter ist, kann eine Einlage erbringen. Das legt schon die Systematik des KStG nahe. § 8b I KStG ordnet die Steuerfreiheit bestimmter Bezüge aus der Kapitalgesellschaft an; § 8b II KStG erweitert die Steuerbefreiung insbesondere auf Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften. Als Parallelvorschrift zu § 8b V KStG fingiert § 8b III 1, 2 KStG nicht abziehbare Betriebsausgaben, die 5 % des Veräußerungsgewinns i.S.d. § 8b II KStG betragen.[1704] Zusätzlich bestimmt § 8b III 3 KStG die Nichtabziehbarkeit von „Gewinnminderungen, die im Zusammenhang mit dem in § 8b II KStG genannten Anteil entstehen“, also von Veräußerungsverlusten und Teilwertabschreibungen.[1705] Nach § 8b III 4 KStG gehören zu den nicht berücksichtigungsfähigen Gewinnminderungen auch solche, die sich aus einem Gesellschafterdarlehen ergeben, das einem Fremdvergleich nicht standhält (§ 8b III 6 KStG). Es geht in der Sache um ein Abzugsverbot für Gewinnminderungen, die aus einem eigenkapitaler-

[1701] *Roser*, in: Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009, § 8 Rn. 96.
[1702] *Uelner*, JbFStR 1986/87, 11 (17 ff.).
[1703] BFH, Urteil vom 30.11.2005, Az: I R 3/04, BFH/NV 2006, 426.
[1704] *Rengers*, in: Blümich, 117. Aufl., § 8b KStG, Rn. 200.
[1705] *Rengers*, in: Blümich, 117. Aufl., § 8b KStG, Rn. 200.

setzenden Darlehen resultieren.[1706] § 8b III 4 KStG erfasst als Darlehensgeber nicht nur den gegenwärtigen Anteilsinhaber, sondern ausdrücklich auch den Gesellschafter, der „beteiligt … war"; entscheidend ist, dass die qualifizierte Beteiligung (§ 8b III 4 KStG) zu irgendeinem Zeitpunkt bestanden hat.[1707]

Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist für die Einordnung einer Leistung als verdeckte Einlage der Zeitpunkt relevant, in dem der Einlegende seine Leistungszusage abgegeben hat.[1708] Die Umstände in diesem Zeitpunkt bestimmen die Wertung des Vorgangs als Einlage. Verlässt der Gesellschafter danach die Gesellschaft, ändert das nichts am Vorliegen einer Einlage.[1709]

cc) Nicht-Gesellschafter

War der Einlegende nicht Gesellschafter und wird er auch später nicht Gesellschafter, handelt es sich um einen dauerhaften Nicht-Gesellschafter. Führt er der Gesellschaft ein Wirtschaftsgut zu, ergibt sich die für die Qualifikation der Zuführung als Einlage erforderliche Nähebeziehung zur Gesellschaft daraus, dass eine steuerlich relevante Beziehung zwischen ihm und einem Gesellschafter besteht.[1710] Der Vorgang führt steuerlich bei der Gesellschaft zu einer Einlage dieses Gesellschafters, dem die Leistung des Nicht-Gesellschafters zuzurechnen ist.[1711]

b) Der Genussrechtsinhaber

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass auch ein Nicht-Gesellschafter als Einlagesubjekt in Frage kommt. Es erscheint naheliegend, auch einem Genussrechtsinhaber, der nicht Gesellschafter ist, die Einzahlung des Genussrechtskapitals als Einlage in die Gesellschaft zuzurechnen.[1712]

aa) Der Wertanteil

(1) Der Wertanteil als Vermögensrecht des Gesellschafters

Das Gesellschaftsvermögen ist Sondervermögen, das sachenrechtlich vom Privatvermögen der Gesellschafter zu unterscheiden ist.[1713] Bei Kapitalgesellschaften ist das Trennungsprinzip maßgebend.[1714] Bei einer Körperschaft ist nicht der Gesellschafter Eigentümer des Gesellschaftsvermögens, denn das Sacheigentum steht der Gesellschaft zu. Am Gesellschaftsvermögen wiederum fehlt den Gesellschaftern eine dingli-

[1706] *Rengers*, in: Blümich, 117. Aufl., § 8b KStG, Rn. 200.
[1707] *Rengers*, in: Blümich, 117. Aufl., § 8b KStG, Rn. 307.
[1708] KStR 40 V.
[1709] KStR 40 V.
[1710] *Roser*, in: Gosch, Körperschaftsteuergesetz, 2. Aufl. 2009, § 8 Rn. 96.
[1711] *Rengers*, in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 182.
[1712] Vgl. *Winter,* GmbHR 1993, 31 (33).
[1713] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 101.
[1714] *Kollruss,* GmbHR 2005, 214 (214).

che Berechtigung.[1715] Der Gesellschafter ist Eigentümer seines Anteils, also Anteilseigner.[1716] *Jung* bezeichnet die Rechtsposition des Gesellschafters treffend als „unternehmerisches Anteilseigentum".[1717] Zuordnungsobjekt des Mitgliedschaftsrechts ist ein Anteil am „Gesellschaftsvermögen in seiner Gesamtheit", nicht aber ein ideeller Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen.[1718] Insofern lässt sich sagen, der Beteiligte habe „gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum".[1719]

Nach der Theorie vom Wertanteil ist das, was dem Beteiligten zukommt, noch abstrakter. Wertanteil ist die quotale Beteiligung am Gesellschaftsvermögen.[1720] Die Höhe des Wertanteils ergibt sich aus der Relation der Kapitalanteile zueinander.[1721] Der auf ihn entfallende Bruchteil des Unternehmens steht ihm nicht dinglich, sondern nur dem Wert nach zu.[1722] Der Gesellschafter hat eine eigentumsähnliche Position inne.[1723] Der Gesellschaftsanteil besteht in der Mitgliedschaft im Verband.[1724] Eine Beteiligung verschafft dem Inhaber „einen Wertanteil am Ertrag und an der Substanz des Geschäftsvermögens".[1725]

Die Theorie vom Wertanteil soll – in geringfügiger Variation – den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt werden, denn sie entspricht der Konzeption, die das Gesetz mit dem Begriff des „Kapitalanteils" verbindet. Der Kapitalanteil ist eine Rechengröße. Sie verdeutlicht, welcher Anteil des Grundkapitals bzw. Stammkapitals auf den einzelnen Gesellschafter entfällt.[1726] Im Unterschied zu *Würdinger* soll jedoch an die Stelle des „dinglich begriffenen Anteils am Gesellschaftsvermögen" der „mitgliedschaftlich vermittelte Wertanteil" treten.[1727] Das, was einem Aktionär zukommt, ist ein „Wertanteil am Gesellschaftsvermögen".[1728] Seine Mitgliedschaft besteht in einem „proportionalen Wertanteil an der Gesellschaft".[1729]

[1715] *Schmidt*, NJW 2001, 993 (998).
[1716] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 102 f.
[1717] *Jung,* Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der der rechtsfähigen Gesellschaft, S. 148, Fn. 141.
[1718] *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 8 III 4 d.
[1719] BVerfGE 50, 290 (342 ff).
[1720] *Würdinger*, Aktienrecht, 4. Aufl., 1981, S. 48 ff.
[1721] *Schmidt*, NJW 2001, 993 (998).
[1722] *Huber*, Vermögensanteil, S. 156.
[1723] *Huber*, Vermögensanteil, S. 156; a.A.: *Reinhardt,* in: FS Bartholomeyczik, 1973, 307 (314).
[1724] *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 (998).
[1725] *Würdinger,* JZ 1953, 226 (227).
[1726] *v. Falkenhausen/Schneider*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2009, § 61 Rn. 23 f.
[1727] *K. Schmidt,* in: FS Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, S. 969 (986).
[1728] *Bezzenberger,* Erwerb eigener Aktien durch die AG, S. 49.
[1729] *Martens,* in: FS Bezzenberger zum 70. Geburtstag, S. 267 (273).

(2) Das Reinvermögen als Bezugsobjekt des Wertanteils

Das Gesellschaftsvermögen erfasst alle Vermögensgegenstände, die der Gesellschaft zugeordnet werden.[1730] In Bezug auf die Bilanz sind damit alle Posten der Aktivseite bezeichnet; man spricht vom Bilanzvermögen.[1731] Berücksichtigt man auch die auf der Passivseite ausgewiesenen Schulden, ergibt sich eine andere Größe, nämlich das Reinvermögen.[1732] Das Reinvermögen besteht in der Differenz aus Aktiva und Passiva.[1733] Es gibt den bilanziellen Wert des Gesellschaftsvermögens an.[1734] Der dem Gesellschafter zustehende Wertanteil gibt den Bruchteil an, der auf den Gesellschafter entfällt; diese Größe bleibt konstant. Der betragsmäßige Wert dieses Kapitalanteils ist an den wechselnden Bestand des Gesellschaftsvermögens gekoppelt und demgemäß veränderlich.[1735]

(3) Der Wertanteil des Genussrechtsinhabers

Bei Austritt des Gesellschafters oder anlässlich der Liquidation der Gesellschaft nimmt der Wertanteil, der bislang nur als abstrakte Rechengröße existent war, konkrete Gestalt an; bei der Auseinandersetzung wird dem Gesellschafter ein seinem Anteil entsprechender Wert ausbezahlt.[1736]

Die Beteiligung ist ein subjektives Recht sui generis.[1737] Es bezeichnet ein Recht am Sondervermögen, nämlich am Gesellschaftsvermögen. Die Beteiligung ist die Mitgliedschaft. Der Gesellschafter hat kein Sacheigentum, sondern den Wertanteil.[1738]

Ist der Genussrechtsinhaber an Gewinn und Liquidationserlös beteiligt, erhält auch er einen Wertanteil.[1739] Insoweit korreliert die Stellung des Genussrechtsinhabers mit der eines Aktionärs.[1740] Das Genussrecht gewährt „obligationsähnliche Bevorrechtigungen".[1741]

Außerhalb der vermögensmäßigen Rechte ist freilich keine Vergleichbarkeit gegeben, denn die Beteiligung des Genussrechtsinhabers ist keine Mitgliedschaft,[1742] sondern ein schuldrechtliches Gläubigerrecht. Insofern geht *Würdinger* zu weit, wenn er das Beteiligungsrecht des Genussrechtsinhabers als subjektives Recht sui generis be-

---

[1730] *v. Falkenhausen/Schneider*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2009, § 20 Rn. 7.
[1731] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 104.
[1732] Vgl. *Jungmann*, DStR 2004, 688 (688) mit anschaulichem Beispiel.
[1733] *Wöhe*, Bilanzierung und Bilanzpolitik, S. 33.
[1734] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 105.
[1735] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 105.
[1736] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 105.
[1737] *Schmidt*, NJW 2001, 993 (998).
[1738] *Schmidt*, NJW 2001, 993 (998).
[1739] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 106.
[1740] *Würdinger*, Aktienrecht, 4. Aufl., S. 49.
[1741] *Vollmer*, GmbHR 1984, 329 (332 f).
[1742] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 107.

trachtet, das sich nicht als Gläubigerrecht begreifen lasse.[1743] Zutreffend ist allerdings, dass ein Beteiligungsrecht immer dann vorliegt, wenn ein subjektives Recht auf Teilhabe am Wert vereinbart wurde.[1744] Beteiligung ist ein Oberbegriff, der sowohl den schuldrechtlich als auch mitgliedschaftlich vermittelten Wertanteil erfasst.[1745]

bb) Die Beteiligung des Genussrechtsinhabers

(1) Die idealtypische Beteiligung schuldrechtlicher oder mitgliedschaftlicher Art

Eine Beteiligung kann schuldrechtlicher oder mitgliedschaftlicher Art sein.[1746]

Die mitgliedschaftliche Beteiligung subsistiert zum einen im Wertanteil, zum anderen in bestimmten Verwaltungsrechten.[1747] Der Gesellschafter ist Mitglied der Körperschaft. Er ist eingebunden in das Gefüge der Gesellschaftsverfassung.[1748] Der Eigenkapitalgeber hat Mitgliedschaftsrechte. Er erwirbt eine Beteiligung an der Kapitalgesellschaft.[1749] Ihn zeichnet die Mitgliedschaft im Verband aus.[1750]

Die schuldrechtliche Beteiligung ist demgegenüber ein Gläubigerrecht.[1751] Der Gläubiger steht als Dritter außerhalb der Gesellschaft. Der Fremdkapitalgeber hat Gläubigerrechte. Eine Forderung ist gewöhnlich auf Zahlung einer festen oder – zur Herbeiführung der Wertbeständigkeit – nach einem Index zu bestimmenden Summe gerichtet.[1752] Demgegenüber bestimmt sich die Forderung, die aus einer schuldrechtlichen Beteiligung resultiert, nach Maßgabe des wirtschaftlichen Erfolgs der Unternehmung.[1753] Er partizipiert auf schuldrechtlicher Grundlage an Werten, die vermögensrechtlich der Gesellschaft zuzuordnen sind.[1754]

(2) Das Genussrecht als hybride Beteiligungsform

Das Genussrecht weist zugleich Elemente von Eigen- und Fremdfinanzierung auf.[1755] Der Genussrechtsinhaber hat eine schuldrechtlich begründete Stellung.[1756] Genuss-

---

[1743] *Würdinger*, Aktienrecht, 3. Aufl., S. 77 ff.
[1744] *Ernst*, Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, S. 115 f.
[1745] a.A. *Thielemann*, Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, S. 56. Thielemann stellt dichotomisch dem Gläubigerrecht das „aus einer Mitgliedschaft entspringende" Beteiligungsrecht gegenüber.
[1746] Vgl. *Diregger/Kalss/Winner*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2011, Das österreichische Übernahmerecht, Rn. 63.
[1747] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 108.
[1748] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 36.
[1749] *Bürger*, Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, S. 23.
[1750] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 30.
[1751] *Tophoven*, in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2010, § 1 Rn. 3 zum atypisch stillen Gesellschafter.
[1752] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 108.
[1753] *Gehrlein*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008, § 232 HGB, Rn. 27 zur atypisch stillen Gesellschaft.
[1754] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 109.
[1755] *Raupach*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 299.
[1756] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 107.

rechte verschaffen dem Inhaber auf dem Weg des Schuldrechts die Vermögensposition, die typisch für den Aktionär ist.[1757] Der Inhaber eines beteiligungsähnlichen Genussrechts bekommt keine feste Vergütung,[1758] sondern einen Bruchteil von Gewinn und/oder Liquidationserlös.[1759]

Die Einzahlung des Genussrechtskapitals bewirkt keine Mehrung des Grund- oder Stammkapitals.[1760] Der Genussrechtsinhaber erlangt keine Beteiligung an der Gesellschaft.[1761] Als Folge stehen ihm keine genuinen Mitgliedschaftsrechte zur Verfügung.[1762] Insbesondere das Stimmrecht bleibt ihm vorenthalten.[1763]

Das Genussrecht hat einen hybriden Charakter, denn in ihm kommt es zu einer coincidentia oppositorum: der Form nach handelt es sich um ein Gläubigerrecht, doch kann sein Inhalt einer mitgliedschaftlichen Stellung stark angenähert werden.[1764]

Das Genussrecht ist ein Wertrecht.[1765] Den schuldrechtlich beteiligten Genussrechtsinhabern kommt ein Vermögensrecht zu, wie auch den mitgliedschaftlich beteiligten Aktionären. Beide Arten von Vermögensrechten begründen eine Beteiligung.[1766] Die Beteiligung an einer Gesellschaft kann schuldrechtlich oder mitgliedschaftlich konstituiert werden.[1767] Die Vergleichbarkeit beider Positionen zeigt sich in § 221 I AktG: die Aktionäre müssen der Ausgabe von Genussrechten zustimmen.[1768] Zu beachten bleibt freilich, dass die Beteiligung eines Genussrechtsinhabers und die eines Aktionärs sich nur insoweit überschneiden, als die Vermögensrechte in Rede stehen.[1769] Mit dieser Einschränkung lässt sich das Genussrecht als Beteiligungsrecht einordnen.[1770]

(3) Der Genussrechtsinhaber als Eigenkapitalgeber

Ein Unternehmen stellt eine Wagnisgemeinschaft dar, die sich aus allen Kapitalgebern zusammensetzt.[1771] Zu den Eigenkapitalgebern gehören neben den Gesellschaftern auch die Inhaber beteiligungsähnlicher Genussrechte. Fremdkapitalkosten mindern das Einkommen (§ 8 I KStG, § 4 IV EStG), Dividenden für die Überlassung von Eigen-

---

[1757] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 111.
[1758] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 17.
[1759] *Raupach*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 299 f.
[1760] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 7 f.
[1761] *Angerer,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, S. 37.
[1762] *Böhlmann/Engels,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (403).
[1763] *Raupach*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 300.
[1764] *Winner*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 221 AktG, Rn. 394.
[1765] RG, Urteil vom 13.03.1931, Az II 315/30, RGZ 132, 199 (202).
[1766] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 112.
[1767] *Meyer,* Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, S. 13.
[1768] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 112.
[1769] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 106.
[1770] RG, Urteil vom 16.11.1926, Az II 135/26, RGZ 115, 227 (230 f).
[1771] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 136.

kapital dagegen nicht (§ 8 III 1 KStG), ebenso wenig Ausschüttungen auf beteiligungsähnliche Genussrechte (§ 8 III 2 Hs. 2 KStG).

(4) Die Teilnahme des Genussrechts am Erfolg der Unternehmung

Der Wertanteil ist in seiner Höhe variabel, denn er nimmt Teil an der Entwicklung des Gesellschaftsvermögens:[1772] erzielt die Gesellschaft einen Gewinn, erhöht sich der Wertanteil. Spiegelbildlich mindert er sich, wenn das Unternehmen einen Verlust erwirtschaftet.[1773] Bei Kündigung oder Liquidation der Gesellschaft wird der Wertanteil zu Geld gemacht. Dieses Wertrecht besteht, wenn vereinbart ist, dass der Genussrechtsinhaber am unternehmerischen Erfolg beteiligt wird.[1774] Entscheidend ist, dass dem Genussrechtsinhaber eine vermögensrechtliche Stellung verschafft wird, die an die Position eines Aktionärs angelehnt ist. Dann erhält er auf schuldrechtlicher Grundlage ein Wertanteilsrecht.[1775]

Das Genussrecht vermittelt seinem Inhaber zwar keine Mitgliedschaft, aber eine – schuldrechtlich vermittelte – Beteiligung.[1776] Damit bleibt ihm die gesellschaftsrechtliche Teilhabe vorenthalten.[1777] In Form eines Vergütungsanspruchs, der sich als quotale Beteiligung am geschäftlichen Erfolg des Unternehmens versteht, erhält der Genussrechtsinhaber auch seinen Anteil an den stillen Reserven.[1778] Dazu ist erforderlich, dass der Rückzahlungsanspruch als Bruchteil am Reinvermögen der Gesellschaft vereinbart wird.[1779] Das Genussrecht erweist sich somit als Substanzrecht.[1780] Maßgebend ist die wirtschaftliche Ausgestaltung der Position des Genussrechtsinhabers.

(5) Die Verwaltungsrechte des Genussrechtsinhabers

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung könnten „gesellschafterähnliche Herrschafts- oder Verwaltungsrechte“ nicht Bestandteil des Genussrechts sein.[1781] Das Genussrecht sei ein schuldrechtliches Gläubigerrecht. Aus dieser Rechtsnatur wird gefolgert, dass ein Genussrecht nur „einzelne Vermögensrechte“ vermitteln könne, keinesfalls aber Verwaltungsrechte.[1782] *Ratschow* betont das „Fehlen der Kontroll- und Verwaltungsrechte“ als Unterscheidungsmerkmal, das der Abgrenzung des Genuss-

---

[1772] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 79.
[1773] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 79.
[1774] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 79.
[1775] RG, Urteil vom 13.03.1931, Az II 315/30, RGZ 132, 199 (203).
[1776] RG, Urteil vom 16.11.1926, Az II 135/26, RGZ 115, 227 (230 f).
[1777] *Pfundt/von Rosen,* Kapitalmarkt im Wandel, S. 229.
[1778] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 80.
[1779] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 80.
[1780] Vgl. BGH, Urteil vom 23.10.1958, Az: II ZR 4/57, BGHZ 28, 259 (266 ff) – Harpener Bonds.
[1781] *Mentz*, Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 3. Ergänzungslieferung 2012, IAS 32, Rn. 123.
[1782] *Fischer*, in: Lüdike/Sistermann, Unternehmenssteuerrecht, 1. Aufl. 2008, § 13 Externe Kapitalbeteiligung, Rn. 158.

rechts als typisches Vermögensrecht vom Mitgliedschaftsrecht ermögliche.[1783] Das Genussrecht könne keine Mitgliedschaftsrechte,[1784] also auch keine Verwaltungsrechte beinhalten.[1785] Zu dem Repertoire an Rechten, die ein Genussrecht umfassen kann, gehören die „Vermögensrechte eines Gesellschaftsanteils, nicht aber dessen Verwaltungsrechte".[1786] „Rechtslehre, Rechtsprechung und Praxis" kämen übereinstimmend zum Ergebnis, dass Genussrechte „keine mitgliedschaftlichen, respektive Verwaltungsrechte" zum Gegenstand habe können.[1787]

Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Zuzugeben ist, dass das Gesetz keine Verwaltungsrechte des Genussrechtsinhabers vorsieht.[1788] Das fällt aber nicht ins Gewicht, denn das gesetzliche Regelstatut ist derart mager gehalten, dass es nicht einmal eine Definition des Genussrechts bereithält. Der Gesetzgeber hat vielmehr in der Rechtspraxis das Genussrecht vorgefunden und zum Gegenstand diverser Regelungen gemacht, ohne ihm inhaltlich Konturen zu verleihen.

Die häufig anzutreffende Feststellung, dass ein Genussrecht keine Verwaltungsrechte beinhalte, ist dahingehend zutreffend, dass keine Verwaltungsrechte in Betracht kommen, die der Mitgliedschaft entspringen.[1789] Nach *Rid-Niebler* ermöglichen Mitverwaltungsrechte die „Teilhabe am Schicksal eines Verbandes".[1790] Ein Genussrecht verschafft aber keine Mitgliedschaft. Ein mezzanines Finanzierungsinstrument vermittelt keine Herrschaftsrechte.[1791]

Auch in der Satzung können nicht gem. § 328 BGB eigenständige Befugnisse des Genussrechtsinhabers konstituiert werden.[1792] Mitverwaltungsrechte außenstehender Dritter sind einer Satzungsregelung nicht zugänglich. Denn die Satzung ist ein Organisationsertrag, dessen Regelungsbereich nur Gesellschaft und Gesellschafter erfasst.[1793]

Davon zu trennen ist die Frage, ob auf schuldrechtlicher Basis Verwaltungsrechte geschaffen und übertragen werden können. Diese Frage ist zu bejahen, wie im Folgenden aufzuzeigen ist.

[1783] *Ratschow*, in: Blümich, 117. Aufl., § 20 EStG, Rn. 82.
[1784] Böhlmann/Engels, Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, 2. Aufl., 2013, S. 401 (403).
[1785] *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl. 2006, Kapitel D, Rn. 1715.
[1786] *Häuselmann*, in: Kessler/Kröner/Köhler, Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Finanzströme, Rn. 218.
[1787] *Küting/Dürr*, DStR 2005, 938 (938).
[1788] *Lutter*, in: Zöllner, Kölner Kommentar zum AktG, Köln 1994, § 221 Anm. 196-198.
[1789] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 7.
[1790] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 47.
[1791] *Van Husen,* Genussrechte Genussscheine Partizipationskapital, S. 127.
[1792] *Ulmer,* in: FS Werner, S. 911 (923).
[1793] *Ulmer,* in: FS Werner, S. 911 (924); zweifelnd: *Weber,* Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, S. 167.

Dem Genussrechtsinhaber können Verwaltungsrechte eingeräumt werden,[1794] die ihm eine mitgliedschaftsähnliche Position verleihen.[1795] Im Prinzip können auf schuldrechtlichem Wege die Verwaltungsrechte eines Aktionärs in ihrer Gesamtheit nachgebildet werden.[1796]

Zu beachten ist dabei der Grundsatz der Verbandssouveränität. Ein Verband ist von „Willensbestimmung und Willensbetätigung seiner Mitglieder" geprägt.[1797] Danach darf das Schicksal eines Verbandes nicht von Dritten bestimmt werden, die außerhalb des Verbandes stehen.[1798] Denn deren Rechtsausübung unterläge nicht Kontrolle durch den Verband.[1799]

Ein Verwaltungsrecht in der Form eines Anspruchs auf Rechnungslegung aus § 259 BGB i.V.m. § 242 BGB hat der Genussrechtsinhaber nicht. Denn die Überlassung und zeitlich befristete Belassung von Genussrechtskapital führt nicht dazu, dass die Gesellschaft fremdes Vermögen verwaltet.[1800] Dem Genussrechtsinhaber steht aber möglicherweise der allgemeine Anspruch auf Auskunft aus § 242 BGB zu. Voraussetzung ist zum einen, dass sich der Genussrechtsinhaber über Bestand und Umfang seiner Rechte im Unklaren ist und diese fehlende Gewissheit entschuldbar ist.[1801] Zum anderen muss der Gesellschaft die Erteilung der Auskunft ohne unverhältnismäßigen Aufwand möglich sein.[1802] Der daraus resultierende Auskunftsanspruch erstreckt sich regelmäßig nicht auf die Einsicht in Bücher.[1803]

Auf vertraglicher Grundlage können dem Genussrechtsinhaber Informationsrechte zugewiesen werden.[1804] Dazu zählt das Recht, in den Jahresabschluss Einsicht zu nehmen.[1805] Weitergehend kann auch allgemein das Recht der Einsichtnahme vermittelt werden.[1806] Das vertragliche Informationsrecht erhält dann die Gestalt des Auskunfts- und Einsichtsrecht des Gesellschafters aus § 51a I GmbHG. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft den Jahresabschluss

---

[1794] *Angerer*, DStR 1994, 41 (44).
[1795] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7, Rn. 227.
[1796] *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 116.
[1797] BVerfG, Beschluss vom 05.02.1991, Az: 2 BvR 263/86, NJW 1991, 2623 (2625).
[1798] *K. Schmidt,* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 5 I 3.b.
[1799] *Lange,* BB 2005, 2585 (2590).
[1800] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 53.
[1801] Vgl. BGH, Urteil vom 05.06.1985, Az I ZR 53/83, BGHZ 95, 279 (288) – GEMA-Vermutung I.
[1802] Vgl. BGH, Urteil vom 05.06.1985, Az I ZR 53/83, BGHZ 95, 279 (288) – GEMA-Vermutung I.
[1803] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 53.
[1804] *Hüffer*, Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1999, § 221 AktG, Rn. 26.
[1805] *Widmayer*, IStR 2001, 337 (338).
[1806] Vgl. *Winner*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2011, § 221 AktG, Rn. 392.

beim Betreiber des Bundesanzeigers einzureichen haben (§ 325 I 1 HGB). Eine Gesellschaft, die Genussscheine emittiert, die in einem inländischen Kapitalmarkt gehandelt werden, unterliegt der vollen Publizitätspflicht des § 325 I 1 HGB. Die Publizitätserleichterungen des HGB finden nur auf kleine (§ 326 HGB) und mittelgroße Kapitalgesellschaften Anwendung (§ 327 HGB). Die Zuordnung zur Größenklasse bestimmt sich nach § 267 HGB. § 267 I HGB definiert die kleine, § 267 II HGB die mittlere Kapitalgesellschaft. Eine kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaft i.S.d. § 264d HGB gilt stets als große Kapitalgesellschaft (§ 267 III 2 HGB). Eine Gesellschaft ist u.a. dann kapitalmarktorientiert, wenn sie einen organisierten Markt i.S.d. § 2 V WpHG durch von ihr ausgegebene Wertpapiere i.S.d. § 2 I 1 WpHG in Anspruch nimmt (§ 264d Var. 1 HGB). Zu diesen Wertpapieren zählt auch der Genussschein (§ 2 I Nr. 3 lit. a WpHG). Kann sich demnach der Genussrechtsinhaber bereits aus dem publizierten Jahresabschluss hinreichend informieren, steht ihm insoweit ein vertraglicher Auskunftsanspruch nicht zu.[1807]

Ihm kann das Recht gewährt werden, an der Hauptversammlung (AG) bzw. der Gesellschafterversammlung (GmbH) teilzunehmen;[1808] möglich ist allerdings nur die passive Teilnahme.[1809] Das Recht beschränkt sich auf die Anwesenheit.[1810] Die Genussrechtsinhaber haben weder Rede- noch Antragsrecht.[1811] Darüber hinaus können mit dem Genussrecht Kontrollrechte verbunden werden.[1812] Dem Genussrechtsinhaber kann insbesondere die Kompetenz verliehen werden, die Geschäftsführung zu kontrollieren.[1813] Diese Befugnis darf mit keiner unverhältnismäßigen Machtfülle einhergehen. Die Überwachung der Geschäftsführung muss sich daher darauf beschränken, dass die Genussrechtsinhaber „wie Sachverständige in einer Beobachterrolle“ agieren.[1814]

Möglich ist, das Recht des Genussrechtsinhabers auf Zustimmung zu genau bezeichneten Maßnahmen der Geschäftsführung zu begründen.[1815] Auf diese Weise hat der Genussrechtsinhaber Verwaltungsrechte, die weiter reichen als die eines Aktionärs.[1816]

[1807] *Rid-Niebler*, Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 54.
[1808] *Seibt,* in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., 2012, § 14 GmbHG, Rn. 74.
[1809] *Widmayer*, IStR 2001, 337 (338).
[1810] *Ernst*, Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, S. 179 f.
[1811] *Hüffer*, Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 1999, § 221 Rn. 26.
[1812] *Seibt,* in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl., 2012, § 14 GmbHG, Rn. 74.
[1813] *Bieg*, StB 1997, 482.
[1814] *Pougin*, in: FS Oppenhoff, 1985, S. 275 (276).
[1815] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7, Rn. 227.
[1816] a.A.: *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 117.

Das Genussrecht kann mit dem Recht ausgestattet werden, Gesellschafterbeschlüsse anzufechten.[1817]

Somit kann die Stellung des Genussrechtsinhabers kann durch diverse Verwaltungsrechte mit ähnlichen Mitwirkungsmöglichkeiten ausgestattet werden, wie sie einem Gesellschafter zukommen. Die Angleichung der schuldrechtlich vermittelten Befugnisse des Genussrechtsinhabers an die Rechte des Gesellschafters darf aber nicht zu weit gehen. Denn die Stellung der Gesellschafter darf in ihrem Wesenskern nicht beeinträchtigt werden. Zu den elementaren Komponenten der Gesellschafterposition gehört das Recht, an der Willensbildung der Gesellschaft mitzuwirken.[1818] Dieses Recht darf nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass auch Genussrechtsinhabern gestattet wird, an der Willensbildung der Gesellschaft teilzunehmen.[1819] Das Stimmrecht steht ausschließlich den Gesellschaftern zu,[1820] deren Entscheidungssouveränität zu wahren ist.[1821] Das Stimmrecht ist derart stark mit dem Recht des Gesellschafters verbunden, dass eine Übertragung an die Genussrechtsinhaber ausscheidet. Auch kommt eine Einflussnahme auf die Unternehmensleitung nicht in Betracht.[1822] Ebenfalls unzulässig ist die Einräumung des Rechts, die Gesellschafterversammlung einzuberufen.[1823]

Im Gefüge der Gesellschaft besteht die Möglichkeit, eigene Gremien einzurichten, in denen sich die Genussrechtsinhaber organisieren können.[1824] Den Genussrechtsinhabern kann so ein Instrumentarium an die Hand gegeben werden, um im Zusammenwirken mit den Organen der Gesellschaft ihren Interessen Ausdruck zu verleihen. Sie erhalten die Möglichkeit, sich zu koordinieren und auf institutionalisiertem Weg Einfluss zu nehmen auf die Willensbildung der Gesellschaft. Die Grundlage derartiger Einflussnahme ist ein Forum, das den Genussrechtsinhabern gestattet, sich zu beraten und abzustimmen. Die effektive Ausübung ihrer Rechte erhält eine organisatorische Basis.

[1817] *Vollmer,* ZGR 1983, 445 (463); a.A.: *Schwaiger,* in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7, Rn. 227; *Lörsch,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, S. 116.

[1818] Vgl. *Widmayer*, IStR 2001, 337 (338).

[1819] *Karollus*, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Kommentar zum Aktiengesetz, München 1994, § 221 AktG, Rn. 322.

[1820] BGH, Urteil vom 5. 10. 1992, Az II ZR 172/91, BB 1993, 451.

[1821] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 51.

[1822] *Bieg*, StB 1997, 481 (487 f.).

[1823] *Rid-Niebler,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, S. 5 2.

[1824] Vgl. *Pentz,* in: Rowedder, GmbHG, 5. Aufl., 2013, § 29 GmbHG Rn. 86.

cc) Die Einzahlung des Genussrechtskapitals als Einlage

(1) Die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes

Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG gebietet, „wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln".[1825] Dieser Grundsatz erfasst sowohl ungleiche Belastungen wie ungleiche Begünstigungen.[1826] Der Gleichheitssatz verbietet den gleichheitswidrigen Ausschluss von einer Begünstigung. Ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss liegt vor, wenn die Begünstigung einem Personenkreis zuteilwird, wohingegen sie einem anderen Personenkreis versagt wird.[1827] Im Steuerrecht gelten der Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit[1828] und das Gebot der Folgerichtigkeit.[1829] Gleichheit indiziert Gerechtigkeit, worauf *Pöllath* pointiert hinweist.[1830]

Sind Steuerpflichtige gleich leistungsfähig, müssen sie gleich hoch besteuert werden. Dies verlangt die horizontale Steuergerechtigkeit.[1831] Werden mehrere Vergleichsgruppen ungleich behandelt, bedarf die Ungleichbehandlung der Rechtfertigung durch einen „hinreichenden sachlichen Grund".[1832] Ein „vernünftiger sachlicher Grund" ist nicht ausreichend; erforderlich ist vielmehr ein „gewichtiger Grund", der gegen die Belastung aufgrund der Ungleichbehandlung abgewogen werden muss.[1833]

Der Gesetzgeber ist zur Vereinfachung und Typisierung befugt. Einer gesetzlichen Regelung ist immanent, dass sie verallgemeinert.[1834] Der Gesetzgeber kann die Mannigfaltigkeit der Einzelfälle in einer Gesamtschau betrachten. Voraussetzung ist allerdings, dass die Sachverhalte, die nun geregelt werden sollen, nach den Informationen, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stehen, zutreffend erfasst werden.[1835] Dem Gesetzgeber steht es frei, „generalisierende, typisierende und pauschalierende" Normen zu erlassen.[1836] Allein wegen der dadurch notwendigerweise eintretenden Härten kann kein Verstoß gegen den Gleichheitssatz festgestellt werden.[1837]

(2) Ungleichbehandlung

Führt ein Gesellschafter das beteiligungsähnliche Genussrechtskapital zu, erhöht sich der Unterschiedsbetrag in § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 HS 1 EStG. Doch kann in gleicher

---

[1825] BVerfG, Beschluss vom 16.03.2005, Az: 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268 (279).
[1826] BVerfG, Beschluss vom 08.06.2004, Az: 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412 (431).
[1827] BVerfG, Beschluss vom 08.06.2004, Az: 2 BvL 5/00, BVerfGE 112, 164 (174).
[1828] BVerfG, Beschluss vom 08.06.2004, Az: 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412 (433).
[1829] *Birk/Pöllath,* ZRP 2006, 209 (210).
[1830] *Pöllath,* DB 2002, 1342 (1343).
[1831] BVerfG, Beschluss vom 16.03.2005, Az: 2 BvL 7/00, BVerfGE 112, 268 (279).
[1832] BVerfG, Beschluss vom 21.06.2006, Az: 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164.
[1833] *Birk,* BB 2002, 229 (233).
[1834] BVerfG, Urteil vom 6.03.2002, Az: 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (127).
[1835] BVerfG, Urteil vom 6.03.2002, Az: 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (127).
[1836] BVerfG, Beschluss vom 21.06.2006, Az: 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164.
[1837] BVerfG, Urteil vom 6.03.2002, Az: 2 BvL 17/99, BVerfGE 105, 73 (127).

Höhe ein Einlage abgesetzt werden, § 8 I 1 KStG, § 4 I 1 HS 2 EStG. Der Vorgang ist für den Genussrechtsverpflichteten ertragsteuerlich neutral.
Zahlt ein gesellschaftsfremder Dritter das Genussrechtskapital ein, bewirkt dies eine Mehrung des Unterschiedsbetrags in § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 HS 1 EStG. Die Vorschriften der Einlage sind aber nicht anwendbar. Denn der Dritte ist weder Gesellschafter noch steht er in der erforderlichen Nähebeziehung zu einem Gesellschafter. Er erhält infolge der Einzahlung des Genussrechtskapitals auch keine Gesellschafterstellung. Im Ergebnis wirkt sich beim Genussrechtsverpflichteten die Mittelzuführung gewinnerhöhend aus, weil keine Einlage abgesetzt werden kann.

(3) Rechtfertigung

Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung liegt nicht in der Gesellschafterposition. Denn beim beteiligungsähnlichen Genussrecht ist die Stellung des Genussrechtsinhabers der des Gesellschafters derart stark angenähert, dass eine Gleichbehandlung geboten ist. Das Genussrecht verleiht zwar lediglich die vermögensrechtlichen Rechte und – je nach Vereinbarung der Genussrechtsbedingungen – auch einen Ausschnitt der Verwaltungsrechte des Gesellschafters.[1838] Doch ordnet § 8 III 2 Hs. 2 KStG für bilanzielle Zwecke an, dass beteiligungsähnliches Genussrechtskapital wie Eigenkapital zu behandeln ist, indem Ausschüttungen auf diese Genussrechte als Gewinnverwendung qualifiziert werden.
Zahlt der gesellschaftsfremde Genussrechtsinhaber gemäß dem Genussrechtsvertrag das vereinbarte Genussrechtskapital ein, findet die Leistung ihre Ursache nicht im Gesellschaftsverhältnis. Denn die Zahlung ist im Genussrechtsverhältnis veranlasst. Ist der Genussrechtsinhaber kein Gesellschafter, tritt an die Stelle der mitgliedschaftlichen Veranlassung eine schuldrechtliche Ursache.[1839]
Angesichts der Wertung von § 8 III 2 Hs. 2 KStG kann es keinen Unterschied machen, ob der Genussrechtsinhaber auch noch Gesellschafter ist. Derjenige, der eine Einzahlung auf ein beteiligungsähnliches Genussrecht leistet, führt der Gesellschaft Kapital zu, das in der Bilanz als Eigenkapital ausgewiesen wird – egal, ob er nur Genussrechtsinhaber oder auch Gesellschafter ist. Freilich ist die Zahlung eines Nicht-Gesellschafters nicht gesellschaftlich veranlasst. Doch ist die genussrechtliche Veranlassung beim beteiligungsähnlichen Genussrecht wie eine gesellschaftliche Veranlassung zu behandeln. Bei wirtschaftlicher Betrachtung führt der Genussrechtsinhaber gleichsam wie ein Gesellschafter dem Unternehmen von außen Eigenkapital zu.

[1838] *Erle/Berberich,* in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 1 Rn. 42.
[1839] *Kratzsch*, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, S. 105.

(4) Verfassungskonforme Auslegung der Einlageregeln durch teleologische Extension

Die ertragsteuerliche Ungleichbehandlung der Einzahlung des Genussrechtskapitals durch einen Gesellschafter und einen Nicht-Gesellschafter verstößt gegen den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Um den Verstoß zu beseitigen, ist eine analoge Anwendung der Einlageregeln geboten. Es liegt eine planwidrige Regelungslücke vor, die durch teleologische Extension der Einlageregeln zu schließen ist. Das gebietet der Grundsatz der gleichartigen Behandlung von Gleichartigem.

Besteht eine Gesetzeslücke, muss diese aufgefüllt werden. Zu diesem Zweck ist auf ein Prinzip zurückzugreifen, das im Gesetz angelegt ist.[1840] Voraussetzung der Analogie ist zum einen, dass der vom Gesetz nicht erfasste Sachverhalt gleichwohl dem Regelungsgehalt des dem Gesetz innewohnenden Prinzips unterfällt.[1841] Zum anderen darf kein sachlicher Grund dafür sprechen, in Bezug auf den zu entscheidenden Fall eine Ausnahme vom Prinzip anzunehmen.[1842]

(a) Die planwidrige Regelungslücke

Feststellung und Ausfüllung einer Lücke im Gesetz entspringen derselben Erwägung. Denn für beide Zwecke geht es darum, dass das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel bereithält, jedoch eine wertungsmäßig vergleichbare Fallgruppe vom Prinzip erfasst wird, das der gesetzlichen Regel zugrunde liegt.[1843] Die Regel, die der Rechtsanwender im Gesetz vermisst, ist identisch mit derjenigen, die im Zuge der analogen Anwendung zum gesetzlichen Instrumentarium zu ergänzen ist.[1844]

Es besteht eine Regelungslücke, da das Steuerrecht nicht berücksichtigt, dass die Zahlungen von gesellschaftsfremden Investoren, die eigenkapitalähnliche Mittel zur Verfügung stellen, von den Einlageregeln nicht erfasst werden. Eine Einlage nach § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG setzt voraus, dass der Einlegende bereits Gesellschafter ist oder im Gefolge der Einlage eine solche Stellung erlangt oder in einer besonderen Nähebeziehung zu einem Gesellschafter steht.

Diese Regelungslücke ist auch planwidrig, denn es macht für die Steuerbilanz keinen Unterschied, ob ein gesellschaftsfremder Dritter oder ein Gesellschafter eigenkapitalähnliches Genussrechtskapital zuführt. Nach der Konzeption des KStG und des EStG stellt es einen logischen Bruch dar, dass zwar einerseits die Zuführung von bilanziellem Eigenkapital durch einen Nichtgesellschafter möglich ist, andererseits in dieser Konstellation keine gewinnmindernde Einlage abgesetzt werden kann.

[1840] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 381.
[1841] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 381.
[1842] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 381.
[1843] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 401.
[1844] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 401.

(c) Vergleichbare Interessenlage

Zwei Sachverhalte sind ähnlich gelagert, wenn sie in Bezug auf diejenigen Gesichtspunkte, die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind, kongruieren.[1845] Das setzt voraus, dass zunächst herausgearbeitet wird, welche Gesichtspunkte für die rechtliche Bewertung von Bedeutung sind. Dafür ist eine wertende Betrachtung erforderlich.[1846] Der gesetzlich nicht geregelte Fall muss wertungsmäßig auf gleicher Stufe mit der vom Gesetz erfassten Konstellation stehen. Nur dann kann die Regel, die aus dem normierten Tatbestand herausdestilliert wird, auf den zu entscheidenden Fall übertragen werden.[1847]

Die wirtschaftliche Interessenlage des Genussrechtsverpflichteten ist identisch. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Genussrechtsemittenten soll erhöht werden. Ob das eingezahlte Genussrechtskapital von einem Gesellschafter oder einem Dritten stammt, ist unerheblich. Kann in Höhe des Genussrechtskapitals keine Einlage abgesetzt werden, führt dies zu einem steuerlichen Gewinn. Dieser ist aber nicht betrieblich veranlasst. Die Vermögensmehrung findet ihre Ursache vielmehr im Gesellschaftsverhältnis (Gesellschafter) oder Genussrechtsverhältnis (Dritter). Die nicht betrieblich veranlasste Vermögensmehrung ist ertragsteuerliche durch das Rechtsinstitut der Einlage zu kompensieren.

(d) Teleologische Extension der Einlageregeln

Das Prinzip, das der gesetzlichen Regel zugrunde liegt, ist zu verallgemeinern. Zweck der Analogie ist, die zu eng geratene gesetzliche Bestimmung auf das wertungsmäßig gebotene Maß zu erweitern. *Larenz* bezeichnet das Vorgehen als „gesetzesimmanente Rechtsfortbildung";[1848] die Ausfüllung einer Lücke im Gesetz ist ein „Akt schöpferischer Erkenntnis".[1849] Der Ratio legis muss zum Durchbruch verholfen werden. *Canaris* spricht daher von der „teleologischen Extension".[1850]

Die Einlageregeln müssen auch bei demjenigen Genussrechtsinhaber Anwendung finden, der nicht gleichzeitig Gesellschafter ist.[1851] Die Zuführung von Vermögenswerten im Zuge der Einzahlung von Genussrechtskapital ist wertungsmäßig auf eine Stufe mit der Einlage des Gesellschafters zu stellen. Auch die Finanzverwaltung geht davon aus, dass die Einzahlung auf ein beteiligungsähnliches Genussrecht stets zu einer Einlage führt: „Da die Ausschüttungen unter den zuvor genannten Voraussetzungen [scil. des

[1845] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 381.
[1846] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 382.
[1847] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 383.
[1848] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 397.
[1849] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 403.
[1850] *Canaris,* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 90.
[1851] Im Ergebnis auch: *Rohler*, Bilanzen im Mittelstand 2013, 4 (6).

§ 8 III 2 Hs. 2 KStG] steuerlich als Gewinnausschüttungen anzusehen sind, ist entsprechend die Einzahlung als Einlage […] zu erfassen".[1852]

dd) Die Konsequenzen für den Debt-Mezzanine-Swap

Der Einordnung des Forderungsverzichts beim Debt-Mezzanine-Swap als Einlage steht nicht entgegen, dass der Gläubiger kein Gesellschafter ist. Die Ausführungen zur Einzahlung des Genussrechtskapitals durch Barleistung sind auf die Konstellation übertragbar, dass der Genussrechtsinhaber auf eine gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung verzichtet und dadurch die Einzahlung erbringt. In beiden Fällen darf es keinen Unterschied machen, ob der Genussrechtsinhaber der Gesellschaft als Dritter gegenübersteht oder gleichzeitig Gesellschafter ist. Die Zuführung des Genussrechtskapitals ist beim beteiligungsähnlichen Genussrecht als Einlage zu behandeln, so dass sich keine Auswirkung auf das Betriebsvermögen ergibt.[1853]

Im Folgenden soll jedoch – zur Vermeidung von terminologischer Unklarheit – im Zusammenhang mit dem Genussrechtsinhaber vom „Gesellschafter" die Rede sein; die Umwandlung nicht mehr werthaltiger Gesellschafterdarlehen ist auch der in der Praxis häufig anzutreffende Fall, den die OFD Rheinland in ihrer Kurzinformation behandelt hat.[1854] Damit soll jedoch keineswegs die These zurückgenommen werden, dass auch der Genussrechtsinhaber als Nicht-Gesellschafter durch den Forderungsverzicht im Zuge des Debt-Mezzanine-Swaps eine Einlage erbringen kann.

III. Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis

Der Forderungsverzicht müsste überdies seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis finden. Dies wäre zu verneinen, wenn der Gläubiger aus betrieblichen Gründen auf seine Forderung verzichtet.

1. Der Veranlassungszusammenhang

Aus der Funktion der Einlage folgt eine weitere Voraussetzung. Die Einlage dient der Neutralisierung bestimmter Mehrungen des Betriebsvermögens, die nicht betrieblich veranlasst sind. Betrieblich veranlasste Vermögensmehrungen stellen Betriebseinnahmen dar, wie sich aus einer Gesamtanalogie von §§ 4 IV, 8 I EStG ergibt. Als konstitutive Voraussetzung einer Einlage bleibt festzuhalten: es muss eine Mehrung des Betriebsvermögens festzustellen sein. Diese darf – ex negativo – nicht betrieblich veranlasst sein; sie muss – ex positivo – durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein.

[1852] BMF, Schreiben vom 8.12.1986, Az: IV B 7-S 2742-26/86.
[1853] *Winter,* GmbHR 1993, 31 (33).
[1854] OFD Rheinland, Kurzinformation Körperschaftsteuer Nr. 56/2011 vom 14.12.2011, BB 2012, 250.

Einlagen in eine Kapitalgesellschaft liegen vor, wenn ein Gesellschafter einen bilanzierungsfähigen Vermögensvorteil societatis causa der Gesellschaft zuwendet.[1855] Die Zuführung muss bei der Gesellschaft in gebundenes und haftendes Kapital münden. Dies ist dann der Fall, wenn zum einen das Kapital nicht frei gekündigt werden kann.[1856] Zum anderen müssen Ansprüche auf dieses Kapital für den Insolvenzfall ausgeschlossen sein.[1857]

2. Die Abgrenzung zwischen betrieblicher und gesellschaftlicher Veranlassung

Die Leistung eines Gesellschafters erfolgt – nach dem Dafürhalten des RFH – societatis causa, wenn er seiner Gesellschaft Vorteile verschafft, die ein Nichtgesellschafter der Gesellschaft nicht zuwenden würde.[1858] Der BFH ergänzte – in der Wortwahl auf die Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung rekurrierend – die Definition des RFH um den beizuziehenden Sorgfaltsmaßstab: betriebliche Gründe sind zu bejahen, wenn auch ein Nichtgesellschafter – bei Zugrundelegung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 347 I HGB) – den Vermögensvorteil gewährt hätte.[1859]
Der BFH verwendet einen typisierenden Maßstab, der die Fähigkeiten des konkreten Gesellschafters ebenso wenig berücksichtigt wie die Erwägungen, die im Einzelfall angestellt wurden.[1860] Der Gesellschafter handelt aus betrieblichen Gründen, wenn die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft entscheidend für ihn war.[1861] Eine Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis ist dagegen zu bejahen, wenn die Leistung im Hinblick auf die Anteilsinhaberschaft erfolgt ist.[1862] Denn in diesem Fall hätte ein Nichtgesellschafter – bei Beachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns – davon Abstand genommen, den Vorteil zu gewähren.

3. Die Veranlassung des Forderungsverzichts

Wird ein Debt-Mezzanine-Swap in der Krisensituation der Gesellschaft durchgeführt, sind die damit einhergehenden besonderen Umstände zu beachten. Zu berücksichtigen ist insbesondere, wie wahrscheinlich eine wirtschaftliche Erholung der Gesellschaft ist. Ist die finanzielle Lage der Gesellschaft sehr ungünstig, wäre ein außenstehender Dritter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wohl nicht

---

[1855] BFH, Urteil vom 23. 02. 2005, Az: I R 44/04, BStBl. II 05, 522.
[1856] BFH, Urteil vom 30. 05. 1990, Az: I R 97/88, BStBl. II 90, 875.
[1857] BFH, Urteil vom 30. 05. 1990, Az: I R 97/88, BStBl. II 90, 875.
[1858] RFH, Urteil vom 22. 06. 1943, Az: I 204/42, RStBl. 1943, 587.
[1859] BFH, Urteil vom 09. 09. 2010, Az: IV R 12/08, BFH/NV 2011, 768.
[1860] *Döllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, S. 197 f.
[1861] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 42.
[1862] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 42.

ohne weiteres bereit, einen Vermögensvorteil zuzuwenden.[1863] Eine gesellschaftliche Veranlassung wäre dementsprechend zu bejahen.

Das gilt auch dann, wenn die Verschaffung des Vermögensvorteils darin besteht, auf eine gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung zu verzichten. Die Frage lautet: hätte auch ein Dritter unter Zugrundelegung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Forderung erlassen?[1864] Der BFH stellt zu Recht auf eine formale Betrachtung ab. Entscheidend ist allein, ob der Gesellschafter überhaupt einen Vermögensvorteil zuwendet. Ob dies in Gestalt der Zuführung eines aktiven Wirtschaftsguts geschieht oder ein negatives Wirtschaftsgut aus der Bilanz der Objektgesellschaft abgeht, ist demgegenüber ohne Bedeutung. Auch in der Krise der Kapitalgesellschaft hat die Forderung noch einen gewissen Wert, der sich daraus ergibt, in welcher Höhe die Gesellschaft die Verbindlichkeit berichtigen könnte. Das ist davon abhängig, inwieweit das Gesellschaftsvermögen im Liquidationsfall ausreicht, die Schulden zu decken. Auf den Betrag in Höhe des werthaltigen Teils der Darlehensforderung würde ein ordentlicher Kaufmann nicht ohne weiteres verzichten.

a) Der Verzicht auf den nicht werthaltigen Teil

Betrachtet man isoliert den Forderungsverzicht, muss in Höhe des nicht werthaltigen Teils eine gesellschaftliche Veranlassung verneint werden.[1865] Denn insoweit wäre auch ein Dritter zu einem Forderungsverzicht bereit. Nach dem wirtschaftlichen Kalkül eines ordentlichen Kaufmanns ist dieser Teil der Forderung ohnehin verloren. Ein teilweiser Forderungsverzicht ist daher mit keiner wirtschaftlichen Einbuße verbunden. Im Gegenteil: der teilweise Erlass verschafft der Schuldner-Gesellschaft finanziellen Handlungsspielraum. Davon profitiert auch der Gläubiger. Auf diese Weise trägt er dazu bei, dass ihm zumindest der jetzt noch werthaltige Teil der Forderung verbleibt.[1866]

Lediglich in Höhe des werthaltigen Teils würde ein Dritter den Erlass der Forderung ablehnen. Erlässt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft die Forderung auch insoweit, findet der Vorgang seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis.[1867]

Eine Einlage ist nur dann zu bejahen, wenn der Gesellschafter seiner Gesellschaft einen Vermögenswert zuwendet, den er – als wirtschaftlich denkender ordentlicher Kaufmann – dieser Gesellschaft in Anbetracht ihrer wirtschaftlichen Lage nicht gegeben hätte.[1868]

[1863] BFH, Urteil vom 16.04.1991, Az: VIII R 100/87, BFHE 165, 31.
[1864] BFH, Urteil vom 31.07.1991, Az: VIII R 23/89, BB 1992, 182.
[1865] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az: VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.
[1866] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).
[1867] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az: VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.
[1868] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).

b) Der Verzicht auf den werthaltigen Teil

Ein ordentlicher Kaufmann erwägt einen Forderungsverzicht nur dann, wenn dies in seinem wirtschaftlichen Interesse liegt. Der Verzicht muss ihm einen Vorteil von Vermögenswert einbringen, der den aus dem Verzicht resultierenden Nachteil ausgleicht.[1869] Es besteht eine Vermutung dahingehend, dass ein Gesellschafter, der seiner Gesellschaft Vermögenswerte zuwendet, aus Gründen handelt, die im Gesellschaftsverhältnis liegen.[1870]

Ob und inwieweit sich ein Dritter zu einem Forderungsverzicht bereit erklärt, ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Dazu gehört, ob er eine Gegenleistung für den Forderungsverzicht erwarten darf.[1871] Die Gewährung eines Genussrechts könnte eine derartige Gegenleistung darstellen. Ob sich ein Dritter auf den Debt-Mezzanine-Swap einlässt, ist freilich von der Ausgestaltung der Genussrechtsbedingungen abhängig.

Schließlich spricht eine Vermutung für die gesellschaftliche Veranlassung, wenn fremde Gläubiger davon Abstand nehmen, sich in die Sanierung einzubringen.[1872] Dies ist dann der Fall, wenn sich die Hauptgläubiger weigern, sich an der Sanierung zu beteiligen und auf ihre Forderungen nicht verzichten.[1873]

c) Ergebnis

Der Verzicht auf den nicht werthaltigen Teil der Forderung ist keineswegs gesellschaftlich veranlasst, weil auch ein Dritter ohne weiteres zum Erlass bereit wäre. In Bezug auf den werthaltigen Teil der Forderung besteht die Vermutung dafür, dass der Erlass seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat.

IV. Entgeltlichkeit

Ausgehend von der bereits entwickelten Definition der Einlage im Körperschaftsteuerrecht, ist die gesellschaftlich veranlasste Zuführung eines Wirtschaftsguts zum Gesellschaftsvermögen eine Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG. Fraglich ist, ob sich am Einlagencharakter des Vorgangs etwas ändert, wenn die Gesellschaft eine Gegenleistung gewährt. Diese Problematik ist für den Debt-Mezzanine-Swap von Relevanz, denn der Gesellschafter erhält für seinen Forderungsverzicht im Gegenzug ein Genussrecht.

Die Qualifizierung eines Vorgangs als Einlage wird dadurch erschwert, dass die Literatur diesen Terminus uneinheitlich definiert. Zu beachten ist dabei, dass der Sprachgebrach des Handelsrechts von der steuerlichen Begrifflichkeit abweicht. So ist nicht

---

[1869] *Schlagheck*, GmbHR 2000, 363 (365).
[1870] *Kirnberger*, EStB 2002, 329 (329).
[1871] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az: VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.
[1872] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az: VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.
[1873] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az: VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.

klar, wie offene Einlage, verdeckte Einlage und offene Sacheinlage voneinander abzugrenzen sind und ob es sich dabei um eine Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG handelt.

1. Gesellschaftsrechtlicher Befund als Ausgangspunkt

a) Die Zielrichtung der Leistung

Im Gesellschaftsrecht ist entscheidend, mit welcher Zielrichtung der Gesellschafter seine Einlage leistet.[1874] Das Eigenkapital der Gesellschaft ist für die Zwecke der Einlagenleistung in zwei Segmente aufzuteilen. Das erste Segment erfasst das gezeichnete Kapital. Im zweiten Segment befinden sich alle übrigen Posten des Eigenkapitals, insbesondere die Kapitalrücklagen. Leistet der Gesellschafter eine Einlage, kann er den Zweck der Leistung bestimmen. Er kann bestimmen, ob die Einlage in das gezeichnete Kapital oder in das restliche Eigenkapital erfolgen soll.[1875]

b) Bar- oder Sachleistung

Das Gesetz sieht als Regel vor, dass der Gesellschafter seine Einlagenleistung in bar erbringt.[1876] Das folgt nicht aus der Festsetzung des aufzubringenden Nennbetrags in Satzung (§ 23 II Nr. 2 AktG), Gesellschaftsvertag (§ 3 I Nr. 4, 5 II GmbHG) oder im Kapitalerhöhungsbeschluss (§ 56 I 1 GmbHG, § 183 I 1 AktG). Denn dabei geht es nur um die Konkretisierung der Einlageverpflichtung im Hinblick auf ihren Wert.[1877] Doch offenbart sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Bar- und Sacheinlage darin, dass die Leistung einer Sacheinlage einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf (§§ 5 IV, 56 I 1 GmbHG; §§ 27 I 1, 54 II, 183 I 1 AktG).[1878] Die Sacheinlage ist eine datio in solutum für die primär vorgesehene Bareinlage.[1879] Bei der Einlage in das gezeichnete Kapital muss der Einlagegegenstand in Höhe des Nennbetrags der übernommenen Geschäftsanteile (§ 9 I 1 GmbHG) bzw. des geringsten Ausgabebetrags der Aktien (§ 36a II 3 AktG) werthaltig sein. Das Registergericht prüft vor Eintragung in das Handelsregister, ob der Wert der Sacheinlagen hinter dem Ausgabebetrag der Aktien zurückbleibt (§ 37 I 1 i.V.m. § 38 II 2 AktG)[1880] bzw. ob die Sacheinlagen nicht unwesentlich überbewertet worden sind (§ 8 I Nr. 5 i.V.m. § 9c I 2 GmbHG).[1881] Soll die Einlage dagegen in das übrige Eigenkapital erfolgen, ist die Werthaltigkeit der eingelegten Sache ohne Belang.

[1874] *Hoffmann*, BB Beilage 1996, Nr. 16 S. 1 (2).
[1875] *Hoffmann*, BB Beilage 1996, Nr. 16 S. 1 (2).
[1876] *Ebbing,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 19 GmbHG, Rn. 137.
[1877] *Pentz,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 27 AktG, Rn. 13.
[1878] *Pentz,* in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 27 AktG, Rn. 13.
[1879] *Heidinger/Benz,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 27 AktG, Rn. 4.
[1880] *Döbereiner,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 37 AktG, Rn. 9.
[1881] *Heidinger,* DNotZ 2005, 97 (107); *Wicke,* in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., 2010, § 9c GmbHG, Rn. 34.

c) Der Anlass der Leistung

aa) Einlagen zur Gesellschaftsgründung

Bei Gründung der Gesellschaft muss diese mit einer Mindestausstattung an Kapital versehen werden. Dies ist das Nennkapital. Im Recht der GmbH trägt es die Bezeichnung „Stammkapital" (§ 5 I GmbHG), wohingegen im Aktienrecht der Ausdruck „Grundkapital" gebräuchlich ist (§ 6 AktG).

Es wird durch Einlagen der Gesellschaft zugeführt. Bei Bareinlagen (§§ 7 II 1, 19 I GmbHG, §§ 36 II, 36a I, 54 II AktG) ergeben sich keine weiteren Implikationen. Leistet der Gesellschafter hingegen eine Sacheinlage, ist deren Werthaltigkeit zu prüfen. Die Sacheinlage ist vom Gesetz als Form der Leistung einer Einlage sanktioniert (§ 5 IV GmbHG, 27 I 1 AktG). Doch tritt sie nur soweit an die Stelle der eigentlich geschuldeten Barleistung, wie sie werthaltig ist.[1882]

Liegt der tatsächliche Wert des geleisteten Gegenstandes unter dem Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteils bzw. unter dem geringsten Ausgabebetrag der Aktien, trifft den Inferenten die Differenzhaftung. Dies ist für die GmbH ausdrücklich in § 9 I 1 GmbHG normiert (Wertdeckungshaftung);[1883] bei der AG ergibt sich die Haftung aus einer analogen Anwendung von § 9 I 1 GmbHG[1884] oder aus § 36 II 3 AktG.[1885] Dabei stellen die Regeln der Kapitalaufbringung in §§ 54, 56, 63-66 AktG[1886] bzw. in §§ 19, 21 GmbHG sicher, dass die neu gegründete Gesellschaft mit dem erforderlichen Nennkapital versorgt wird.[1887]

bb) Einlagen zur Verstärkung der Eigenkapitalbasis

Wächst die Gesellschaft infolge erfolgreicher Geschäftstätigkeit, steigt der Bedarf an Eigenkapital. Die Zuführung von neuem Eigenkapital kann auf zwei Wegen erfolgen.[1888] Zum einen kann eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden.[1889] Der Gesellschafter leistet eine Einlage in das gezeichnete Kapital. Die Leistung kann durch Bar- oder Sacheinlage erfolgen. Im Fall der Sacheinlage greifen die Vorschriften der Kapitalaufbringung, welche die Werthaltig der Zuführung gewährleisten. Zum anderen kann der Gesellschafter zur Verstärkung des Eigenkapitals eine Einlage in das übrige Eigenkapital leisten.[1890] Man spricht in diesem Fall von einer „Zahlung à fonds perdu"[1891] oder einem „verlorenen Zuschuss".[1892]

[1882] *Tebben,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 9 Rn. 2.
[1883] *Heidinger,* DNotZ 2005, 97 (107).
[1884] *Vatter,* in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl., 2010, § 9 AktG, Rn. 18.
[1885] *Sickinger/Kuthe,* in: Schüppen/Schaub, MAH Aktienrecht, 2. Aufl., 2010, § 33 Rn. 138.
[1886] *Wiesner,* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl., 2007, § 16, Rn. 1.
[1887] *Wachter,* DStR 2010, 1240 (1240).
[1888] *Hoffmann*, BB 1996, Beilage 16, S. 1 (2).
[1889] *Heinzmann,* BWNotZ 1994, 118 (119 f).
[1890] *Fett/Spiering,* Handbuch Joint Venture, 2010, S. 316.
[1891] *Hoffmann*, BB 1996, Beilage 16, S. 1 (2).

2. Die daraus erwachsende Begrifflichkeit

a) Die Terminologie im Handelsrecht

aa) Die offene Einlage

Charakteristikum der offenen Einlage im Bereich des Gesellschaftsrechts ist, dass der Gesellschafter dabei die Vorschriften des Gesellschaftsrechts beachtet.[1893] Der Gesellschafter beschreitet bei der Zuwendung gleichsam den „offiziellen" Weg.[1894] Die Gesellschafter fassen einen Einlagenbeschluss.[1895]

(1) Offene Einlagen bei Gesellschaftsgründung und Kapitalerhöhung

Bei der Gründung der Gesellschaft und bei der Kapitalerhöhung ist das Nennkapital aufzubringen. Der Gesellschafter leistet seine offene Einlage in das gezeichnete Kapital. Die Erbringung der Einlagen findet seinen Rechtsgrund im Gesellschaftsvertrag. Der Gesellschafter erhält als Gegenleistung einen Anteil an der Gesellschaft.

(2) Offene Einlage als Zahlung in die Kapitalrücklage

Eine offene Einlage ist auch in bestimmten Konstellationen außerhalb der Zahlung in das Nennkapital zu bejahen.

(a) Agio und Zuzahlung für Vorzug

Hat der Gesellschafter ein Aufgeld zu entrichten (§ 272 II Nr. 1 HGB), stellt die Zahlung eine offene Einlage dar. Der bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen erzielte Betrag (§ 272 II Nr. 2 HGB) ist als offene Einlage zu qualifizieren. Leistet der Gesellschafter eine Zuzahlung gegen Gewährung eines Vorzugs (§ 272 II Nr. 3 HGB), erbringt er eine offene Einlage. Grund ist, dass die Zahlungen nach § 272 II Nr.1-3 HGB außerhalb der Gewinn- und Verlustrechnung abgewickelt werden.[1896]

(b) Zuzahlung nach § 272 II Nr.4 HGB

Eine „andere Zuzahlung" liegt vor, wenn die Leistung des Gesellschafters nicht unter die vorrangigen Rücklagen der § 272 II Nr.1-3 HGB fällt. Es handelt sich dabei um Leistungen, die der Gesellschafter freiwillig erbringt.[1897] Die Gesellschaft gewährt dabei keine Gegenleistung.[1898] Unter die „anderen Zuzahlungen" fällt auch der Erlass einer gegen die Gesellschaft bestehenden Forderung.[1899]

[1892] *Reiner,* in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 HGB, Rn. 104.
[1893] *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1937).
[1894] *Hoffmann*, BB Beilage 1996, Nr. 16, 1 (2).
[1895] *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1937).
[1896] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7 Rn. 131.
[1897] *Schwintowski,* in: Henn/Frodermann/Jannott, Handbuch des Aktienrechts, S. 266; *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 195.
[1898] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 195.
[1899] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 195.

Zielobjekt der Zuzahlung ist das Eigenkapital. Dabei sind objektive und subjektive Erfordernisse zu beachten. Objektiv muss die Zuzahlung das Eigenkapital mehren.[1900] Subjektiv muss die Zahlung in das Eigenkapital vom Willen des Gesellschafters erfasst sein.[1901] Im Handelsrecht hat das subjektive Moment der Zuzahlung seinen Grund im zivilrechtlichen Begriff der Leistung. Die Leistung setzt eine Leistungszweckbestimmung voraus.[1902] Der Leistungszweck ergibt sich aus der Abmachung zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft.[1903]

Anders als im Steuerrecht bestimmt es sich im Gesellschaftsrecht nach dem Willen der Gesellschafter, ob die Zuzahlungen der Gesellschafter erfolgswirksam oder erfolgsneutral vereinnahmt werden.[1904] Der Gesellschafter hat ein Wahlrecht.[1905] Dieses kann er dahingehend ausüben, dass sein Kapitalzuschuss von vornherein ein ertragswirksamer Zuschuss ist, der dann den Jahresüberschuss erhöht. Der Gesellschafter verfolgt in diesem Fall den Leistungszweck, einen Jahresfehlbetrag zu decken oder bereits im Vorfeld zu vermeiden.[1906] Den geleisteten Betrag hat die Gesellschaft sogleich als Ertrag zu verbuchen.[1907] Will der Gesellschafter seine Leistung als ertragswirksamen Zuschuss bewirken, liegt keine Zuzahlung in das Eigenkapital vor.[1908] Damit eine Zuzahlung i.S.d. § 272 II Nr. 4 HGB geleistet wird, muss der Gesellschafter die Leistung in das Eigenkapital einbringen wollen.[1909]

(3) Die offene Einlage in der Handelsbilanz

Die offene Einlage bleibt bei der Gewinn- und Verlustrechnung außen vor. In der Bilanz erscheint die offene Einlage als Zugang zum Eigenkapital.[1910] Sie ist für den Leser der Bilanz ersichtlich gemacht als Posten, der das gezeichnete Kapital oder die Kapitalrücklage vergrößert. Der Große Senat spricht von „offene[n] Einlagen, die bereits in der handelsrechtlichen Gewinnermittlung berücksichtigt sind".[1911] Für die Erstellung der Steuerbilanz muss insoweit die Handelsbilanz nicht modifiziert werden, denn in der Handelsbilanz ist die Einlage bereits vom Gewinn abgesetzt.

[1900] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 Rn. 104.
[1901] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 Rn. 104.
[1902] *Sprau*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl., 2013, § 812 Rn. 14 m.w.N.
[1903] *Wiedmann*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008, § 272 Rn. 21.
[1904] *Küting/Reuter,* in: Küting, Handbuch der Rechnungslegung, April 2011, Rn. 109.
[1905] BFH, Urteil vom 8. 08. 2002, Az: I R 25/00, BStBl. 2003 II S. 923.
[1906] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 Rn. 104.
[1907] *Reiner*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 272 Rn. 104.
[1908] BFH, Urteil vom 8. 08. 2002, Az: I R 25/00, BStBl. 2003 II S. 923.
[1909] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7 Rn. 131.
[1910] *Thiel*, DStR 1992, 1 (1).
[1911] BFH, Großer Senat, Beschluss vom 09.06.1997, Az: GrS 1/94, DStR 1997, 1282.

bb) Die Verdeckte Einlage

(1) Der gesellschaftsrechtliche Hintergrund

Die verdeckte Einlage zielt auf eine Erhöhung des bilanziellen Eigenkapitals. Allerdings beschreitet der Gesellschafter dazu nicht den förmlichen Weg der offenen Einlage. Vielmehr erscheint die verdeckte Einlage im Gewand zivilrechtlicher Geschäfte.[1912] Der Gesellschafter verkauft beispielsweise der Gesellschaft einen Vermögensgegenstand unter Wert. Den Gestaltungsmöglichkeiten sind keine Grenzen gesetzt. In Höhe der Differenz zwischen Verkehrswert und vereinbartem Kaufpreis führt der Gesellschafter der Gesellschaft einen Vermögensvorteil zu.

(2) Bestehen einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht

Leistet der Gesellschafter an die Gesellschaft ein Wirtschaftsgut, so ist danach zu unterscheiden, ob der Leistungszweck in der Erfüllung einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht liegt.[1913] Im Fall der Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist erforderlich, dass der Wert der Sachleistung mindestens so hoch ist wie der Nennbetrag des eingeräumten Gesellschaftsanteils.[1914] Ansonsten läge eine Unterpari-Emission vor, die nach § 9 AktG bzw. § 9 GmbHG verboten ist. Ist der Wert der Sacheinlage größer als der Nennbetrag der Anteile, sind die Gesellschafter frei, dem Gegenstand der Einlage einen Wert ihrer Wahl beizumessen.[1915]

(3) Fehlen einer gesellschaftsrechtlichen Pflicht

(a) Die verdeckte Einlage

Leistet der Gesellschafter ohne gesellschaftsrechtliche Verpflichtung, sind die Vermögensgegenstände mit den effektiven Anschaffungskosten zu bewerten (§§ 253, 255 HGB). Kauft die Gesellschaft dem Gesellschafter einen Gegenstand unter Wert ab, ist dieser in der Bilanz in Höhe der erbrachten Gegenleistung zu aktivieren. Der Gesellschafter hat in Höhe des Minderaufwands eine verdeckte Einlage geleistet.[1916] Veräußert die Gesellschaft den Gegenstand später, führt das zu betrieblichem Ertrag.[1917] Erfolgt die Aktivierung zu den tatsächlichen Anschaffungskosten, hat der Unterschiedsbetrag zwischen Verkehrswert und Buchwert einen außerordentlichen Ertrag in der GuV-Rechnung zur Folge.[1918]

[1912] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7 Rn. 132.
[1913] *Förschle/Taetzner*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 405.
[1914] *Förschle/Taetzner*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 405.
[1915] *Fastrich,* in: Baumbach/Hueck GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 5 GmbHG, Rn. 33.
[1916] *Groh*, DB 1997, 1683 (1686).
[1917] *Förschle/Taetzner*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl., 2012, § 272 Rn. 405.
[1918] *Schwaiger*, in: Müller/Winkeljohann, Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 7 Rn. 135.

(b) Die offene Einlage

Will der Gesellschafter einen dem Gewinnanspruch der Gesellschafter entzogenen, der Gesellschaft dauerhaft verbleibenden Vermögenswert verschaffen, kommt eine Zuzahlung nach § 272 II Nr. 4 HGB in Betracht.[1919] Um das zu verwirklichen, muss die Gesellschaft den angeschafften Vermögensgegenstand zum Verkehrswert aktivieren. Das ist der Betrag, den die Gesellschaft im Fall des entgeltlichen Erwerbs von einem Dritten hätte zahlen müssen. Aktiviert werden demnach fiktive Anschaffungskosten.[1920] Der Differenzbetrag zu den tatsächlichen Anschaffungskosten in Höhe des Kaufpreises kann dann in die Rücklage nach § 272 II Nr. 4 HGB eingestellt werden. Erforderlich ist überdies – wie auch bei der in Gestalt der offenen Einlage erfolgenden Zuzahlung nach § 272 II Nr. 4 HGB – eine Leistungszweckbestimmung des Gesellschafters dergestalt, dass er in die Kapitalrücklage leisten will. Die Gesellschaft darf dem zugeführten Vermögensgegenstand nur dann einen über den effektiven Anschaffungskosten liegenden Wert beimessen, wenn der Gesellschafter deutlich gemacht hat, dass er eine Einstellung in die Kapitalrücklage wünscht. Diesen Willen äußert er dadurch, dass er der Gesellschaft den überhöhten Aktivierungsbetrag nennt.[1921] Mit Zuführung des Differenzbetrags in die Kapitalrücklage liegt eine offene Einlage vor.[1922]

(c) Wahlrecht

Es besteht ein Wahlrecht, ob der Vermögensgegenstand zu den (niedrigeren) effektiven Anschaffungskosten oder zu den (höheren) fiktiven Anschaffungskosten aktiviert wird. Wird der Gegenstand zu den effektiven Anschaffungskosten bewertet und der Gegenstand später (zum Verkehrswert) veräußert, leistet der Gesellschafter in Höhe der Differenz eine verdeckte Einlage. Werden dem Gegenstand die fiktiven Anschaffungskosten beigemessen und die Differenz in die Kapitalrücklage eingestellt, stellt die Zuwendung des Gesellschafters eine offene Einlage dar.

Ob der Minderaufwand der Kapitalrücklage zugeführt wird, stellt eine Möglichkeit dar, von der die Gesellschafter Gebrauch machen können. Es handelt sich um ein Wahlrecht. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 272 II Nr. 4 HGB. Danach ist „der Betrag von anderen Zuzahlungen, die Gesellschafter in das Eigenkapital leisten“ als Kapitalrücklage auszuweisen. E contrario können andere Zuzahlungen eingestellt werden – es besteht insoweit ein Wahlrecht.[1923] Demgegenüber gehen manche Stimmen im Schrifttum davon aus, dass eine Rechtspflicht bestehe, den Differenzbetrag

[1919] *Förschle/Hoffmann*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl., 2012, § 272 HGB, Rn. 67.
[1920] *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., § 255 HGB, Rn. 97.
[1921] *Förschle/Taetzner*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 272 Rn. 405.
[1922] *Groh*, DB 1997, 1683 (1686).
[1923] *Döllerer*, DStR 1989, 331 (335).

der Kapitalrücklage zuzuführen.[1924] Diese Auffassung mag zwar de lege ferenda zu begrüßen sein, de lege lata findet sie aber keinen Rückhalt in § 272 II Nr. 4 HGB.[1925]

(4) Die verdeckte Einlage in der Handelsbilanz

Die verdeckten Einlagen sind in der Bilanz nicht als Einlagen gebucht. Sie sind gleichsam versteckt. Denn sie stellen einen Teilbetrag der Betriebseinnahmen dar. Sie vermehren so den in der Bilanz ausgewiesenen Jahresüberschuss.[1926] Der Große Senat spricht von „verdeckten Einlagen, die den handelsrechtlichen Gewinn der Gesellschaft erhöht haben".[1927]

cc) Die verdeckte Sacheinlage

Die verdeckte Sacheinlage bezieht sich auf die Situation der Gründung der Gesellschaft sowie der Kapitalerhöhung. In beiden Fällen muss das Nennkapital aufgebracht werden. Bei der verdeckten Sacheinlage handelt es sich um die Geldeinlage eines Gesellschafters, die bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede als Sacheinlage zu bewerten ist (vgl. § 27 III 1 AktG, § 19 IV 1 GmbHG). Die verdeckte Sacheinlage betrifft gegenüber der offenen Sacheinlage und der verdeckten Einlage eine ganz andere Frage und kann bei der nachfolgenden Erörterung außer Betracht bleiben.

dd) Ergebnis

Die handelsrechtliche Unterscheidung zwischen offenen und verdeckten Einlagen orientiert sich allein daran, ob die Einlage nach den Vorschriften des Gesellschaftsrechts erfolgt ist und demnach in der Handelsbilanz als Einlage offen gelegt ist.

b) Die Terminologie im Steuerrecht

Die steuerliche Begriffsbildung folgt grundsätzlich nicht der handelsrechtlichen Terminologie. Für Zwecke des Steuerrechts kommt es nicht darauf an, ob sich der Gesellschafter dazu entschließt, den förmlichen Weg der offenen Einlage (im handelsrechtlichen Sprachgebrauch) zu beschreiten oder die Zuwendung in einem zivilrechtlichen Austauschgeschäft zu verstecken (verdeckte Einlage i.S.d. Handelsrechts). Stattdessen wird im Steuerrecht folgende Unterscheidung vorgenommen:

aa) Die offene Einlage

Eine offene Einlage ist zu bejahen, wenn der Einlegende der Gesellschaft einen einlagefähigen Vermögensvorteil zuführt, die Zuführung societatis causa erfolgt und die

[1924] *Schulze-Osterloh*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 42 Rn. 281.
[1925] *Groh*, DB 1997, 1683 (1686).
[1926] *Thiel*, DStR 1992, 1 (2).
[1927] BFH, Großer Senat, Beschluss vom 09.06.1997, Az: GrS 1/94, DStR 1997, 1282.

Gesellschaft als Gegenleistung zumindest teilweise Gesellschaftsrechte gewährt.[1928] Die offene Einlage ist ein entgeltlicher Vorgang.

(1) Der Begriff der offenen Einlage

Im Steuerrecht ist eine „offene Einlage" untrennbar damit verbunden, dass die Gesellschaft als Gegenleistung Gesellschaftsrechte gewährt.[1929] Der Charakter der offenen Einlage ist der eines tauschähnlichen Geschäfts.[1930] Entscheidend ist, dass der Gesellschafter für seine Einlage eine angemessene Gegenleistung erhält.[1931] Angemessen ist die Gegenleistung, wenn sie drittüblich ist.[1932] Die Gegenleistung kann sich auch aus verschiedenen Bestandteilen zusammensetzen. Das Entgelt besteht in diesen Mischfällen nur zum Teil aus Gesellschaftsrechten.[1933] Im Übrigen bekommt der Gesellschafter irgendeine vermögenswerte Zuwendung. In Betracht kommt beispielsweise ein Barkaufpreis,[1934] die Begründung einer Forderung[1935] oder die Übernahme von Schulden[1936].

(2) Der Begriff der gesellschaftsrechtlichen Einlage

Einigkeit besteht, dass mit der Bezeichnung „gesellschaftsrechtliche Einlage" gemeint ist, dass die Einlage gemäß den Regeln des Gesellschaftsrechts geleistet wird.[1937] Das führt zur Frage, was unter den Regeln des Gesellschaftsrechts zu verstehen ist. *Rödding/Bühring* verweisen lediglich darauf, dass „bestimmte Vorschriften" einzuhalten sind.[1938] Unklar bleibt, welche darunter zu verstehen sind. *Kußmaul/Klein* spezifizieren, dass für die Aktiengesellschaft die Vorschriften der §§ 27, 36a AktG und für die GmbH die Bestimmungen der §§ 5, 7, 9 GmbHG maßgebend sind.[1939] Damit wären nur die Einlagen bei Gesellschaftsgründung und Kapitalerhöhung erfasst. Nach diesem Verständnis ist der Ausdruck der „gesellschaftsrechtlichen Einlage" ein Synonym für die offene Einlage i.S.d. Steuerrechts.[1940] Teilweise findet sich auch die Bezeichnung „offene gesellschaftsrechtliche Einlage"[1941] und „gesellschaftsrechtliche Sacheinlage"[1942].

[1928] BFH, Urteil vom 09.11.2010, Az: IX R 24/09, DStR 2011, 212.
[1929] BFH, Urteil vom 09.11.2010, Az: IX R 24/09, DStR 2011, 212; vom 14.07.2009, Az: IX R 6/09, BFH/NV 2010, 397.
[1930] BFH, Urteil vom 27.03.2007, Az: VIII R 28/04, BFH/NV 2007, 1745.
[1931] BFH, Urteil vom 27.03.2007, Az: VIII R 28/04, BFH/NV 2007, 1745.
[1932] BFH, Urteil vom 27.03.2007, Az: VIII R 28/04, BFH/NV 2007, 1745.
[1933] BFH, Urteil vom 27.03.2007, Az: VIII R 28/04, BFH/NV 2007, 1745.
[1934] BFH, Urteil vom 19.09.2002, Az: X R 51/98, DStR 2003, 682.
[1935] BFH, Urteil vom 11.12.2001, Az: VIII R 58/98, DStR 2002, 395.
[1936] BFH, Urteil vom 19.09.2002, Az: X R 51/98, DStR 2003, 682.
[1937] *Kußmaul/Klein*, DStR 2001, 189 (189).
[1938] *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1937).
[1939] *Kußmaul/Klein*, DStR 2001, 189 (189).
[1940] So auch: *Stegemann*, BB 2003, 79 (79).
[1941] *Welp*, BB 1997, 1716 (1718).
[1942] *Grotherr*, BB 1994, 1979 (1982).

Der BFH greift auf den Begriff der „gesellschaftsrechtlichen Einlage“ zurück, um die nachträglichen Anschaffungskosten (§ 255 I 2 HGB) zu bestimmen: „Nachträgliche Anschaffungskosten entstehen insbesondere dann, wenn ein Gesellschafter seiner Kapitalgesellschaft außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen einen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat“.[1943] Auch dient die gesellschaftsrechtliche Einlage der Abgrenzung zur verdeckten Einlage: „Eine verdeckte Einlage liegt vor, wenn ein Gesellschafter seiner Kapitalgesellschaft außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen Vermögensgegenstände zuwendet und diese Zuwendung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat.“[1944]
Die Begriffsverwendung des BFH legt nahe, dass „gesellschaftsrechtliche Einlage“ ein Synonym ist für „offene Einlage“ i.S.d. Steuerrechts. Dieses Verständnis teilt auch *Birk,* der die verdeckte Einlage und die „Einlage nach den Regeln des Gesellschaftsrechts“ als einander ausschließende Alternativen gegenüber stellt.[1945] Nachträgliche Anschaffungskosten einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft können nur durch eine verdeckte Einlage entstehen. Die offene Einlage im Steuerrecht bewirkt, dass der Einlegende einen neuen Gesellschaftsanteil erhält. Die Anschaffungskosten für den bisher schon gehaltenen Gesellschaftsanteil können sich nicht erhöhen.

(3) Die Einlagenqualität der offenen Einlage

Fraglich ist, ob die offene Einlage i.S.d. Körperschaftsteuerrechts eine Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG darstellt. Auf den ersten Blick erscheint das selbstverständlich.

(a) Verneinung des Einlagentatbestandes durch BFH

Wenn „ein Einzelwirtschaftsgut gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine gewerbliche Personengesellschaft eingebracht wird“, hat der BFH entschieden, „schließt [das] […] den Einlagetatbestand (§ 4 I 1 EStG) sowie die Geltung der allgemeinen Einlagebewertungsgrundsätze (§ 6 I Nr. 5 S. 1 HS 1 EStG) [aus]“.[1946]

(aa) Der Kontext des Urteils

Im Urteil war nicht zu entscheiden, ob eine Einlage i.S.d. § 4 I 8 EStG vom Unterschiedsbetrag des § 4 I 1 EStG abgesetzt werden kann. Im Streit stand vielmehr die Anwendbarkeit des § 7 I 5 EStG. In dieser Norm geht es um die AfA-Bemessungsgrundlage. Legt der Steuerpflichtige ein abnutzbares Wirtschaftsgut in ein Betriebsvermögen ein, bemisst sich die weitere AfA nach dem Einlagewert des § 6 I Nr. 5 S.1 HS 1 EStG (Teilwert). Der Ansatz mit dem Teilwert lässt aber außer Be-

[1943] BFH, Beschluss vom 26.08.2010, Az: I B 85/10, BFH/NV 2011, 220.
[1944] BFH, Urteil vom 12.12.2000, Az: VIII R 62/93, DStR 2001, 430.
[1945] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1258.
[1946] BFH, Urteil vom 24.01.2008, Az: IV R 66/05, BFH/NV 2008, 1301; vom 24.01.2008, Az: IV 37/06, DStR 2008, 761.

tracht, ob der Steuerpflichtige bereits vor Einlage des Wirtschaftsguts AfA auf die Anschaffungs- oder Herstellungskosten vorgenommen hat. Ist der Teilwert höher als der Wert, auf den der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut vor Einlage abgeschrieben hat, ergibt sich in Höhe des Differenzbetrags die Möglichkeit, doppelt abzuschreiben.[1947] Um das zu verhindern, bestimmt § 7 I 5 EStG, dass bei Einlage eines teilweise abgeschriebenen Wirtschaftsguts der Teilwert um die bisher vorgenommenen Abschreibungen zu vermindern ist.[1948]

(bb) Bewertung

Bringt ein Gesellschafter ein Wirtschaftsgut in eine Gesellschaft ein und erhält er im Gegenzug einen Gesellschaftsanteil, liegt nach Auffassung des BFH ein tauschähnliches Geschäft vor. Aufgrund dessen ist das eingebrachte Wirtschaftsgut nicht – wie eine Einlage – mit dem Teilwert zu bewerten, sondern mit den Anschaffungskosten. Da die Bewertungsvorschrift für den Tausch (§ 6 VI 1 EStG) auch auf das tauschähnliche Geschäft Anwendung findet, ist das eingebrachte Wirtschaftsgut mit dem gemeinen Wert anzusetzen. In diesem Zusammenhang verneint der BFH das Vorliegen einer Einlage i.S.d. § 7 I 5 EStG, so dass nicht die gekürzte AfA-Bemessungsgrundlage zum Einsatz kommt, sondern die allgemeinen Regeln. Bemessungsgrundlage sind also die Anschaffungskosten.

„Eingelegt“ in § 7 I 5 EStG nimmt Bezug auf den Tatbestand der Einlage, wie er für die Gewinnermittlung in § 4 I 8 EStG definiert ist. Es ist davon auszugehen, dass der Sprachgebrauch innerhalb des EStG einheitlich ist. Einlage in § 4 EStG meint daher dasselbe wie „eingelegt“ in § 7 EStG.

Ob eine Einlage i.S.d. § 4 I 1 EStG vorliegt, musste nicht entschieden werden. Es handelt sich um ein obiter dictum. Dass der BFH eine Einlage i.S.d. § 7 I 5 EStG verneint, liegt einzig daran, dass er nicht den gekürzten Teilwert, sondern den ungekürzten gemeinen Wert als Bemessungsgrundlage heranziehen will. Das ist rechtstechnisch im Wege einer teleologischen Reduktion des Einlagebegriffs zu erreichen. Der Feststellung, dass darüber hinaus eine Einlage auch im Sinne der Einlagevorschrift zu verneinen ist, bedarf es dagegen nicht.

(b) Die Gegenleistung in Form von Gesellschaftsrechten als Ausschlusskriterium für die Einlage

(aa) Die Zuführung

Die Definition der Einlage in § 4 I 8 EStG erfordert einen tauglichen Gegenstand der Einlage und eine Einlagehandlung. Die Einlagehandlung besteht in der Zuführung zum

[1947] BFH, Urteil vom 27. 01. 1994, Az: IV R 101/92, BStBl. II 1994, 638.
[1948] *Brandis*, in: Blümich, 117. Aufl., § 7 Rn. 264.

Betrieb. Zuführen heißt, dass der Einlegende der Gesellschaft etwas überlässt.[1949] Die offene Einlage ist entgeltlich, da die Gesellschaft im Gegenzug zur Überlassung Gesellschaftsrechte gewährt.[1950] Doch verlangt die Zuführung nicht, dass der Vorgang unentgeltlich ist. Für den Begriff der Zuführung kommt es allein darauf an, dass der Inferent der Gesellschaft etwas überlässt. Dies ist der Fall, wenn der Inferent den Gegenstand der Einlage auf die Gesellschaft dergestalt überträgt, dass er „endgültig zur freien Verfügung" der zuständigen Organe steht. Insofern enthalten § 8 II 1 GmbHG und § 36 II AktG einen verallgemeinerbaren Rechtsgedanken.[1951] Steht der Sachwert endgültig zur Disposition der zur Geschäftsführung berufenen Organe (Geschäftsführer der GmbH, Vorstand der AG) kann er im Interesse der Gesellschaft genutzt werden[1952] In welche wirtschaftlichen Zusammenhänge diese Übertragung eingebettet ist, kann außer Betracht bleiben. Für diese Sichtweise spricht auch die Bareinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten. Bei dieser Form der Bareinlage ist die Rechtsnatur des Vorgangs als Einlage unstreitig. Es ist nicht ersichtlich, warum die Sacheinlage anders behandelt werden soll.[1953]

(bb) Der Wortlaut des § 4 I 8 EStG

Die Definition in § 4 I 8 EStG differenziert nicht zwischen der offenen und der verdeckten Einlage. Dass es offene Einlagen gibt, ergibt sich e contrario aus dem Gesetz, das die verdeckte Einlage ausdrücklich regelt.[1954] Beide Erscheinungsformen der Einlage stellen Einlagen i.S.d. § 4 I 8 EStG dar.[1955]

(cc) Die Wertung des § 20 I UmwStG

Im systematischen Zusammenhang steht auch § 20 I UmwStG. Diese Vorschrift behandelt die Einbringung eines Betriebs in eine Kapitalgesellschaft, wobei der Einbringende als Gegenleistung neue Anteile an der Gesellschaft erhält. Der Vorgang der Einbringung gegen Ausgabe von Gesellschaftsanteilen ist legaldefiniert als „Sacheinlage". Ersichtlich behandelt das Gesetz die tauschähnliche offene Einlage als Einlage.

[1949] *Spönemann,* in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 3 Besteuerung der GmbH, Rn. 775.
[1950] *Schlenker*, Deutsches Unternehmenssteuerrecht auf dem Prüfstand: Tauglichkeit von Sanierungsmaßnahmen im Hinblick auf deren steuerliche Konsequenzen, 2011, S. 40.
[1951] Vgl. *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 170: „zur freien Verfügung […] überlassen", allerdings ohne Erwähnung von § 8 II 1 GmbHG und § 36 II AktG.
[1952] *Gabrysch,* in: Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2010, § 3, Rn. 496.
[1953] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 154.
[1954] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 154.
[1955] *Djanani/Brähler,* Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., 2006, S. 358.

(dd) Die Funktion des § 4 I 1 EStG

In diese Richtung zielt auch eine funktionelle Betrachtung von § 4 I 1 EStG. Einlagen und Betriebseinnahmen bewirken gleichermaßen eine Mehrung des Betriebsvermögens und damit des Unterschiedsbetrags i.S.d. § 4 I 1 EStG. Besteuert werden soll aber nur der Gewinn. Daher sind aus dem ermittelten Unterschiedsbetrag Betriebsvermögensmehrungen, die nicht betrieblich, sondern gesellschaftlich veranlasst sind, zu eliminieren. Das gilt für offene und verdeckte Einlagen. Beide führen zu Mehrungen des Betriebsvermögens, die ihre Ursache nicht im betrieblichen Bereich haben.[1956]

(4) Doppelnatur der offenen Einlage

Die offene Einlage hat eine doppelte Natur, die sich in einem zweistufigen Vorgang der Einlage manifestiert.[1957] Die offene Einlage beinhaltet sowohl das Moment der Kapitalzuführung (Vermögensmehrung) als auch der Kapitalverwendung (Vermögensumschichtung). Auf der ersten Stufe führt die Sacheinlage zu einer gesellschaftlich veranlassten Vermögensmehrung, die – ungeachtet der Tauschähnlichkeit des Debt-Equity-Swap – eine Einlage i.S.d. § 4 I 1 EStG darstellt.[1958] Insoweit ist das Augenmerk nur auf die Kapitalzuführung zu richten, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat. Auf der zweiten Stufe beinhaltet die offene Einlage einen Anschaffungsvorgang. Hier vollzieht sich die Vermögensumschichtung.[1959]

bb) Die verdeckte Einlage

(1) Die Definitionen von Rechtsprechung und Verwaltung

Die Definitionen der verdeckten Einlage, die in der Rechtspraxis Verwendung finden, unterscheiden sich darin, welche Kriterien sie als konstitutiv für eine verdeckte Einlage i.S.d. § 8 III 3 KStG herausstellen. Die Finanzverwaltung bejaht eine verdeckte Einlage, wenn (1) „ein Gesellschafter oder eine ihm nahestehende Person der Kapitalgesellschaft (2) einen einlagefähigen Vermögensvorteil zuwendet und diese Zuwendung (3) durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist".[1960]

Die frühere Rechtsprechung ging von einer verdeckten Einlage aus, wenn (1) ein Gesellschafter seiner Kapitalgesellschaft (2) ein einlagefähiges Wirtschaftsgut überlässt, (3) die Zuwendung außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen erfolgt und (4) durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.[1961]

Leicht abgewandelt, spricht der BFH nunmehr von einer verdeckten Einlage, wenn (1) der Gesellschafter oder eine ihm nahestehende Person der Kapitalgesellschaft (2)

[1956] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 155.
[1957] *Groh*, BB 1997, 2523 (2523).
[1958] *Groh*, BB 1997, 2523 (2523).
[1959] *Groh*, BB 1997, 2523 (2523).
[1960] Abschn. 36a Abs. 1 Satz 1 KStR 1990.
[1961] BFH, Urteil vom 12.12.2000, Az: VIII R 62/93, DStR 2001, 430.

einen einlagefähigen Vermögensvorteil zuführt, (3) ohne dass er im Gegenzug weitere Anteile bekommt und (4) die Zuwendung gesellschaftlich veranlasst ist.[1962]

(2) Herausarbeitung des wesentlichen Differenzierungsmerkmals

(a) Außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen

Besteht das wesentliche Differenzierungsmerkmal zwischen offenen und verdeckten Einlagen darin, ob die Zuwendung des Vermögensvorteils innerhalb oder außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen erfolgt,[1963] lässt sich – mit dem BFH – die Unterscheidung in folgende Worte fassen: „Offene Einlagen sind die den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Einlagen. Verdeckte Einlagen sind solche, die nicht den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechen."[1964] Dabei bleibt zunächst unklar, was mit „den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechend" gemeint ist.

(aa) Weites Verständnis von „gesellschaftsrechtlichen Vorschriften"

Zum einen könnte die Definition darauf abzielen, dass der Gesellschafter – im Sinne des Gesellschaftsrechts – den formalen Weg der offenen Einlage eingeschlagen hat. In der Folge wäre die Einlage in der Handelsbilanz offen auszuweisen. Kriterium wäre demnach, ob eine Einlage in der Handelsbilanz als solche gekennzeichnet ist. Damit würde die gesellschaftsrechtliche Abgrenzung von offener und verdeckter Einlage ins Steuerrecht übertragen. Ein solcher Ansatz wird teilweise in der Literatur zugrunde gelegt. *Hoffmann* stellt auf den Leistungszweck ab, den der Gesellschafter verfolgt.[1965] Offene Einlagen seien solche, die der Gesellschafter in das gezeichnete Kapital und in das übrige Eigenkapital leisten könne.[1966] Verdeckte Einlagen könne der Gesellschafter demgegenüber nur in das übrige Eigenkapital leisten, wobei die Zahlung kaschiert sei durch zivilrechtliche Austauschverträge, die zu nicht drittüblichen Konditionen abgeschlossen werden.[1967]

(bb) Enges Verständnis von „gesellschaftsrechtlichen Vorschriften"

Zum anderen könnte man die Unterscheidung dahingehend verstehen, dass entscheidend ist, ob die Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt.[1968] Dann wären aber entgegen dem Wortlaut der Definition nicht alle Einlagen erfasst, die „den

---

[1962] BFH, Urteil vom 04.03.2009, Az: I R 32/08; vom 09.11.2010, Az: IX R 24/09, DStR 2011, 212.
[1963] So auch: *Djanani/Steffen/Zaby,* Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., 2006, S. 358.
[1964] BFH, Urteil vom 15.10.1997, Az: I R 80/96, BFH/NV 1998, 624.
[1965] *Hoffmann*, Beihefter zu DStR 11, 1996, 3 (8).
[1966] *Hoffmann*, Beihefter zu DStR 11, 1996, 3 (8).
[1967] *Hoffmann*, Beihefter zu DStR 11, 1996, 3 (8).
[1968] So: *Weber-Grellet*, DB 1998, 1532 (1535).

gesellschaftlichen Vorschriften entsprechen", sondern nur diejenigen, die im Rahmen der Gesellschaftsgründung oder Kapitalerhöhung geleistet werden.[1969] Genau diese Einlagen meint aber der BFH, wenn er von „gesellschaftsrechtlichen Einlagen" spricht. „Offene Einlage" und „gesellschaftsrechtliche Einlage" bezeichnen den gleichen Vorgang, nämlich die Zuführung eines Wirtschaftsguts gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten. Die verdeckte Einlage erfasst die verbleibenden Fälle, in denen der Gesellschafter keine Gesellschaftsrechte als Gegenleistung erhält.

(b) Entgeltlichkeit

Die aktuelle Definition der Rechtsprechung hat mit der Finanzverwaltung gemeinsam, dass sie auf das Kriterium „außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen" verzichtet. Das hat zur Folge, dass sich offene und verdeckte Einlagen nicht mehr dahingehend ausschließen, dass die offenen Einlagen die „Vorschriften des Gesellschaftsrechts" erfüllen, die verdeckten hingegen nicht.[1970] Die steuerliche Begriffsbildung nimmt nunmehr auf die Einhaltung des gesellschaftsrechtlichen Prozedere und die Bilanzierung in der Handelsbilanz keine Rücksicht.

Trotz Verzichts auf das Merkmal „außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Einlagen" schließen sich nach der Definition der Rechtsprechung offene und verdeckte Einlage gegenseitig aus,[1971] und zwar über das Merkmal der Entgeltlichkeit.[1972]

Die offene Einlage ist dann zu bejahen, wenn der Gesellschafter ein Wirtschaftsgut zuführt und dafür Gesellschaftsrechte oder Gesellschaftsrechte und zusätzlich ein weiteres Entgelt (Mischfälle) erhält. Bei der verdeckten Einlage wendet die Gesellschaft dem Einlegenden hingegen keine wertangemessene Gegenleistung zu.[1973] Diese bestünde in neuen Gesellschaftsanteilen oder einem anderweitigen Entgelt oder beidem (Mischfälle).[1974] Eine verdeckte Einlage ist dann zu bejahen, wenn die Gesellschaft keine Gesellschaftsrechte und auch keine sonstige (wertangemessene) Gegenleistung zuwendet.[1975] Rechtsdogmatisch setzt Eigenkapital nicht voraus, dass die Gesellschaft für die Zuführung von Vermögensgegenständen eine Gegenleistung in Gestalt von Gesellschaftsrechten bewirkt.[1976]

Übersteigt bei einer offenen Einlage der Wert des zugeführten Wirtschaftsguts den Wert der erbrachten Gegenleistung, wird in Höhe des überschießenden Betrags teil-

---

[1969] So ausdrücklich: *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1258.
[1970] So noch: BFH, Urteil vom 15.10.1997, Az: I R 80/96, BFH/NV 1998, 624.
[1971] a.A. *Engers*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 278, Rn. 79.
[1972] *Mutscher,* DStR 2009, 1625 (1628).
[1973] BFH, Urteil vom 04.03.2009, Az: I R 32/08, DStR 2009, 1195.
[1974] *Ehmcke*, in: Blümich, 117. Aufl., § 6 Rn. 137.
[1975] *Röhrig/Doege*, DStR 2006, 489 (494).
[1976] *Thiery*, in: FS Frotz, S. 841 (845).

weise eine verdeckte Einlage angenommen.[1977] Dem ist aber nicht zu folgen. Denn bei der offenen Einlage ist ein einheitliches tauschähnliches Geschäft anzunehmen, das eine Aufteilung des Einlagegegenstandes in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil verbietet.[1978]

Dass sich infolge der verdeckten Einlage der Wert der Beteiligung erhöht,[1979] ist nur ein Reflex des Einlagevorgangs.[1980] Die Wertsteigerung der Anteile des Einlegenden ist kein greifbarer Vermögensvorteil und damit keine Gegenleistung.[1981] Die Werterhöhung kann daher nicht die Entgeltlichkeit der verdeckten Einlage begründen. Die verdeckte Einlage ist kein tauschähnlicher Vorgang.[1982] Der Vorgang ist daher als unentgeltlich zu bewerten.[1983]

Kußmaul/Klein definieren die verdeckte Einlage in Abgrenzung zur gesellschaftsrechtlichen Einlage. Eine verdeckte Einlage liege vor, wenn diese auf einer gesellschaftlichen Interessenlage beruhe und kein Gesellschaftsverhältnis erzeuge.[1984] Diese Unterscheidung deckt sich in der Sache mit dem Vorgehen der Rechtsprechung.

(c) Die Definition der Finanzverwaltung

Ein Vergleich der drei Definitionen zeigt, dass die Finanzverwaltung mit dem am wenigsten spezifischen Begriff der verdeckten Einlage arbeitet; verlangt wird weder, dass die Einlage nicht in Form einer gesellschaftsrechtlichen Einlage geleistet wird, noch, dass die Zuführung unentgeltlich bewirkt wird. Die Definition der Finanzverwaltung erfasst entgegen ihrer Intention sowohl die verdeckte wie die offene Einlage.[1985] Denn sie nennt weder die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Einlagenvorschriften noch die Entgeltlichkeit als Differenzierungskriterium. Der weiteren Untersuchung soll die neuere Terminologie des BFH zugrunde gelegt werden.

(3) Die Rechtsnatur der verdeckten Einlage

Kußmaul/Klein sehen einen Unterschied zwischen der verdeckten Einlage bei Körperschaften und der Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG, wenn sie feststellen: „Wie die „einfachen" Einlagen, die im Rahmen des Betriebsvermögensvergleichs gemäß § 4 I 1 EStG bei der Gewinnermittlung abgezogen werden, sind auch die verdeckten Einlagen nicht durch einen betrieblich bedingten Vermögenszuwachs entstan-

---

[1977] *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1937).
[1978] BFH, Urteil vom 24.04.2007, Az: I R 35/05, BFHE 218, 97.
[1979] BFH, Urteil vom 14. 3. 2011, Az: I R 40/10, BFHE 233, 393.
[1980] BFH, Urteil vom 14.03.2011, Az: I R 40/10, BFH/NV 2011, 1556.
[1981] BFH, Urteil vom 14. 3. 2011, Az: I R 40/10, BFHE 233, 393.
[1982] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 102.
[1983] BFH, Urteil vom 04.03.2009, Az: I R 32/08,
[1984] *Kußmaul/Klein*, DStR 2001, 189 (189).
[1985] *Thiel*, DStR 1992, 1 (1).

den“.[1986] Diese Differenzierung zwischen der „einfachen Einlage“ und der verdeckten Einlage ist steuerrechtlich nicht veranlasst. Verdeckte Einlagen *sind* Einlagen i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG. Zwar entstammt der Begriff der verdeckten Einlage dem Körperschaftsteuerrecht; doch derogiert das Rechtsinstitut der verdeckten Einlage nicht die allgemeinen Regeln der Einlage in § 4 EStG. Es bedarf daher keiner Begründung der Gleichbehandlung. Dass Einlagen die Einkünfte der Gesellschaft nicht mehren, ergibt sich aus § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG. Diese Vorschrift gilt sowohl für die offene als auch die verdeckte Einlage.[1987] Für die verdeckte Einlage bestimmt § 8 III 3 KStG als körperschaftsteuerliche Spezialregel i.S.d. § 8 I 1 KStG („Vorschriften […] dieses Gesetzes“), dass das Einkommen nicht erhöht werden darf.[1988]

3. Die Zuordnung der einzelnen Einlagevorgänge

a) Die Einlage bei Gesellschaftsgründung und Kapitalerhöhung

Leistet der Gesellschafter in der Situation der Gesellschaftsgründung oder Kapitalerhöhung eine Einlage, ist nach der Terminologie des BFH eine offene Einlage anzunehmen. Denn in beiden Fällen erfolgt die Zuwendung im Austausch für einen Gesellschaftsanteil. Die Einlage vollzieht sich nach den „Regeln des Gesellschaftsrechts“ anlässlich der „erstmaligen Kapitalausstattung“ und der „späteren Kapitalerhöhung“.[1989]

b) Die Einlage zur Kapitalverstärkung

Fraglich ist, ob die Einlage zur Kapitalverstärkung eine offene oder eine verdeckte Einlage darstellt.

aa) Die offene Einlage

Aus Sicht der Gesellschaft lässt sich die offene Zuzahlung als nachträgliche Leistung eines Aufgeldes (§ 272 II Nr. 1 HGB) betrachten.[1990] Beim Aufgeld läge die Gegenleistung der Gesellschaft in der Hingabe der Einlageforderung; Bezugspunkt ist die in der Vergangenheit liegende Begründung der neuen Gesellschaftsanteile. Denkbar erscheint, bei wirtschaftlicher Betrachtung die Schaffung neuer Gesellschaftsanteile gegen Sacheinlage so zu behandeln wie die Aufwertung bestehender Gesellschaftsanteile durch offene Zuzahlungen.[1991] Benötigt die Gesellschaft frisches Kapital, kann sie statt der Durchführung einer Kapitalerhöhung auch ihre Gesellschafter bitten, eine offene Zuzahlung nach § 272 II Nr. 4 HGB zu leisten.

[1986] *Kußmaul/Klein*, DStR 2001, 189 (190).
[1987] *Rengers,* in: Blümich, 117. Aufl., § 8 KStG, Rn. 160.
[1988] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1258.
[1989] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1258.
[1990] *Groh*, DB 1997, 1683 (1686).
[1991] *Döllerer*, BB 1986, 1857 (1868).

bb) Die verdeckte Einlage

Dem ist aber nicht zu folgen. Bei der verdeckten Einlage ist anerkannt, dass die Verstärkung, welche die Gesellschafterrechte des Gesellschafters aufgrund der Leistung der Einlage erfahren, einen bloßen Reflex darstellen. Die Werterhöhung ist nicht geeignet, als Gegenleistung der Gesellschaft zu dienen. Für die Frage der Gegenleistung kann es aber keinen Unterschied machen, ob die Einlage offen oder verdeckt erfolgt. Entscheidend ist, dass die Zuzahlung i.S.d. § 272 II Nr. 4 HGB seiner Natur nach eine Art verlorener Zuschuss ist, den der Gesellschafter gewährt. Die Zuzahlung ist von vornherein nicht auf eine Gegenleistung angelegt. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Zahlung in der Bilanz offen zutage tritt.

Leistet der Gesellschafter eine Zuzahlung in das Eigenkapital (§ 272 II Nr. 4 HGB), liegt zwar gesellschaftsrechtlich eine offene Einlage vor. Steuerrechtlich hingegen ist die Zuzahlung als verdeckte Einlage zu qualifizieren.[1992] Denn die Zuzahlung erfolgt unentgeltlich. Es mag zwar nicht der Intuition entsprechen, eine in der Bilanz offen ausgewiesene Einlage steuerlich als verdeckte Einlage einzuordnen; dies ist aber dem Abgrenzungskriterium der Entgeltlichkeit geschuldet.[1993]

4. Ergebnis

Im Körperschaftsteuerrecht ist zwischen offenen und verdeckten Einlagen zu differenzieren. Die Unterscheidung hat keine Bedeutung für die Frage, ob eine Einlage i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG vorliegt. Jedoch wird bei der Bewertung der Einlage auf die Differenzierung zurückzukommen sein.

K. Bewertung der Einlage

Im Folgenden ist zu klären, welche Bewertungsvorschrift des EStG beim Debt-Mezzanine-Swap Anwendung findet. Zu diesem Zweck muss zunächst die Frage beantwortet werden, wie die offene und die verdeckte Einlage im Allgemeinen bewertet wird. Auf dieser Grundlage kann der Blick darauf gerichtet werden, ob der Forderungsverzicht im Rahmen des Debt-Mezzanine-Swap eine offene oder verdeckte Einlage darstellt. Dabei hilft der Vergleich mit der Behandlung des Debt-Equity-Swap.

I. Die Bewertung der offenen Einlage

1. Das Verhältnis der Bewertungsvorschriften zueinander

a) § 20 UmwStG

Eine spezielle Bewertungsvorschrift hätte Vorrang vor den allgemeinen Bewertungsvorschriften des § 6 EStG. In Betracht käme hierbei § 20 UmwStG. Der sachliche Anwendungsbereich des § 20 I UmwStG erfasst offene Sacheinlagen in Gestalt eines Be-

[1992] *Engers*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl. 2012, § 278, Rn. 79.
[1993] *Rödding/Bühring,* DStR 2009, 1933 (1937, Fn. 44).

triebs, eines Teilbetriebs oder eines Mitunternehmeranteils.[1994] In ihrem Anwendungsbereich ginge § 20 UmwStG der Bewertungsvorschrift des § 6 VI 1 EStG[1995] und des § 6 I Nr. 5 EStG vor, wenn sich der sachliche Anwendungsbereich überschnitte. Das ist indes nicht der Fall.

Zum einen setzt § 20 UmwStG voraus, dass der Einlagegegenstand beim Einlegenden nicht im Privatvermögen, sondern im Betriebsvermögen gehalten wird.[1996] Als Einlagegegenstand kommt nur ein Betrieb, ein Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil in Betracht. In allen drei Varianten liegt begriffsnotwendig Betriebsvermögen vor.

Zum anderen muss der Einlagegegenstand eine Sachgesamtheit sein; einzelne Wirtschaftsgüter kommen nicht in Betracht.[1997] Bei der hier in Rede stehenden offenen Einlage ist Gegenstand der Einlage aber ein einzelnes Wirtschaftsgut, nämlich eine einzelne Forderung.

b) § 6 I Nr. 5 EStG

Nach § 6 I Nr. 5 EStG müssen Einlagen mit dem Teilwert zum Zeitpunkt der Zuführung angesetzt werden. Ist die Zuführung eines Wirtschaftsgutes als Einlage i.S.d. § 4 I 1 EStG zu qualifizieren, ist die Bewertungsvorschrift des § 6 I Nr. 5 EStG einschlägig.

Das Gesetz regelt in beiden Normen die Einlage. Es ist – zumindest prima facie – nicht ersichtlich, dass der Einlagebegriff des § 4 I 1 EStG anders ist als derjenige des § 6 I Nr. 5 EStG.[1998] Wenn die Zuführung eines Wirtschaftsguts i.S.d. § 4 I 1 EStG eine Einlage darstellt, muss begründet werden, warum die dann einschlägige Bewertungsvorschrift des § 6 I Nr. 5 EStG nicht anwendbar sein soll. Auf den ersten Blick erfasst § 6 I Nr. 5 EStG ohne Unterschied die offene und die verdeckte Einlage.

c) § 6 I Nr. 2 EStG

Des Weiteren ist der Blick auf den Einleitungssatz von § 6 I EStG zu richten: danach richtet sich die Bewertung der einzelnen Wirtschaftsgüter, die nach § 4 I EStG oder nach § 5 EStG als Betriebsvermögen anzusetzen sind, nach dem „Folgenden“. Zum „Folgenden“ gehört nicht nur § 6 I Nr. 5 EStG, sondern auch § 6 I Nr. 2 EStG.

Wirtschaftsgüter, die zum nicht abnutzbaren Anlagevermögen dem Umlaufvermögen angehören, sind mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten anzusetzen (§ 6 I Nr. 5 S.1 EStG).

aa) Herstellungskosten

Herstellungskosten setzen einen Herstellungsvorgang bei der Gesellschaft voraus. Unter Herstellen versteht man einen wertschöpfenden Prozess, der darauf gerichtet

---

[1994] *Nitzschke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 20 UmwStG, Rn. 14.
[1995] *Eckstein,* in: Heuer/Herrmann/Raupach, § 6 EStG Rn. 1482.
[1996] *Menner*, in: Haritz/Menner, UmwandlungssteuerG, 3. Aufl. 2009, § 20 Rn. 71.
[1997] *Nitzschke,* in: Blümich § 20 Anm. 38.
[1998] *Wichmann*, Stbg 2000, 314 (314).

ist, ein zuvor nicht bestehendes Wirtschaftsgut hervorzubringen.[1999] Beim tauschähnlichen Vorgang der offenen Einlage stellt die Gesellschaft aber nichts her; was die Gesellschaft im Zuge der offenen Einlage erhält, hat sie nicht selber hervorgebracht, sondern vielmehr vom Gesellschafter erworben.

bb) Anschaffungskosten

In Betracht kommt aber der Ansatz von Anschaffungskosten. Das erfordert einen Anschaffungsvorgang. Anschaffung ist ein entgeltlicher Vorgang, aufgrund dessen das Unternehmen ein Wirtschaftsgut erwirbt, das als solches bereits besteht oder vom Veräußerer noch zu erzeugen ist.[2000]

Die offene Einlage stellt einen tauschähnlichen Vorgang dar. Auf Seiten der Kapitalgesellschaft ist folglich ein Anschaffungsvorgang zu bejahen, der zu Anschaffungskosten führt.

cc) Das Verhältnis von § 6 I Nr. 2 EStG und § 6 I Nr. 5 EStG

Es stellt sich in Bezug auf § 6 I Nr. 2 und Nr.5 EStG die Frage, welche der beiden – jeweils tatbestandlich erfüllten – Bewertungsvorschriften zur Anwendung kommt. Der Streit ist zu entscheiden, denn die Vorschriften kommen zu divergierenden Ergebnissen in Bezug auf die Höhe des Bilanzansatzes: nach § 6 I Nr. 2 EStG wäre die erworbene Forderung mit den Anschaffungskosten zu bewerten, nach § 6 I Nr. 5 EStG hingegen mit dem Teilwert.

Die beiden Vorschriften stehen in einem Verhältnis der Spezialität zueinander.[2001] Die numerische Anordnung der Nummern 1 bis 7 in § 6 I EStG gibt keinen Aufschluss darüber, ob die Reihenfolge am Grad der Spezialität ausgerichtet ist. Daher lässt sich nicht aus der bloßen Stellung der beiden in Betracht kommenden Bewertungsvorschriften eine als die speziellere bestimmen.

Daher ist der Blick auf den Regelungsgehalt zu werfen. Der Forderungserwerb stellt sich im Lichte des § 6 I Nr. 2 EStG als Anschaffungsvorgang dar, während der Fokus bei § 6 I Nr. 5 EStG auf die Einlage zielt. Es geht einerseits um die Anschaffung, andererseits um die Einlage. Anschaffung ist ein entgeltlicher Erwerb; die offene Einlage ist ebenfalls als entgeltlicher Erwerb zu qualifizieren. Doch weist die Einlage noch die Besonderheit auf, dass der Erwerb seine Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis findet und die Gegenleistung in der Gewährung von Gesellschaftsrechten liegt. Die Einlage hat deutlichere Konturen als die Anschaffung. Die Einlage ist begrifflich enger und deswegen spezieller als die Anschaffung. Insofern liegt es nahe, zunächst zu prü-

[1999] *Fischer*, in: Kirchhof, § 6 EStG, Rn. 51.
[2000] *Fischer*, in: Kirchhof, § 6 EStG, Rn. 27.
[2001] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 161.

fen, ob ein entgeltlicher Erwerb als Einlage kategorisiert werden kann. Ist das nicht der Fall, greift subsidiär die Einordnung als Anschaffung. Im Fall der offenen Einlage ist die Bewertungsvorschrift des § 6 I Nr.5 EStG vorrangig.

d) § 6 VI 1 EStG

Gegenstand von § 6 VI 1 EStG sind die Anschaffungskosten eines Wirtschaftsguts, das im Wege des Tausches erworben wurde. Offene Einlagen werden demgegenüber nicht erwähnt. Fraglich ist, ob die offene Einlage als tauschähnlicher Vorgang qualifiziert werden kann. Dann würde der sachliche Regelungsbereich des § 6 VI 1 EStG auch die offene Einlage erfassen.[2002] Die Bewertung nach § 6 VI 1 EStG würde im Wege der Spezialität die allgemeine Einlagenbewertungsregel des § 6 I Nr. 5 EStG verdrängen.

2. Die offene Einlage als tauschähnlicher Vorgang

Im Steuerrecht ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgebend.[2003] Vor diesem Hintergrund ist zu beachten, dass aus Sicht der Gesellschaft die Entgegennahme des eingelegten Wirtschaftsguts und die Einräumung eines Gesellschaftsanteils nicht isoliert nebeneinander stehen. Vielmehr sind beide Vorgänge durch einen wirtschaftlichen Zusammenhang miteinander verknüpft. Bei wertender Betrachtung liegt ein tauschähnlicher Vorgang vor.[2004]

a) Die Begrifflichkeiten

aa) Die Tauschähnlichkeit

Die Einlage eines Wirtschaftsguts gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist bei steuerlicher Betrachtungsweise ein tauschähnliches Geschäft;[2005] dem Zivilrecht im Allgemeinen und dem Gesellschaftsrecht im Besonderen ist die Rechtsfigur der Tauschähnlichkeit hingegen fremd.[2006]

bb) Die Veräußerung

Der Begriff der Veräußerung wird im Zivilrecht in einem engeren und in einem weiteren Sinne gebraucht. In seiner engen Variante bezeichnet Veräußerung das abstrakte Verfügungsgeschäft, d.h. die unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht;[2007] es geht um den dinglichen Vollzug des Verpflichtungsgeschäfts.[2008] Im weiteren Sinne versteht man unter Veräußerung einen zweiteiligen Vorgang: die Veräußerung erfasst

---

[2002] *Patt*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 6 Rn. R 150.
[2003] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 109.
[2004] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 109.
[2005] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az: VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2006] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 146.
[2007] *Bayreuther*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 185 Rn. 3.
[2008] *Krebs*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, § 49 HGB, Rn. 43.

die Gesamtheit von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft.[2009] Im Steuerrecht bezeichnet die Veräußerung die Gesamtheit aus Kausalgeschäft und Erfüllungsgeschäft.[2010]

cc) Die Einlage

Die gesellschaftsrechtliche Einlage ist das Erfüllungsgeschäft, das eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung umsetzt.[2011] Das Erfüllungsgeschäft besteht in der Übertragung des Einlagegegenstandes auf die Gesellschaft durch ein sachenrechtliches Geschäft; es liegt eine Veräußerung – verstanden als Verfügung – vor.[2012]

b) Analyse der Vorgänge im Zusammenhang mit der offenen Einlage

aa) Die Sichtweise des Gesellschafters

Bei einer offenen Sacheinlage vereinbaren der Einbringende und die Gesellschaft zwei Essentialia: die Parteien müssen den Gegenstand der Sacheinlage bestimmen und die Höhe der Einlageschuld festlegen.[2013] Macht der Einlegende das Wirtschaftsgut zum Gegenstand seines auf die Erfüllung der Einlageschuld gerichteten Leistungshandelns, verrechnet die Gesellschaft den Wert des Einlagegegenstandes mit der Einlageforderung.[2014]

Mit der Feststellung des Statuts steht die Einzahlungspflicht des Gesellschafters fest (§ 23 II Nr. 2 AktG, § 3 II GmbHG). Dies ist die Einlageforderung. Der Wert der Sacheinlage wird auf die im Statut festgesetzte Geldforderung der Gesellschaft angerechnet;[2015] der Anrechnungsbetrag ist gleichfalls im Statut bestimmt (§ 27 I 1 AktG, § 5 IV 1 GmbHG). Die Sacheinlage ist eine datio in solutum auf die ursprünglich bestehende Einlageforderung, die auf Geldleistung gerichtet ist.[2016] Diesen Anspruch gibt die Gesellschaft hin im Gegenzug zum Erhalt des eingelegten Wirtschaftsguts.[2017] Das Geschäft ist einem Kauf ähnlich:[2018] der Gesellschafter ist Verkäufer und verschafft der Gesellschaft die Sacheinlage. Die Gegenleistung der Gesellschaft besteht darin, die Einlageverpflichtung als erfüllt zu betrachten.[2019]

[2009] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 86.
[2010] *Weber-Grellet*, in: Schmidt, § 17 EStG, Rn. 96.
[2011] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 101.
[2012] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 101.
[2013] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az: VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2014] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az: VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2015] *Groh*, FR 1990, 528 (528).
[2016] *Lutter*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 54 Rn. 5.
[2017] *Groh*, FR 1990, 528 (528).
[2018] BGH, Urteil vom 2.05.1966, Az: II ZR 219/63, BGHZ 45, 338.
[2019] *Groh*, DB 1997, 1683 (1684).

Nach einer Auffassung besteht die Leistungsverpflichtung des Einlegenden grundsätzlich in einer Geldleistung; eine erbrachte Sachleistung könne die Gesellschaft aber an Erfüllungs statt annehmen.[2020] Nach anderer Auffassung geht die Einlageverpflichtung grundsätzlich auf eine Sachleistung.[2021] Eine Entscheidung des Streits kann hier aber unterbleiben, denn der Einlegende hat eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Wertverschaffung, die der Höhe nach auf das Nennkapital zielt, das aufzubringen ist (§ 9 I GmbHG, § 36a II 2 AktG). Die Gesellschaft hat einen „gesetzlichen Geldeinlageanspruch", der an die Seite der Sacheinlage tritt.[2022] Ist der Wert der Sachleistung nicht hinreichend, trifft den Einlegenden die Differenzhaftung. Diese konstituiert eine Geldschuld.[2023]

Für die Zwecke der Steuerbilanz kommt es auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an. Danach ist es ohne Bedeutung, ob eine Sacheinlage oder eine Sachübernahme durchgeführt wird.[2024] Merkmal der Sachübernahme ist, dass die Einlagepflicht im Wege der Verrechnung mit einer Vergütungsleistung erfüllt wird.[2025] Die Vergütung bemisst sich als Gegenwert der Sacheinlage.[2026] Letztlich ist die hinter der Sachleistung stehende Geldleistung entscheidend.[2027] Die Sacheinlage ist eine datio in solutum der grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Barleistung.[2028] Für die Kapitalgesellschaft ist die Sacheinlage damit ein kaufähnlicher Vorgang, wobei die Leistung des Einlegenden nach objektiven Maßstäben beurteilt wird.[2029]

Für den Gesellschafter stehen zwei Geschäfte in Rede: zum einen die Anschaffung des Gesellschaftsanteils. Die Einlageforderung der Gesellschaft stellt die Anschaffungskosten dar. Zum anderen geht es um die Veräußerung der Wirtschaftsgüter, die der Gesellschaft zuzuführen sind. In der Zusammenschau beider Vorgänge wird die Tauschähnlichkeit des Gesamtgeschäfts erkennbar.[2030]

bb) Die Sichtweise der Gesellschaft

(1) Das Anschaffungsgeschäft

Die offene Einlage basiert darauf, dass der Einlagegegenstand dem Gesellschaftsvermögen der Kapitalgesellschaft zugeführt wird.[2031] Der Einlegende überträgt das wirt-

---

[2020] *Bayer,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 5 Rn. 13.
[2021] *Veil,* in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2010, § 5 GmbHG, Rn. 34.
[2022] *Veil,* in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2010, § 9 GmbHG, Rn. 5.
[2023] BGH, Urteil vom 2.05.1966, Az: II ZR 219/63, BGHZ 45, 338.
[2024] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az: VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2025] a.A. *Wichmann* Stbg 2000, 314 (315).
[2026] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az: VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2027] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az: VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2028] a.A. *Daragan*, DStR 2000, 573 (573).
[2029] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az: VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2030] *Groh*, DB 1997, 1683 (1684).
[2031] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 171.

schaftliche Eigentum.[2032] Die Gesellschaft erbringt eine Gegenleistung durch Gewährung von Gesellschaftsrechten.[2033] Insoweit liegt ein entgeltlicher Anschaffungsvorgang vor.

(a) Der Gedanke der Sachübernahme

Aus der Perspektive der Kapitalgesellschaft kann ein Anschaffungsvorgang bejaht werden. Die Schaffung der neuen Anteile im Zuge der Kapitalerhöhung lässt die Einlageforderung der Gesellschaft entstehen.[2034] Geht der Wille der Parteien dahin, dass der Gesellschafter keine Geldleistung, sondern eine Sachleistung erbringen soll, muss das Statut bestimmen, in welcher Höhe der Wert der Sachleistung auf die Einlageforderung anzurechnen ist (§ 5 IV GmbHG, § 27 I AktG).[2035]

Bei wirtschaftlicher Betrachtung stellt sich der Vorgang als Sachübernahme dar: die Gesellschaft kauft dem Gesellschafter die Sachleistung ab; die Gesellschaft entrichtet dann den Kaufpreis. Auf die Einlageforderung wird der Kaufpreis angerechnet. Die Höhe des Anrechnungsbetrags erfasst aus Sicht der Gesellschaft die Anschaffungskosten der Sachleistung.[2036]

(b) Die Wertungen des UmwStG

Die Entgegennahme des Gesellschaftsanteils führt beim Gesellschafter zu Anschaffungskosten, wie sich aus § 20 III UmwStG ergibt.[2037] Diese Vorschrift enthält einen verallgemeinerbaren Rechtsgedanken: der Einbringende muss Anschaffungskosten tragen und erzielt einen Veräußerungspreis. In Bezug auf den Einlagegegenstand liegt auf Seiten des Gesellschafters ein Veräußerungsgeschäft vor; damit korreliert auf Seiten der Gesellschaft ein Anschaffungsgeschäft.[2038]

(aa) Die Tauschähnlichkeit der Sacheinlage in § 20 I UmwStG

Die Qualifizierung der offenen Sacheinlage als entgeltlichen Vorgang findet seinen Halt auch in den Bestimmungen der §§ 20, 24 UmwStG.[2039] § 20 I UmwStG setzt auf der Tatbestandsseite voraus, dass eine offene Sacheinlage vorliegt. Die Sacheinlage wird dort gesetzlich definiert als Einbringung eines Betriebs oder Teilbetriebs oder eines Mitunternehmeranteils in eine Kapitalgesellschaft, wofür der Einbringende neue Anteile an der Gesellschaft erhält.

[2032] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 171.
[2033] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 171.
[2034] *Groh*, DB 1997, 1683 (1684).
[2035] *Groh*, DB 1997, 1683 (1685).
[2036] *Knobbe-Keuk*, AG 1979, 293 (293).
[2037] *Schulze-Osterloh*, ZGR 1993, 420 (428).
[2038] *Groh*, DB 1997, 1683 (1685).
[2039] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 144.

Die Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen stellt ein tauschähnliches Geschäft dar.[2040] Die Einbringung ist für den Einbringenden steuerlich ein Veräußerungsgeschäft (§ 20 III 1 UmwStG).[2041] Das führt zur Aufdeckung der stillen Reserven der dem Betriebsvermögen entstammenden Wirtschaftsgüter.[2042] Hier setzt § 20 UmwStG an, indem die Vorschrift eine systematische Ausnahme statuiert: für die in § 20 UmwStG erfassten Tatbestände kann eine Steuerbelastung bei der Umstrukturierung vermieden werden.[2043]

Nach § 20 II 1 HS 1 UmwStG hat die übernehmende Gesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Jedoch besteht unter den in § 20 II 2 UmwStG genannten Voraussetzungen ein steuerliches Wahlrecht, den Buchwert anzuwenden. Über die Wertverknüpfung des § 20 III 1 UmwStG gilt dieser Wert für den Einbringenden als Veräußerungspreis. So hat die übernehmende Gesellschaft in der Hand, inwieweit es beim Einbringenden zu einer Gewinnrealisierung in Gestalt eines Veräußerungsgewinns (§ 20 IV UmwStG) kommt.[2044]

(bb) Bloße Anschaffungsfiktion

Der Vorgang „Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen" ist tauschähnlich. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass § 23 IV UmwStG im Fall der Einzelrechtsnachfolge eine Anschaffungsfiktion begründet.[2045] *Schmidt/Hageböke* gehen davon aus, der Anschaffungsvorgang werde unter bestimmten Voraussetzungen bei der offenen Sacheinlage lediglich fingiert. Das schließe einen „originären Anschaffungsvorgang" bei einer offenen Sacheinlage im Allgemeinen aus.[2046] Dem ist nicht zu folgen.

(cc) Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge als Anknüpfungspunkt der Anschaffungsfiktion

Bei der Einbringung von Unternehmensteilen i.S.d. § 20 UmwStG ist für das Eingreifen der Anschaffungsfiktion des § 23 IV UmwStG danach zu differenzieren, ob die Sacheinlage im Wege der Einzelrechtsnachfolge oder der Gesamtrechtsnachfolge geleistet wurde.[2047] Übernimmt die Kapitalgesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen zum gemeinen Wert (§ 20 II 1 UmwStG), bestimmt § 23 IV UmwStG, ob sie für Zwecke des Steuerrechts Rechtsnachfolger des Einbringenden ist.[2048] Alternativ ist die Einbringung so zu behandeln, als hätte die Kapitalgesellschaft die Wirtschaftsgüter ange-

---

[2040] BFH, Urteil vom 24. 04. 2007, Az: I R 35/05, BFHE 218, 97.
[2041] BMF, Schreiben vom 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314, Rn. 00.02, 20.01.
[2042] *Nitzschke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 20 UmwStG Rn. 12.
[2043] *Nitzschke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 20 UmwStG Rn. 12.
[2044] *Nitzschke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 20 UmwStG Rn. 79.
[2045] *Schmidt/Hageböke*, DStR 2003, 1813 (1817).
[2046] *Schmidt/Hageböke*, DStR 2003, 1813 (1817).
[2047] *Koch/Jürging,* BB 2009, 710 (713).
[2048] *Herzig/Rieck/Gehring,* BB 1999, 575 (579).

schafft.[2049] Welcher der beiden Wege zu beschreiten ist, richtet sich danach, ob das Betriebsvermögen im Wege der Einzelrechtsnachfolge oder der Gesamtrechtsnachfolge eingebracht wurde.

(i) Einzelrechtsnachfolge

Bei Einbringung im Wege der Einzelrechtsnachfolge „gelten die eingebrachten Wirtschaftsgüter als [...] angeschafft" (§ 23 IV HS 1 UmwStG). Einzelrechtsnachfolge setzt voraus, dass der Rechtsübergang dadurch bewerkstelligt wird, dass jeder Gegenstand einzeln in der für ihn erforderlichen Form übertragen wird: eine bewegliche Sache nach §§ 929 ff BGB, eine unbewegliche Sache nach §§ 873, 925 BGB.[2050] Die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums ist ausreichend.[2051] Als Rechtsfolge sieht § 23 IV HS 1 UmwStG eine Anschaffungsfiktion vor.[2052] Die übertragenen Wirtschaftsgüter gelten als angeschafft. Das tauschähnliche Geschäft wird fingiert.[2053]

(ii) Gesamtrechtsnachfolge

Erfolgt die Einbringung des Betriebsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 23 IV HS 2 UmwStG), übernimmt die Kapitalgesellschaft die Rechtsstellung des Einbringenden.[2054] Gesamtrechtsfolge liegt vor, wenn das Vermögen in einem Akt in seiner Gesamtheit auf den Rechtsnachfolger übergeht.[2055] Zur Gesamtrechtsnachfolge gehört die Verschmelzung einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft.[2056] Hier greift keine Anschaffungsfiktion.

(iii) Die Form der Bewirkung der Sacheinlage nach § 20 I UmwStG

Die Sacheinlage i.S.d. § 20 I UmwStG kann sowohl durch Einzel- als auch Gesamtrechtsnachfolge bewirkt werden. Werden die Wirtschaftsgüter im Zuge einer Einzelrechtsnachfolge übertragen, müssen die einzelnen Übertragungsakte freilich in einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang erfolgen, so dass sich der Vorgang wirtschaftlich als Überlassung einer Sachgesamtheit i.S.d. § 20 I UmwStG darstellt.[2057] Die Sacheinlage kann aber auch die Gestalt der Verschmelzung einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft annehmen (§§ 3 I Nr. 1–3, 38 ff., 45 a ff., 46 ff.,

---

[2049] *Bilitewski,* in: Haritz/Menner, UmwandlungssteuerG, 3. Aufl. 2009, § 23 UmwStG Rn. 2.
[2050] *Heß*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Gründung von Kapitalgesellschaften, Rn. 3.
[2051] *Franz/Winkler/Polatzky,* BB-Special 2011, S. 15 (16).
[2052] *Bilitewski,* in: Haritz/Menner, UmwandlungssteuerG, 3. Aufl. 2009, § 23 UmwStG Rn. 74.
[2053] *Herzig/Rieck/Gehring,* BB 1999, 575 (579).
[2054] *Bilitewski*, in: Haritz/Menner, UmwandlungssteuerG, 3. Aufl. 2009, § 23 UmwStG Rn. 67.
[2055] *Heß*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Gründung von Kapitalgesellschaften, Rn. 3.
[2056] *Heß*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Gründung von Kapitalgesellschaften, Rn. 6.
[2057] BFH, Urteil vom 6. 09. 2000, Az IV R 18/99, BStBl. II 2001, 229.

60 ff., 78, 79 ff. UmwG);[2058] dann wäre der Weg der Gesamtrechtsnachfolge beschritten.[2059]

§ 23 UmwStG bestimmt die steuerlichen Konsequenzen auf der Ebene der übernehmenden Kapitalgesellschaft; tatbestandlich knüpft die Bestimmung an das „eingebrachte Betriebsvermögen" an. Ob die Einbringung durch Sacheinlage (§ 20 UmwStG) oder Anteilstausch (§ 21 UmwStG) erfolgt ist, macht keinen Unterschied.[2060] Beim Anteilstausch ist aber ein „originärer Anschaffungsvorgang" zu bejahen.

Es geht in § 23 IV UmwStG gar nicht darum, ob die offene Sacheinlage einen originären Anschaffungsvorgang darstellt. Entscheidend ist für die Fiktion allein die Art und Weise der Übertragung. Der Vorschrift des § 23 IV UmwStG ist keine Aussage darüber zu entnehmen, ob eine offene Sacheinlage ursprünglich einen Anschaffungsvorgang mit sich bringt. Das ist für die Zwecke des Umwandlungssteuerrechts auch irrelevant, weil § 23 IV UmwStG explizit regelt, unter welchen Umständen von einer Anschaffung auszugehen ist. Es geht darum, dass aus steuerlichen Gründen im Fall der Einbringung durch Einzelrechtsnachfolge eine Anschaffung fingiert werden soll, während bei der Einbringung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge die übernehmende Kapitalgesellschaft so behandelt werden soll, als wäre sie in die Rechtsposition des Einbringenden eingetreten.[2061]

(dd) Bloße Übertragbarkeit des Rechtsgedankens

Im Übrigen ist zu beachten, dass die Regeln des UmwStG nicht unmittelbar zur Begriffsbestimmung der Einlage in § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG herangezogen werden dürfen. Denn die umwandlungssteuerrechtlichen Bestimmungen sind spezialgesetzliche Normen, die den Regeln der Einlage im Körperschaftssteuerrecht vorgehen.[2062] Hier soll lediglich zur Begründung der Plausibilität einer sich aus dem Körperschaftsteuerrecht ergebenden Lösung auf Wertungen des Umwandlungssteuerrechts verwiesen werden.

(c) Die Wertung des § 6 V EStG

Auch die Systematik des § 6 EStG legt die Entgeltlichkeit i.S.d. der Tauschähnlichkeit der offenen Einlage nahe. Das Gesetz regelt sowohl in § 4 I 1 EStG als auch in § 6 I Nr. 5 EStG die Einlage. Es ist – zumindest prima facie – nicht ersichtlich, dass der Einlagebegriff des § 4 I 1 EStG anders ist als der in § 6 I Nr. 5 EStG.[2063] In § 6 V 3 Nr.1, 2 EStG geht es um die Übertragung eines Wirtschaftsgutes in das Gesamthandsvermö-

[2058] *Pöllath/Philipp,* DB 2005, 1503 (1503).
[2059] *Bilitewski*, in: Haritz/Menner, UmwandlungssteuerG, 3. Aufl. 2009, § 20 UmwStG Rn. 12.
[2060] *Bilitewski*, in: Haritz/Menner, UmwandlungssteuerG, 3. Aufl. 2009, § 23 UmwStG Rn. 4.
[2061] Vgl. *Jürging,* BB 2010, 2951 (2954).
[2062] BFH, Urteil vom 09.01.2013, Az: I R 24/12, DStR 2013, 582.
[2063] *Wichmann*, Stbg 2000, 314.

gen einer Mitunternehmerschaft. Diese Übertragung erfolgt entweder unentgeltlich oder „gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten“. Die Übertragung des Wirtschaftsguts gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist ein tauschähnliches und damit entgeltliches Geschäft. Für die Bewertung wären auch die Regeln über den Tausch in § 6 VI EStG anwendbar; doch ordnet § 6 VI 4 EStG die vorrangige Anwendung des § 6 V EStG an.[2064] Schon die dichotomische Einordnung der Übertragung als „unentgeltlich“ oder „gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten“ legt nahe, dass letztere Variante im Gegensatz zur ersteren entgeltlicher Natur ist.[2065] Zudem wäre die Regelung in § 6 VI 4 EStG überflüssig, wenn die Übertragung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten nicht als entgeltliches Geschäft den Vorschriften über den Tausch in § 6 VI EStG unterfiele.

(2) Das Veräußerungsgeschäft

Jedoch muss ein Veräußerungsgeschäft auf Seiten der Gesellschaft verneint werden.[2066] Denn die Gesellschaftsanteile, die der Einlegende erhält, entstehen aufgrund der Kapitalerhöhung und damit unabhängig vom Debt-Equity-Swap. Damit liegt kein Tausch vor, aber ein tauschähnliches Geschäft.

c) Gesamtwürdigung

Kennzeichen der offenen Einlage ist, dass die Gesellschaft als Gegenleistung der Einlage Gesellschaftsrechte gewährt. Aus Sicht der Gesellschaft geht es – in Bezug auf das eingelegte Wirtschaftsgut – um eine Anschaffung, während von der Warte des Einlegenden aus eine Veräußerung vorliegt. Das Anschaffungsgeschäft für die Gesellschaft ist in der Hingabe der Einlageforderung gegen Annahme des Sachwertes zu sehen.[2067]
Bei der offenen Einlage stellen die von der Gesellschaft gewährten Gesellschaftsrechte die Gegenleistung im tauschähnlichen Geschäft dar.[2068] Der tauschähnliche Vorgang ist steuerlich gesehen eine Veräußerung,[2069] d.h. die entgeltliche Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums.[2070] Die offene Einlage bewirkt eine Gewinnrealisierung, die sich aus den Grundsätzen des Tauschgeschäfts ergibt.[2071] Die offene Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten hat entgeltlichen Charakter.[2072]

[2064] *Ehmcke*, in: Blümich, 117. Aufl., § 6 EStG, Rn. 1320.
[2065] *Adam,* Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 144.
[2066] *Groh*, DB 1997, 1683 (1685).
[2067] BFH, Urteil vom 12.12.2012, Az: I R 28/11, DStR 2013, 575.
[2068] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az VIII R 69/95, DStR 1999, 366; vom 12.12.2012, Az: I R 28/11, DStR 2013, 575.
[2069] BFH, Urteil vom 12.12.2012, Az: I R 28/11, DStR 2013, 575.
[2070] BFH, Urteil vom 24.01.2012, Az: IX R 69/10, BFH/NV 2012, 1099.
[2071] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 109.
[2072] BFH, Urteil vom 7. 04. 2010, Az: I R 55/09, BStBl. II 10, 1084.

3. Anwendbarkeit des § 6 VI 1 EStG auf tauschähnliche Vorgänge

Gegenstand von § 6 VI 1 EStG sind die Anschaffungskosten eines Wirtschaftsguts, das im Wege des Tausches erworben wurde. Tauschähnliche Vorgänge werden demgegenüber nicht erwähnt.

a) Der zivilrechtliche Begriff des Tausches

Fraglich ist, was unter einem Tausch i.S.d. § 6 VI 1 EStG zu verstehen ist. Auch für das Steuerrecht ist der zivilrechtliche Begriff maßgebend, wo nicht steuerliche Zwecke eine Abweichung erfordern.[2073] Damit fallen prima facie auch im Steuerrecht tauschähnliche Vorgänge nicht unter den Tausch i.S.d. § 6 VI 1 EStG.

b) Die Systematik des § 6 EStG

Ein vom Zivilrecht abweichender Begriff des Tausches, der auch den tauschähnlichen Vorgang einschließt, könnte sich aus der Systematik des § 6 VI EStG heraus rechtfertigen lassen. In § 6 VI 2 EStG behandelt der Gesetzgeber die verdeckte Einlage. Die Anschaffung von Wirtschaftsgütern im Wege des Tausches ist in § 6 VI 1 EStG geregelt. Das legt nahe, dass offene Einlagen und somit auch tauschähnliche Vorgänge von der allgemeineren Vorschrift des § 6 VI 1 EStG erfasst sein sollen.[2074] Während § 6 VI 1 EStG den Tausch – und damit auch tauschähnliche Vorgänge – als Anschaffungen einer Personen- oder Kapitalgesellschaft erfasst, bezieht sich § 6 VI 2 EStG für die verdeckte Einlage explizit nur auf Kapitalgesellschaften. Der Regelung des § 6 VI 1 EStG liegt ein steuerrechtlicher Begriff des Tausches zugrunde.[2075] Bei wirtschaftlicher Betrachtung kommt ein tauschähnliches Geschäft einem Tausch gleich.

Eine solche Betrachtungsweise schränkt den Anwendungsbereich von § 6 I Nr. 5 EStG bedeutend ein, weil offene Einlagen, die als tauschähnliche Vorgänge auftreten, nicht mehr erfasst werden.[2076] Die Vorschrift wird nur noch zur Bewertung von Einlagen in Einzelunternehmen, Sonderbetriebsvermögen, bei offenen Einlagen in Gestalt der Zuzahlung nach § 272 II Nr. 4 HGB und bei verdeckten Einlagen herangezogen.[2077] Jedenfalls für offene Einlagen in Mitunternehmerschaften legt die Systematik des § 6 VI EStG nahe, dass die detaillierte Regelung des § 6 V EStG vorrangig ist, wie auch § 6 V 4 EStG deutlich macht.[2078]

[2073] *Meincke*, StuW 1992, 188 (190).
[2074] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 164.
[2075] *Patt*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 6 Rn. R 150.
[2076] *Schulze zur Wiesche*, DStR 1999, 917 (917).
[2077] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 166.
[2078] *Korn*, KÖSDI 2002, 13272 (13275).

c) Das Tauschgutachten

Der historische Gesetzgeber wollte mit § 6 VI 1 EStG die Fortgeltung des Tauschgutachtens[2079] beenden.[2080] Der in Bezug auf die Qualifizierung der offenen Einlage als Tausch oder tauschähnlichen Vorgang relevante Teil des Tauschgutachtens soll daher kurz zusammengefasst werden.

Nach dem Tauschgutachten könne es keinen Unterschied machen, ob ein Erwerb gegen Geld vorliege oder gegen Hingabe von anderen Wirtschaftsgütern.[2081] Auch der Tausch führe zur Realisierung von Gewinn.[2082] Sacheinlagen im Zuge einer Kapitalerhöhung stellten gesellschaftsrechtliche Vorgänge dar. Ergebnis des Vorgangs beim Einlegenden sei der Erwerb von Wirtschaftsgütern. Diese seien mit den Anschaffungskosten zu bewerten. Im Rechtssinne sei das Geschäft allerdings nicht als Tausch zu qualifizieren.[2083] Denn der hingegebene Gesellschaftsanteil werde genau genommen nicht gegen den erworbenen Gesellschaftsanteil getauscht. Bezüglich der steuerlichen Konsequenzen sei zwischen der Gesellschaft und dem Einbringenden zu differenzieren.[2084]

Das Tauschgutachten erfasste auch den Fall der Sacheinlage in eine Kapitalgesellschaft. Dieser nicht als Tausch, sondern als tauschähnlich zu qualifizierende Vorgang soll nun dem Anwendungsbereich des § 6 VI 1 EStG anheim fallen.

d) Ergebnis

Die offene Einlage stellt ein tauschähnliches Geschäft und damit einen Tausch i.S.d. § 6 VI 1 EStG dar. Daher ist die Bewertungsvorschrift des § 6 VI 1 EStG anzuwenden.[2085]

II. Die Bewertung der verdeckten Einlage

1. Die in Betracht kommenden Bewertungsvorschriften

Die vorrangige Sondervorschrift des § 20 UmwStG ist auf die Einlage eines Einzelwirtschaftsguts nicht anwendbar. § 6 I Nr. 2 EStG tritt als allgemeine Regel hinter § 6 I Nr. 5 EStG zurück.

a) § 6 VI 2 EStG

§ 6 VI 2 EStG bestimmt, dass sich bei der verdeckten Einlage die Anschaffungskosten der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft um den Teilwert des eingelegten Wirt-

---

[2079] BFH, Gutachten vom 16.12.1958, Az: I D 1/57 S, NJW 1959, 694. Vgl. zum Zweck des Tauschgutachtens: *Pöllath,* DB 2002, 1342 (1344).
[2080] BT-Drs 14/23, S. 173; BT-Drs 14/265, S. 174 (beide zu § 6 V EStG, der dem heutigen § 6 VI EStG korreliert).
[2081] BFH, Gutachten vom 16.12.1958, Az: I D 1/57 S, NJW 1959, 694.
[2082] BFH, Gutachten vom 16.12.1958, Az: I D 1/57 S, NJW 1959, 694.
[2083] BFH, Gutachten vom 16.12.1958, Az: I D 1/57 S, NJW 1959, 694.
[2084] BFH, Gutachten vom 16.12.1958, Az: I D 1/57 S, NJW 1959, 694.
[2085] So ausdrücklich: BFH, Urteil vom 24.04.2007, Az: I R 35/05, BFHE 218, 97.

schaftsguts erhöhen. Fraglich ist, in welchem Verhältnis diese Vorschrift zu § 6 I Nr. 5 EStG steht.

Zunächst ließe sich die Anordnung des § 6 VI 2 EStG als die speziellere Vorschrift betrachten.[2086] Dem ist aber nicht zu folgen. Denn die Regelungsgehalte der beiden Normen konkurrieren nicht miteinander, sondern ergänzen sich.

§ 6 VI 2 EStG regelt, wie die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft zu bewerten ist.[2087] Die Rechtsfolge des § 6 VI 2 EStG zielt darauf ab, dass sich die Anschaffungskosten der Beteiligungen erhöhen – nämlich um den Teilwert des verdeckt eingelegten Wirtschaftsguts. Dass sich Anschaffungskosten einer Beteiligung an der Kapitalgesellschaft erhöhen können, setzt logisch voraus, dass der Einlegende die Beteiligung im Betriebsvermögen hält.[2088]

Das im Wege der verdeckten Einlage der Kapitalgesellschaft zugeführte Wirtschaftsgut muss ebenfalls einem Betriebsvermögen des Einlegenden entstammen.[2089] Beim Zugang in das Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft ist das Wirtschaftsgut mit dem Teilwert zu bewerten (§ 6 I Nr. 5 EStG). Entnimmt der Einlegende das Wirtschaftsgut einem Betriebsvermögen, geht es von dort zum Buchwert ab.[2090] In Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen Buchwert (beim Ausscheiden aus dem Betriebsvermögen) und Teilwert (bei Zuführung zur Kapitalgesellschaft) bewirkt die verdeckte Einlage einen Gewinn.[2091]

b) § 6 VI 1 EStG

Die Bewertungsvorschrift des § 6 VI 1 EStG setzt voraus, dass die verdeckte Einlage ein Tauschgeschäft oder zumindest ein tauschähnliches Geschäft darstellt.

aa) Das tauschähnliche Geschäft

Führt der Gesellschafter seiner Gesellschaft im Wege der verdeckten Einlage ein Wirtschaftsgut zu, entstehen ihm nachträgliche Anschaffungskosten bezüglich seines Gesellschaftsanteils.[2092] Aus Sicht der Gesellschaft bewirkt die verdeckte Einlage, dass sich der Wert der Beteiligung erhöht. Diese Werterhöhung stellt sich als bloßer Reflex der verdeckten Einlage dar.[2093] Ein entgeltliches Geschäft wird dadurch nicht begründet.[2094]

[2086] So *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 162.
[2087] *Ehmcke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 6 Rn. 1393.
[2088] *Eckstein,* in: Heuer/Herrmann/Raupach, § 6 Rn. 1488 a.
[2089] *Kulosa,* in: Schmidt, EStG, § 6 EStG, Rn. 743 f, a.A.: *Eckstein,* in: Heuer/Herrmann/Raupach, § 6 Rn. 1488 a.
[2090] *Eckstein,* in: Heuer/Herrmann/Raupach, § 6 Rn. 1488 d.
[2091] *Ehmcke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 6 Rn. 1393.
[2092] BFH, Urteil vom 14.03.2012, Az: IX R 37/11, DStR 2012, 1014.
[2093] BFH, Urteil vom 14.03.2011, Az: I R 40/10, BFH/NV 2011, 1556.
[2094] BFH, Urteil vom 14.03.2011, Az: I R 40/10, BFH/NV 2011, 1556.

Groh nimmt dennoch eine Gegenleistung an.[2095] Dies folge aus der Vergleichbarkeit der Situation bei Gesellschaftsgründung und verdeckter Einlage. Bei der Beurteilung der Frage nach der Gegenleistung sind die Besonderheiten des Gesellschaftsrechts zu beachten. Zentral für den Gesellschaftsvertrag ist die Pflicht der Gesellschafter, den gemeinsamen Zweck zu fördern.[2096] Der Gesellschafsvertrag konstituiert kein Austauschverhältnis i.S.d. § 320 BGB.[2097] Ein Gesellschafter verspricht seinen Beitrag nicht in Erwartung einer bestimmten Gegenleistung, sondern um den Gesellschaftszweck zu verwirklichen.[2098] Daraus folgt, dass bei der Gesellschaftsgründung die Gegenleistung der Gesellschaft für die Sacheinlage in der Einräumung von Gesellschaftsanteilen besteht. Das ist die Situation der offenen Einlage. Dass die Gesellschaft den neuen Gesellschafter als Mitglied aufnimmt, reicht als Gegenleistung aus. Die Zuführung eines Wirtschaftsguts gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten begründet ein tauschähnliches Geschäft.

In Bezug auf die Entgeltlichkeit finde nach *Groh* die offene Einlage bei Gesellschaftsgründung ihre Entsprechung in der verdeckten Einlage. Denn die Einräumung der Gesellschaftsrechte und ihre Verstärkung im Gefolge der verdeckten Einlage seien vergleichbar.[2099] Wertungsmäßig sei zu berücksichtigen, dass aufgrund der Besonderheiten des Gesellschaftsrechts eine „rudimentäre" Gegenleistung ausreiche.[2100] Es liege ein tauschähnliches Geschäft vor. Das habe für die Gesellschaft zur Folge, dass sie „den Vermögenswert der zu übertragenden Gegenstände als Einlage [erhalte] und für die Beschaffung der übertragenen Wirtschaftsgüter [verausgabe]".[2101]

bb) Verneinung eines tauschähnlichen Geschäfts

Die Annahme eines tauschähnlichen Vorgangs bei der verdeckten Einlage erscheint zu weitgehend. Denn die verdeckte Einlage ist ein einseitiges Geschäft.[2102] Wirtschaftlich geht es um einen verlorenen Zuschuss, den der Gesellschafter seiner Gesellschaft zukommen lässt. Die Gesellschaft erbringt keine Gegenleistung.[2103] Die verdeckte Einlage hat nicht die Natur eines Tauschgeschäfts.[2104]

[2095] *Groh*, DB 1997, 1683 (1687).
[2096] *Ulmer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, Vorbem. vor § 705 BGB Rn. 104.
[2097] *Ulmer,* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 705 BGB, Rn. 138 f.
[2098] *Bezzenberger/Keul*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2009, § 76 Rn. 7.
[2099] *Groh*, DB 1997, 1683 (1687).
[2100] *Groh*, DB 1997, 1683 (1687).
[2101] *Groh*, DB 1997, 1683 (1687).
[2102] *Weber-Grellet*, DB 1998, 1532 (1536).
[2103] *Spönemann*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 3: Besteuerung der GmbH, Rn. 781.
[2104] *Weber-Grellet*, DB 1998, 1532 (1536).

Dass sich als Folge der verdeckten Einlage der Anteilswert erhöht, ist lediglich ein Rechtsreflex.[2105] Dieser Reflex ist kein tauglicher Anknüpfungspunkt für ein entgeltliches Austauschgeschäft. Die verdeckte Einlage kann auch bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht als nachträgliche Anschaffungskosten qualifiziert werden.[2106]

2. Ergebnis

Die verdeckte Einlage ist nach § 6 I Nr. 5 EStG zu bewerten.

III. Bewertung des Forderungsverzichts im Zuge des Debt-Mezzanine-Swap

1. Der Debt-Mezzanine-Swap als Tausch

Gesellschafter und Gesellschaft sind zwei Rechtssubjekte. Das ist die Basis für die Konstruktion des Debt-Mezzanine-Swap als Veräußerungsgeschäft (auf Gesellschafterseite) und als Anschaffungsgeschäft (auf Gesellschaftsseite).[2107] Die Kapitalgesellschaft erhält Sachwerte und gibt das Genussrechtskapital hin. Fraglich ist, ob und worin genau ein Tausch in Betracht kommt.

a) Der Begriff des Tauschs im Zivilrecht

aa) Der Tausch als synallagmatischer Verpflichtungsvertrag

Die Regelung des § 6 VI 1 EStG setzt den Begriff des Tausches voraus, ohne ihn zu definieren. Anzuknüpfen ist daher an den zivilrechtlichen Tausch. Tausch i.S.d. § 480 BGB ist ein gegenseitiger Vertrag, wobei Leistung und Gegenleistung in der Verschaffung von Sachen oder Rechten bestehen.[2108] Von diesem Verpflichtungsgeschäft ist der sachenrechtliche Vollzug durch Übereignung der Gegenstände zu unterscheiden. Die Veräußerung realisiert den Tausch.[2109] Einlage und Tausch sind Vorgänge, die sich im Zivilrecht gegenseitig ausschließen.[2110] Das ergibt sich daraus, dass Tausch ein Verpflichtungsgeschäft ist, für dessen zivilrechtliche Wirksamkeit ohne Bedeutung ist, ob es societatis causa vorgenommen wird. Demgegenüber ist für die Einlage die Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis ein Wesensmerkmal.[2111]

Der Tausch (§ 480 BGB) ist ein Verpflichtungsvertrag, dessen Hauptleistungspflichten im Synallagma stehen.[2112] Aufgrund der beiderseitigen Verpflichtung konstituiert der

---

[2105] *Spönemann*, in: Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Systematische Darstellung 3: Besteuerung der GmbH, Rn. 781.
[2106] *Döllerer*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., S. 213.
[2107] Vgl. *Groh*, FR 1990, 528 (528) zur offenen Einlage bei Kapitalerhöhung.
[2108] *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, Stand: 01.02.2013, § 480 Rn. 1.
[2109] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 106 f.
[2110] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 107.
[2111] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 108.
[2112] *Mader,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2004, § 480 BGB, Rn 2.

Tausch ein Umsatzgeschäft.[2113] Jeder Beteiligte verspricht dem Anderen Sachen oder Rechte und erhält als Gegenleistung ebenfalls Sachen oder Rechte. Objekt des Tauschvertrags können Sachen, Rechte, aber auch sonstige vermögenswerte Positionen sein, wenn sie zivilrechtlich übertragen werden können.[2114] Wesensbestimmend für den Tausch als Vertragstypus ist der Umsatz von Vermögensgegenständen, ohne dass eine Zahlung erfolgt.[2115] Tausch ist demnach das „Auswechseln individueller Gegenstände verschiedener Eigentümer unmittelbar gegeneinander".[2116]

bb) Abgrenzung vom Doppelkauf mit Verrechnungsabrede

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht versteht man unter dem Tausch ein Anschaffungsgeschäft in Gestalt eines Doppelkaufs; die Parteien schlössen zwei Kaufverträge bezüglich unterschiedlicher Vermögensgegenstände.[2117] Dem ist nicht zu folgen. Der Tausch ist ein Anschaffungsgeschäft. Seiner Rechtsnatur nach ist der Tausch aber kein Doppelkauf. Hinsichtlich der Verknüpfung der Sachleistungen ist vielmehr zwischen dem Tausch und dem Doppelkauf zu unterscheiden: beim Tausch stehen die Sachleistungspflichten von Haus aus im Synallagma (§ 320 BGB), während beim Doppelkauf die Konnexität erst begründet werden muss (§ 273 BGB).[2118]

Vom Kauf ist der Tausch dadurch abzugrenzen, dass die Gegenleistung für die Hingabe der Sache nicht in einer Zahlung besteht, sondern ebenfalls die Gestalt einer Sachleistung hat.[2119]

Der Doppelkauf mit Verrechnungsabrede basiert darauf, dass beide Beteiligte – bezogen auf den jeweiligen Gegenstand – sowohl in der Rolle eines Käufers als auch in der eines Verkäufers auftreten. Die beiden Kaufverträge erfahren nur dadurch eine Verbindung, dass die gegenläufigen Kaufpreisforderungen verrechnet werden.[2120] In ihrem rechtlichen Schicksal sind beide Kaufverträge in Entstehung und Fortbestand unabhängig voneinander. Beide Geschäfte sind auf individuelle Umsatzzwecke gerichtet.[2121] Die Abgrenzung des Doppelverkaufs mit Verrechnungsabrede vom Tausch richtet sich letztlich danach, was die Parteien dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung nach gewollt haben:[2122] ein Kaufvertrag liegt vor, wenn die Parteien jeweils verkaufen und ihre in gleicher Höhe bestehenden Kaufpreisforderungen verrechnen

---

[2113] *H. P. Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 480 Rn. 1.
[2114] *H. P. Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 480 Rn. 1.
[2115] *Mader,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2004, § 480 BGB, Rn 1.
[2116] RG, Urteil vom 18. 01.1910, Az VII 171/09, RGZ 73, 88 (89).
[2117] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Tausch, Rn. 1.
[2118] *H. P. Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 480 Rn. 2.
[2119] *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, Stand: 01.02.2013, § 480 BGB, Rn. 2.
[2120] *Grunewald,* in: Erman, BGB, 13. Aufl., 2011, § 480, Rn 7.
[2121] *Gehrlein*, in: Bamberger/Roth, Stand: 01.02.2013, § 480 BGB, Rn. 2.
[2122] BGH, Urteil vom 27.10.1967, Az: V ZR 157/64, BGHZ 49, 7.

wollten.[2123] Einer solchen Vertragsgestaltung liegt das typisierende Konzept „Geldleistung gegen Sachleistung“ zugrunde.[2124] Die Verrechnung dient nur der Tilgung der Kaufpreisforderungen; ein weiterer Konnex zwischen beiden Geschäften besteht nicht.[2125] Der äußerlich identische Vorgang ist aber als Tausch zu würdigen, wenn jede Partei für die weggegebene Sache eine andere Sachleistung empfangen wollte und die Wertangaben nur den Zweck haben, die Kalkulation zu erläutern.[2126] Auch wenn die Parteien formal zwei Kaufverträge geschlossen haben, kann das Vertragswerk rechtlich als einheitlicher Tausch zu würdigen sein.[2127]

b) Der Begriff des Tauschs im Steuerrecht

Für steuerliche Zwecke liegt ein Tausch vor, wenn der Steuerpflichtige ein Wirtschaftsgut anschafft und die dazu erforderlichen Aufwendungen darin zum Ausdruck kommen, dass er ein anderes Wirtschaftsgut hingibt (Anschaffung gegen Hingabe).[2128] Weiter als das Zivilrecht umfasst der steuerliche Tauschbegriff sowohl das Verpflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft.[2129] Der Tausch ist ein steuerlich entgeltliches Veräußerungsgeschäft.[2130]

In der Steuerbilanz ist der Tausch ein entgeltlicher Anschaffungsvorgang.[2131] Aufgrund der im Steuerrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise kommt es nicht darauf an, ob ein Tausch i.S.d. § 480 BGB oder ein Doppelkauf mit Verrechnungsabrede vorliegt. Entscheidend ist lediglich, dass jede Partei ein Wirtschaftsgut anschafft (Anschaffung) und im Gegenzug ein anderes Wirtschaftsgut hingibt (Veräußerung). Auch wenn sich in der Bilanz der Tausch als Anschaffungsgeschäft darstellt, ist der Tausch in der praktischen Durchführung eine Kombination aus Anschaffung und Veräußerung.

c) Der Debt-Mezzanine-Swap als Tausch im Steuerrecht

aa) Der Debt-Mezzanine-Swap aus Sicht des Gesellschafters

Prima facie liegt aus Sicht des Gesellschafters auf Ebene des Verpflichtungsgeschäfts ein Tausch vor. Er verpflichtet sich, ein Wirtschaftsgut hinzugeben, indem er der Gesellschaft die Darlehensforderung erlässt. Im Gegenzug wird ihm auch ein Wirt-

---

[2123] *H. P. Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 480 Rn. 2.
[2124] BGH, Urteil vom 27.10.1967, Az V ZR 157/64, BGHZ 49, 7.
[2125] BGH, Urteil vom 27.10.1967, Az V ZR 157/64, BGHZ 49, 7.
[2126] *H. P. Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 480 Rn. 2.
[2127] BGH, Urteil vom 27.10.1967, Az V ZR 157/64, BGHZ 49, 7.
[2128] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 91.
[2129] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 91.
[2130] *Adam*, Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, S. 107.
[2131] *Maier*, in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13, Stichwort: Tausch, Rn. 5.

schaftsgut versprochen, nämlich das Genussrecht. Dieses Verpflichtungsgeschäft wird erfüllt durch die Novation. Diese bringt die Darlehensforderung zum Erlöschen und die Rechte aus dem Genussrecht zur Entstehung.

Zu bedenken ist aber, dass der Grund, weshalb der Gesellschafter seiner Gesellschaft die Forderung erlässt, nicht ohne weiteres der Vereinbarung des Debt-Mezzanine-Swap entspringt. Denn der Gesellschafter leistet durch den Forderungsverzicht einen Beitrag zur Sanierung der Kapitalgesellschaft. Möglich ist daher auch, dass die Leistung societatis causa erfolgt. Ob das Engagement des Gesellschafters seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat, bestimmt sich danach, ob auch ein Dritter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auf die Forderung verzichtet hätte.[2132] Hätte auch der typisiert gedachte ordentliche Kaufmann die Forderung erlassen, hat die Leistung ihre Ursache im Debt-Mezzanine-Swap. In diesem Fall entspricht es dem vernünftigen Urteil des wirtschaftlich denkenden Kaufmanns, sich auf den Debt-Mezzanine-Swap einzulassen und in dessen Rahmen auf die Forderung zu verzichten. Anderenfalls hat die Zuwendung des Vermögensvorteils seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis. Dann könnte im Forderungserlass nicht die Hingabe der Forderung im Zuge eines Tauschs gesehen werden; denn die Verfügung über die Forderung wäre zumindest gesellschaftlich mitveranlasst.

bb) Der Debt-Mezzanine-Swap aus Sicht der Gesellschaft

Spiegelbildlich zur Sichtweise des Gesellschafters könnte auch für die Gesellschaft ein Tausch zu bejahen sein. Zwingend ist das nicht. Denn es gibt kein allgemeines Korrespondenzprinzip, was die ertragsteuerliche Behandlung des Einbringungsvorgangs auf Ebene des Einbringenden und auf Ebene der Gesellschaft betrifft.[2133] Vielmehr sind die Folgen, die das Steuerrecht an den Einbringungsvorgang knüpft, für beide Rechtsträger separat zu beurteilen.

Zunächst ist zu klären, was überhaupt Gegenstand des Tauschs sein soll. Die Parteien vereinbaren beim Debt-Mezzanine-Swap, dass zur Entlastung der Objektgesellschaft die Darlehensforderung erlöschen soll. An ihre Stelle soll ein Genussrecht treten. Der Gegenstand, den die Gesellschaft ertauscht hat, ist die Forderung. Das fügt sich in den Austauschvorgang harmonisch, ein. Denn der Gegenstand, den der Gesellschafter weggibt, ist ebenfalls die Forderung. In Bezug auf das zweite Objekt des Austauschvorganges ergeben sich aber Unstimmigkeiten. Der Gesellschafter erlangt das Genussrecht, also das vermögensrechtliche Mitgliedschaftsrecht, das Teilhabe an Gewinn

[2132] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.
[2133] *Schmidt/Hageböke*, DStR 2003, 1813 (1815).

und Liquidationserlös vermittelt.[2134] Davon ausgehend müsste man annehmen, dass Gegenstand der Hingabe auf Seiten der Gesellschaft ebenfalls das Genussrecht als solches ist. Das lässt sich aber nicht konstruieren. Denn das Genussrecht ist kein Wirtschaftsgut, das die Gesellschaft im Betriebsvermögen hat. Die Objektgesellschaft gibt im Zuge des Tausches nichts ab, was sie auf der Aktivseite der Bilanz als Posten ausweist.[2135] Die Gesellschaft begründet auch keine Verbindlichkeiten, um den Tauschgegenstand hingeben zu können.[2136] Stattdessen begründet die Gesellschaft neue Rechte.[2137] Aufgrund des Genussrechtsvertrags kommt das Genussrecht zur Entstehung. Durch Weggabe des neu geschaffenen Rechts ist die Gesellschaft in ihrem betrieblichen Bereich gar nicht betroffen.[2138] Bei wirtschaftlicher Betrachtung erweist sich das Genussrecht als bloßes Etikett.[2139] In der Substanz liegt in der Gestalt des Genussrechtskapitals im Eigenkapital der Gesellschaft der Wert vor, den der Gesellschafter durch den Forderungsverzicht zugeführt hat.

Dieser Etikettierungs-Vorgang lässt sich anhand der Bilanz veranschaulichen. Der Forderungsverzicht führt zum Abgang eines Postens im Fremdkapital auf der Passivseite. Auf der Aktivseite der Bilanz erfolgt keine Veränderung, weil kein aktives Wirtschaftsgut zugeführt worden ist. Die Bilanzsumme bleibt wegen der Kontinuität auf der Aktivseite unverändert. Auf der Passivseite muss der Abgang eines Fremdkapitalpostens daher vom Eigenkapital als Ausgleichsposten abgefangen werden. Das Eigenkapital erhöht sich um den Betrag, den der Forderungserlass für die Gesellschaft wert ist. Dieser Zugewinn ist nicht rein numerisch; vielmehr erhält die Bilanz im Eigenkapital einen neuen Posten „Genussrechtskapital“ in Höhe der Eigenkapitalverstärkung im Zuge des Debt-Mezzanine-Swaps.

Das Genussrecht ist damit kein tauglicher Gegenstand des Tausches.[2140] Tauschgeschäfte dürfen nur als Drittgeschäfte durchgeführt werden; die offene Einlage im Zuge einer Kapitalerhöhung bewirkt eine mitgliedschaftliche Veranlassung der Vorgänge: Bewirkung der Einlage und Ausgabe des Kapitalanteils können nicht als Tausch gedeutet werden.[2141] Das gilt auch für das Genussrecht im Rahmen des Debt-Mezzanine-Swap. Wie die neuen Kapitalanteile bei der Kapitalerhöhung, entsteht das

---

[2134] *Erle/Berberich,* in: Müller/Winkeljohann, Beck’sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl. 2009, § 1 Rn. 42.
[2135] Vgl. *Schmidt/Hageböke*, DStR 2003, 1813 (1816) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2136] Vgl. *Schmidt/Hageböke*, DStR 2003, 1813 (1816) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2137] Vgl. *W. Müller*, in: Herzig (Hrsg.), Steuerorientierte Umstrukturierung von Unternehmen, 1997, 149 zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2138] Vgl. *W. Müller*, in: Herzig (Hrsg.), Steuerorientierte Umstrukturierung von Unternehmen, 1997, 149 zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2139] Vgl. *Müller*, WPg 1996, 857 (863) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2140] Vgl. *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (764) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2141] Vgl. *Schulze zur Wiesche*, FR 1999, 519 (520).

Genussrechtskapital durch den Genussrechtsvertrag. Das Genussrecht erfasst die vermögensrechtliche Dimension der gesellschaftlichen Mitgliedschaftsrechte. Das Genussrecht ist schuldrechtlicher Natur. Doch in Bezug auf die bilanziellen Vorgänge kann der Vergleich zum Debt-Equity-Swap gezogen werden. Bei beiden Swaps erhält die Objektgesellschaft einen Vermögenswert in Gestalt des Forderungserlasses. Dieser Vermögenswert manifestiert sich beim Debt-Mezzanine-Swap im Genussrechtskapital und beim Debt-Equity-Swap im neuen Gesellschaftsanteil. In beiden Fällen passt auf Seiten der Gesellschaft die Rechtsfigur des Tausches nicht, um den Vorgang zu erklären. Denn beide Swaps haben nicht zur Folge, dass die Gesellschaft ein im Betriebsvermögen bestehendes Wirtschaftsgut weggibt.

Schließlich wäre denkbar, den Gegenstand der Hingabe auf Seiten der Gesellschaft in der Einzahlungsforderung für das Genussrechtskapital zu sehen. Doch führt dies ebenfalls zu Widersprüchen. Die Gesellschaft gibt die Einzahlungsforderung hin. Der Gesellschafter erhält das Genussrecht. Der Gegenstand, den die Gesellschaft weggibt, ist nicht identisch mit dem Gegenstand, den der Gesellschafter annimmt.[2142]

2. Der Debt-Mezzanine-Swap als tauschähnliches Geschäft

Fraglich ist, ob sich der Debt-Mezzanine-Swap als tauschähnliches Geschäft qualifizieren lässt.

a) Der Debt-Mezzanine-Swap aus Sicht des Gesellschafters

Aus Sicht des Gesellschafters bringt der Debt-Mezzanine-Swap zwei Geschäfte mit sich: zum einen schafft er das Genussrecht an. Dafür entstehen ihm Anschaffungskosten, die in der Einzahlungsforderung der Gesellschaft zum Ausdruck kommen (Genussrechtsgeschäft). Zum anderen veräußert er die Forderung (Forderungsgeschäft). In der Zusammenschau beider Vorgänge wird die Tauschähnlichkeit des Gesamtgeschäfts erkennbar.[2143]

Mit Abschluss des Genussrechtsvertrags steht die Einzahlungspflicht des Genussrechtsinhabers fest. Dies ist die Einzahlungsforderung. Der Wert der Forderung wird auf die im Genussrechtsvertrag festgesetzte Geldforderung der Gesellschaft angerechnet; der Anrechnungsbetrag ist gleichfalls im Vertrag bestimmt.[2144]

Der Forderungsverzicht ist eine datio in solutum auf die ursprünglich bestehende Einzahlungsforderung, die auf Geldleistung gerichtet ist.[2145] Diesen Anspruch gibt die Gesellschaft hin im Gegenzug zum Forderungserlass.[2146] Das Geschäft ist einem Kauf

[2142] Vgl. *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (764) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2143] Vgl. *Groh*, DB 1997, 1683 (1684) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2144] Vgl. *Groh*, FR 1990, 528 (528) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2145] *Lutter*, in: Kölner Kommentar zum AktG, § 54 Rn. 5.
[2146] Vgl. *Groh*, FR 1990, 528 (528) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.

ähnlich:[2147] der Gesellschafter ist Verkäufer und verschafft der Gesellschaft die Darlehensforderung. Die Gegenleistung der Gesellschaft besteht darin, die Einzahlungsverpflichtung als erfüllt zu betrachten.[2148] Die Leistungsverpflichtung des Einlegenden besteht grundsätzlich in einer Geldleistung; eine erbrachte Sachleistung kann die Gesellschaft aber an Erfüllungs statt annehmen.[2149]

b) Die Perspektive der Kapitalgesellschaft

aa) Das Anschaffungsgeschäft

(1) Die wirtschaftliche Betrachtung

Aus der Perspektive der Kapitalgesellschaft kann gleichfalls ein Anschaffungsvorgang bejaht werden. Die Schaffung des Genussrechts im Genussrechtsvertrag lässt die Einzahlungsforderung der Gesellschaft entstehen.[2150] Beim Debt-Mezzanine-Swap geht der Wille der Parteien dahin, dass der Gesellschafter keine Geldleistung, sondern eine Sachleistung erbringen soll; er soll auf die Darlehensforderung gegen die Objektgesellschaft verzichten. Die Parteien müssen daher bestimmen, in welcher Höhe der Wert der Darlehensforderung auf die Einlageforderung anzurechnen ist.

Bei wirtschaftlicher Betrachtung stellt sich der Vorgang als Sachübernahme dar: die Gesellschaft kauft dem Gesellschafter die Darlehensforderung ab; die Gesellschaft entrichtet dann den Kaufpreis. Auf die Genussrechts-Einzahlungsforderung wird der Kaufpreis angerechnet. Die Höhe des Anrechnungsbetrags erfasst aus Sicht der Gesellschaft die Anschaffungskosten der Darlehensforderung.[2151] Der Erwerb der Darlehensforderung führt bei der Kapitalgesellschaft zu Anschaffungskosten. Auf Seiten des Gesellschafters liegt ein Veräußerungsgeschäft vor; damit korreliert auf Seiten der Gesellschaft ein Anschaffungsgeschäft.[2152]

(2) Die Anschaffungskosten

Fraglich bleibt, ob die Argumente, die gegen eine Qualifizierung des Debt-Mezzanine-Swap als Tausch in Stellung gebracht werden können, auch bei der Bewertung als tauschähnliches Geschäft im Ergebnis überzeugen.

Der Ansatz von Anschaffungskosten erfordert einen Anschaffungsvorgang. Anschaffung ist ein entgeltlicher Vorgang, aufgrund dessen das Unternehmen ein Wirtschaftsgut erwirbt, das als solches bereits besteht oder vom Veräußerer noch zu er-

[2147] Vgl. BGH, Urteil vom 2.05.1966, Az II ZR 219/63, BGHZ 45, 338.
[2148] Vgl. *Groh*, DB 1997, 1683 (1684) zur offenen Sacheinlage gegen Anteilserwerb.
[2149] *Lutter/Bayer,* in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 5 Rn. 15.
[2150] Vgl. *Groh*, DB 1997, 1683 (1684) zur offenen Einlage gegen Anteilserwerb.
[2151] Vgl. *Knobbe-Keuk*, AG 1979, 293 (293) zur offenen Einlage gegen Anteilserwerb.
[2152] Vgl. *Groh,* DB 1997, 1683 (1685) zur offenen Einlage gegen Anteilserwerb.

zeugen ist.[2153] Dieser Vorgang führt zu „Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben“ (§ 255 I 1 HGB).

Der Vorgang, dass der Gläubiger auf die Forderung verzichtet, müsste auf Seiten der Gesellschaft als Anschaffung der Forderung zu werten sein. Bilanziell führt der Forderungsverzicht zu einem Resultat: das Eigenkapital der Gesellschaft ist erhöht um das Genussrechtskapital. Dafür hat die Gesellschaft Aufwendungen gemacht, nämlich in Gestalt der Anrechnung des Wertzuwachses, den die Gesellschaft durch den Forderungsverzicht erfahren hat, auf den Wert der Genussrechts-Einzahlungsforderung. Die Preisgabe der Einzahlungsforderung stellt ein Vermögensopfer der Gesellschaft dar.

Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist eine Gegenleistung der Gesellschaft zu bejahen. Zuzugeben ist, dass die Gesellschaft im Zuge des Debt-Mezzanine-Swap kein Wirtschaftsgut hingibt, das sich in ihrem Betriebsvermögen befunden hat. Daher war der Tausch zu verneinen. Doch fehlt es nicht an einem „finalen Vermögensopfer“[2154] der Gesellschaft. Der Debt-Mezzanine-Swap bewirkt keine „einseitige Vermögensmehrung der Gesellschaft“.[2155]

Aufgrund des Genussrechtsvertrags wird Genussrechtskapital geschaffen. Der ihm beizumessende Wert ist keine isoliert mit Blick auf die Gesellschaft bestimmbare Größe. Vielmehr besteht eine Korrelation zwischen dem Wert des Genussrechtskapitals und dem Betrag, den die Gesellschaft hypothetisch aufwenden muss, um die Darlehensforderung zu erwerben. Die Eigenkapitalmehrung durch den Wegfall der Verbindlichkeit entspricht dem Genussrechtskapital. Dabei ist der Wert der Darlehensforderung die bestimmende Größe. So viel, wie der Gesellschaft der Wegfall der Darlehensforderung wert ist, ist folglich das Genussrechtskapital wert. Das lässt sich in umgekehrter Richtung nicht sagen. Das Genussrechtskapital hat keinen gesetzten Wert, der dann den Wert des Forderungsverzichts beeinflusst. Nominell kann die Gesellschaft das Genussrechtskapital zwar nahezu beliebig ansetzen. Der tatsächliche Wert ergibt sich aber erst aufgrund der Bewertung der Mittelzuführung in Gestalt des Forderungsverzichts.

Der Preis, den die Gesellschaft für die Anschaffung dieses Vorteils zahlen muss, ist die fiktive Einzahlungsforderung in das Genussrechtskapital. Diese fiktive Forderung wird mit der gegenläufigen Darlehensforderung fiktiv verrechnet. So entstehen zwar keine realen Anschaffungskosten. Jedoch sind fiktive Anschaffungskosten in Gestalt von Rechenposten zu bejahen. Der Debt-Mezzanine-Swap ist seiner steuerlichen Na-

[2153] F*ischer*, in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl., 2013, § 6 EStG, Rn. 27.
[2154] Vgl. *Delmas*, Die Bewertung von Sacheinlagen in der Handelsbilanz von AG und GmbH, S. 19-33 und 139-147.
[2155] Vgl. *Schmidt/Hageböke*, DStR 2003, 1813 (1816).

tur nach als tauschähnlich zu qualifizieren. Es liegt ein fiktiver Anschaffungsvorgang vor, der zu fiktiven Anschaffungskosten führt.

bb) Das Veräußerungsgeschäft

Jedoch muss ein Veräußerungsgeschäft auf Seiten der Gesellschaft verneint werden.[2156] Denn das Genussrechtskapital, das der Gesellschafter nach dem Debt-Mezzanine-Swap hält, entsteht aufgrund des Genussrechtsvertrags in Höhe der eingebrachten Darlehensforderung. Es verkörpert diesen aufgrund des Forderungsverzichts bei der Gesellschaft entstandenen Wertzuwachs.

c) Ergebnis

Der Debt-Mezzanine-Swap ist kein Tausch, aber ein tauschähnliches Geschäft.

3. Einordnung des Forderungsverzichts im Debt-Mezzanine-Swap als verdeckte oder offene Einlage

Zu klären ist, ob der Forderungsverzicht im Rahmen des Debt-Mezzanine-Swaps als offene oder als verdeckte Einlage zu qualifizieren ist. Der Debt-Mezzanine-Swap ist ein tauschähnliches Geschäft. Das spricht auf den ersten Blick dafür, im Forderungsverzicht gegen Gewährung des Genussrechts eine offene Einlage zu sehen. Andererseits beinhaltet die Gegenleistung keine Gesellschaftsrechte. Bei der Einordnungsfrage ist auch zu berücksichtigen, wie beim Debt-Mezzanine-Swap der Forderungsverzicht behandelt wird. Rechtsprechung existiert bislang weder zum Debt-Equity-Swap noch zum Debt-Mezzanine-Swap.

a) Die Rechtsprechung zum Forderungsverzicht

Die erste Komponente des Debt-Equity-Swap bzw. des Debt-Mezzanine-Swap ist der Forderungsverzicht. Der Große Senat hat entschieden, dass der isolierte Forderungsverzicht eine verdeckte Einlage darstellt. Das ist nachvollziehbar. Denn die Gesellschaft gewährt in diesem Fall überhaupt keine Gegenleistung. Die aufgrund der Zuwendung in Gestalt des Forderungsverzichts eintretende Werterhöhung des Anteils kommt als bloßer Reflex als Gegenleistung nicht in Betracht. Der isolierte Forderungsverzicht stellt ein einseitiges Geschäft dar. Darin ist eine verdeckte Einlage zu sehen.[2157]

b) Die Rechtsprechung zur Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten

Die zweite Komponente des Debt-Equity-Swap bzw. des Debt-Mezzanine-Swap ist die Verknüpfung des Forderungsverzichts mit der Gegenleistung der Gesellschaft. Das ist im Fall des Debt-Equity-Swap ein Gesellschaftsanteil und im Fall des Debt-Mezzanine-

[2156] Vgl. *Groh*, DB 1997, 1683 (1685) zur offenen Einlage gegen Anteilserwerb.
[2157] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1260.

Swap ein Genussrecht. Die Kombination von Forderungsverzicht des Gesellschafters und Gegenleistung der Gesellschaft in Gestalt von Anteilen bzw. einem Genussrecht wurde vom BFH noch nicht entschieden.

Vielmehr haben die nachfolgend referierten Entscheidungen die Einbringung einer Sachleistung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten zum Gegenstand. Die Gliederung orientiert sich nach dem Gegenstand der Einbringung.

aa) Pensionsverbindlichkeiten und Deckungsvermögen als Einbringungsgegenstände

Die D-GmbH leistet bei der Klägerin (einer GmbH) eine Einlage. Gegenstand der Einlage sind „Pensionsverbindlichkeiten gegenüber bereits ausgeschiedenen Mitarbeitern (511 Anwärter mit unverfallbaren Anwartschaften und 1 055 Pensionäre) sowie zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten benötigte Vermögensgegenstände (Ansprüche aus Rückdeckungsversicherungen, Rechte aus einem Bankdepot, Forderungen gegen verbundene Unternehmen und sonstige Forderungen sowie Guthaben bei Kreditinstituten)“. Pensionsverbindlichkeiten und Deckungsvermögen sind „als Gesamtheit mit allen Rechten und Pflichten“ auf die Klägerin übergegangen.[2158] Als Gegenleistung erhielt die D-GmbH einen Geschäftsanteil an der Klägerin.

Nach Auffassung des BFH ist „die Einbringung von Wirtschaftsgütern in eine GmbH gegen den Erwerb von Gesellschaftsrechten aus ertragsteuerlicher Sicht als tauschähnlicher Vorgang […] anzusehen; aus Sicht der Gesellschaft liegt das Anschaffungsgeschäft in der Hingabe der Einlageforderung gegen den Empfang des Sachwerts.“[2159] Die übernommenen Pensionsverpflichtungen waren gem. § 6 I Nr. 3 EStG i.V.m. § 255 I 1 HGB mit den Anschaffungskosten zu bewerten.[2160]

bb) Gesellschaftsanteil als Einbringungsgegenstand

(1) Einbringung in eine AG

Die Klägerin (eine GmbH) brachte zwei Gesellschaftsanteile (an einer GmbH und einer AG) in eine AG ein; die Einbringung wurde gem. § 20 UmwStG zu Buchwerten vorgenommen. Die Klägerin erhielt dafür Anteile an der AG. Der BFH stellte fest: „Die Einbringung der Beteiligungen im Wege der Kapitalerhöhung durch Sacheinlage (§ 183 AktG) ist steuerrechtlich als tauschähnliches Geschäft (Hingabe der Einlageforderung gegen den Empfang des Sachwertes) und nicht als Einlage anzusehen.“ Der BFH bewertete die Einlage gem. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 6 I Nr. 2 S.1 EStG i.V.m. § 255 I 1 HGB mit den Anschaffungskosten.[2161]

[2158] BFH, Urteil vom 12.12.2012, Az I R 28/11, DStR 2013, 575.
[2159] BFH, Urteil vom 12.12.2012, Az I R 28/11, DStR 2013, 575.
[2160] BFH, Urteil vom 12.12.2012, Az I R 28/11, DStR 2013, 575.
[2161] BFH, Urteil vom 20.04.2011, Az I R 2/10, DStR 2011, 1169.

(2) Einbringung in eine KG

Die Klägerin (eine GmbH & Co. KG) brachte ihre Beteiligung an der X-Inc. (eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in den USA) in die Ö-KG (eine Kommanditgesellschaft mit Sitz in Österreich) ein. Im Gegenzug gewährte die Ö-KG der Klägerin Gesellschaftsrechte, die sich aus einem Kapitalerhöhungsbeschluss ergaben.[2162]

Der BFH stellte fest: „Bei der Überführung von Wirtschaftsgütern in das Betriebsvermögen einer Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschafterrechten – d.h. als Sacheinlage – handelt es sich aus ertragsteuerrechtlicher Sicht um ein tauschähnliches Geschäft und mithin um eine Veräußerung: Der Gesellschafter überträgt den Sachwert auf die Gesellschaft und erhält dafür den Gesellschaftsanteil; aus Sicht der Gesellschaft liegt das Anschaffungsgeschäft in der Hingabe der Einlageforderung gegen den Empfang des Sachwertes."[2163] Maßgebende Bewertungsnorm wäre § 6 V EStG gewesen, der jedoch auf den Geschäftsvorfall im Streitjahr (1995) nicht anwendbar war.[2164]

(3) Einbringung in eine GmbH & Co. KG

Gesellschafter der S-GmbH & Co. KG waren die S-GmbH (Komplementärin) und zwei Kommanditisten, nämlich der Kläger zu 1 und ein weiterer Kommanditist. Der Kläger zu 1 erbrachte seine Kommanditeinlage dergestalt, dass er unter anderem seine im Privatvermögen gehaltene Beteiligung an der W-GmbH einbrachte.[2165]

„Der Senat beurteilt […] die Einbringung einer wesentlichen Beteiligung aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als tauschähnlichen Vorgang, der beim einbringenden Gesellschafter zu einer entgeltlichen Veräußerung i.S. von § 17 EStG und bei der übernehmenden Gesellschaft zu einem Anschaffungsgeschäft führt […].

Jeder offenen Sacheinlage – sei es bei einer Personengesellschaft oder bei einer Kapitalgesellschaft – liegt eine Vereinbarung des Gegenstands der Sacheinlage und der Höhe der in Geld ausgedrückten Einlageschuld zugrunde, auf die der Gesellschafter die Sacheinlage leistet, die die Gesellschaft mit dem angemessenen Wert gegen ihre Einlageforderung verrechnet […]. Die Sacheinlage stellt sich aus der Sicht der Kapitalgesellschaft als kaufähnlicher Vorgang unter dem gesellschaftsrechtlichen Vorbehalt einer Bewertung nach objektiven Kriterien dar.

Entsprechendes gilt bei einer KG. […] Die KG weist durch ihre Verbuchung auf dem Kapitalkonto […] den Wert aus, den sie und der Gesellschafter für die Sacheinlage für angemessen erachten. Hätte auch ein fremder Dritter diesen Betrag verlangt und er-

[2162] BFH, Urteil vom 17.07.2008, Az I R 77/06, DStR 2008, 2001.
[2163] BFH, Urteil vom 17.07.2008, Az I R 77/06, DStR 2008, 2001.
[2164] BFH, Urteil vom 17.07.2008, Az I R 77/06, DStR 2008, 2001.
[2165] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az VIII R 69/95, DStR 1999, 366.

halten, so führt dies aufgrund seiner Verrechenbarkeit mit der in Geld ausgedrückten Einlageschuld zu Anschaffungskosten der Gesellschaft."[2166] Die Anschaffungskosten sind in Höhe des gemeinen Wertes der zugeführten Wirtschaftsgüter anzusetzen.[2167]

cc) Grundstück als Einbringungsgegenstand

(1) Einbringung in GmbH & Co. KG

Frau E übertrug im Wege der Sacheinlage einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück auf die Klägerin (eine GmbH & Co. KG). Im Gegenzug räumte die Klägerin der Frau E Gesellschaftsrechte ein.[2168]

Der BFH würdigt den Vorgang folgendermaßen: „Die Vorinstanz hat indes außer Acht gelassen, dass § 7 I 5 i.V.m. IV 1 HS 2 EStG im Streitfall nicht anwendbar ist, da der Grundstücksmiteigentumsanteil von Frau E nicht eingelegt, sondern im Rahmen eines – vom Einlagetatbestand abzugrenzenden – tauschähnlichen Vorgangs der Klägerin übertragen worden ist. […] Die (gewerbliche) Personengesellschaft [hat] somit das vom Gesellschafter erworbene Wirtschaftsgut in Höhe des entrichteten Entgelts […] als Anschaffungskosten zu aktivieren. Letztere bilden zugleich die Bemessungsgrundlage für die nach dem Erwerb anzusetzenden AfA (§ 7 I 1, IV EStG). Dies schließt nicht nur den Einlagentatbestand (§ 4 I 1 EStG) sowie die Geltung der allgemeinen Einlagebewertungsgrundsätze (§ 6 I Nr. 5 S. 1 HS 1 EStG) und deren Begrenzung aufgrund der Sonderregelungen in § 6 I Nr. 5 S. 1 HS 2 lit. a i.V.m. S. 2 und 3 EStG aus, sondern auch die Kürzung der AfA-Bemessungsgrundlage nach § 7 Abs. 1 Satz 5 EStG. Nichts anderes gilt, wenn ein Einzelwirtschaftsgut gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine gewerbliche Personengesellschaft eingebracht wird."[2169]

(2) Einbringung in eine KG

(a) Gewährung von Gesellschaftsrechten als Gegenleistung

Klägerin war eine gewerblich geprägte KG. Gesellschafter waren die Komplementärin (X-GmbH) und sowie die Kommanditisten A und B. Die Gesellschafter der Klägerin kamen überein, dass die Kommanditeinlagen durch Sacheinlage zu erbringen waren. Dazu sollten die Kommanditisten der Klägerin Grundstücke übereignen, die sie bisher im Privatvermögen hielten.[2170]

Der BFH schätzte den Vorgang als tauschähnlich ein: „Die Vorinstanz hat indes verkannt, dass § 7 I 5 i.V.m. IV 1 HS 2 EStG im Streitfall nicht anwendbar ist, da die Grundstücke im Rahmen eines tauschähnlichen Vorgangs der KG übertragen worden sind. […] Die (gewerbliche) Personengesellschaft [hat] somit das vom Gesellschafter

[2166] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2167] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az VIII R 69/95, DStR 1999, 366.
[2168] BFH, Urteil vom 24.01.2008, Az IV R 66/05, BFH/NV 2008, 1301.
[2169] BFH, Urteil vom 24.01.2008, Az IV R 66/05, BFH/NV 2008, 1301.
[2170] BFH, Urteil vom 24.01.2008, Az IV R 37/06, DStR 2008, 761.

erworbene Wirtschaftsgut in Höhe des entrichteten Entgelts […] als Anschaffungskosten zu aktivieren. Letztere bilden zugleich die Bemessungsgrundlage für die nach dem Erwerb anzusetzenden AfA (§ 7 I 1, IV EStG). Dies schließt nicht nur den Einlagetatbestand (§ 4 I 1 EStG) sowie die Geltung der allgemeinen Einlagebewertungsgrundsätze (§ 6 I Nr. 5 S. 1 HS 1 EStG) und deren Begrenzung aufgrund der Sonderregelungen in § 6 I Nr. 5 S. 1 HS 2 lit. a i.V.m. S. 2 und 3 EStG aus, sondern auch die Kürzung der AfA-Bemessungsgrundlage nach § 7 I 5 EStG. […]Nichts anderes gilt, wenn ein Einzelwirtschaftsgut gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine gewerbliche Personengesellschaft eingebracht wird."[2171]

(b) Gutschrift auf dem Privatkonto des Gesellschafters als Gegenleistung

Klägerin war eine AG nach italienischem Recht (S.p.A.). Sie war zudem alleinige Kommanditistin einer KG. Dieser KG übertrug die Klägerin das Eigentum an einem Grundstück. Das Grundstück wurde in der Bilanz der KG mit dem Teilwert auf dem Kapitalkonto II gegengebucht. Kapitalkonto II war ein variables Konto. Auf ihm waren zum einen anteilige Gewinne zu verbuchen. Zum anderen diente das Konto der Behandlung von Entnahmen und Einlagen. Kapitalkonto I war ein Festkonto, das ausschließlich die Hafteinlage aufnehmen sollte. Kapitalkonto III war auch ein variables Konto, dem anteilige Verluste und anteilige Gewinne bis zum Verlustausgleich zugeführt wurden.[2172]

Der BFH sah in der Übertragung des Grundstücks einen tauschähnlichen Vorgang: „Unter einer Veräußerung i.S. des § 49 I Nr. 2 lit. f EStG ist […] die Übertragung des rechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums an einem Vermögensgegenstand auf einen anderen Rechtsträger zu verstehen, vorausgesetzt, die Übertragung ist eine entgeltliche. Das Erfordernis der Entgeltlichkeit ergibt sich zwar […] nicht explizit aus dem Gesetz. Der Senat nimmt gleichwohl an, dass der Gesetzgeber insoweit von einem einheitlichen Begriff der Veräußerung ausgegangen ist und dass auch im Zusammenhang mit § 49 I Nr. 2 lit. f EStG verdeckte Einlagen nicht erfasst werden sollten. Folglich setzt eine Veräußerung eine Bar- oder Sachvergütung voraus. Die Gegenleistung kann in der Gewährung eines Gesellschaftsanteils liegen. Um eine entgeltliche Übertragung und nicht um eine Einlage handelt es sich auch dann, wenn die Personengesellschaft den Gegenwert für das eingebrachte Wirtschaftsgut auf einem Privatkonto des Gesellschafters gutschreibt und dessen gesellschaftsrechtliche Stellung unverändert bleibt. Ein entgeltlicher, tauschähnlicher Vorgang ist in diesem Fall gegeben, weil hierdurch der einbringende Gesellschafter den vollen Gegenwert des eingebrach-

[2171] BFH, Urteil vom 24.01.2008, Az IV R 37/06, DStR 2008, 761.
[2172] BFH, Urteil vom 05.06.2002, Az I R 81/00, DStR 2002, 1480.

ten Wirtschaftsgutes erhält. Anders ist allerdings die Werterhöhung einzuschätzen, die die Beteiligung infolge einer Einlage erhalten kann. Eine solche Wertsteigerung der Beteiligung ist nur eine Reflexwirkung der Einlage, jedoch keine Gegenleistung im Sinne eines Veräußerungspreises."[2173] Der BFH setzt das Grundstück gem. § 6 I Nr. 1 S. 1 EStG mit den um die AfA verminderten Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Grundstücks an.[2174]

(3) Einbringung in eine GmbH

B war alleiniger Gesellschafter der Klägerin (einer GmbH). Er erbrachte seine Stammeinlage durch Übereignung eines im Privatvermögen gehaltenen Grundstücks.[2175] Der BFH löste den Fall nach den Grundsätzen des tauschähnlichen Geschäfts: „die für Einlagen normierten Bewertungsgrundsätze des § 6 I Nr. 5 EStG – die gemäß § 8 I 1 KStG, für die Gewerbesteuer i.V.m. § 7 GewStG, auch für Einlagen in Kapitalgesellschaften […] gelten – [sind] auf dem Gesellschaftsvermögen bei Gründung oder Kapitalerhöhung im Wege der Sacheinlage zugeführte Wirtschaftsgüter nicht anzuwenden. Der Einbringungsvorgang ist steuerlich vielmehr als tauschähnliches Geschäft zu werten […]: Der Gesellschafter überträgt den Sachwert auf die Gesellschaft und erhält dafür den Gesellschaftsanteil; aus Sicht der Gesellschaft liegt das Anschaffungsgeschäft in der Hingabe der Einlageforderung gegen den Empfang des Sachwertes."[2176]

Für die Bewertung kommt es dann auf den gemeinen Wert des zugeführten Wirtschaftsguts an: „Ist die Zuführung des Grundstücks in das Vermögen der Klägerin durch Sacheinlage des B sonach insgesamt als tauschähnliches Geschäft anzusehen, ist für die steuerliche Gewinnermittlung der gemeine Wert der betreffenden Wirtschaftsgüter maßgeblich, wie nunmehr in § 6 VI 1 EStG 1997[2177] für Veräußerungsvorgänge ab 1999 auch gesetzlich bestimmt ist."[2178]

c) Der Debt-Equity-Swap

Die weitaus meisten Stimmen in der Literatur orientieren sich bei der Bewertung des Forderungsverzichts im Zuge eines Debt-Equity-Swap am Beschluss des Großen Senats zum Forderungsverzicht. Mit dem knappen Hinweis, dass § 6 I Nr. 5 EStG die Bewertungsvorschrift für Einlagen sei, wird diese Bestimmung für maßgebend erklärt.[2179] Damit wird unterstellt, dass der Forderungsverzicht im Rahmen des Debt-

[2173] BFH, Urteil vom 05.06.2002, Az I R 81/00, DStR 2002, 1480.
[2174] BFH, Urteil vom 05.06.2002, Az I R 81/00, DStR 2002, 1480.
[2175] BFH, Urteil vom 24.04.2007, Az I R 35/05, BFHE 218, 97.
[2176] BFH, Urteil vom 24.04.2007, Az I R 35/05, BFHE 218, 97.
[2177] D.h. in der Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 (BGBl. I 1999, 402, BStBl. I 1999, 304).
[2178] BFH, Urteil vom 24.04.2007, Az I R 35/05, BFHE 218, 97.
[2179] *Born*, BB 2009, 1730 (1732); *Förster*, Ubg 2010, 758 (763); *Schmidt/Schlitt*, Der Konzern 2009, 279 (287); *Fox/Scheidle*, GWR 2009, 51 (51); *Eilers*, GWR 2009, 3 (3), *Scheunemann/Hoffmann*, DB 2009, 983 (985).

Equity-Swap eine verdeckte Einlage sei. Diese Sichtweise lässt außer Betracht, dass die Gesellschaft eine Gegenleistung erbringt, indem sie dem Gesellschafter Gesellschaftsrechte gewährt.

Zuzugeben ist, dass weder die Rechtsprechung zum Forderungsverzicht noch die Rechtsprechung zur Einbringung eines Wirtschaftsguts gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten die Konstellation des Debt-Mezzanine-Swap vollständig erfasst.

Die Rechtsprechung zum Forderungsverzicht passt nicht ganz, weil es beim Debt-Mezzanine-Swap nicht um einen isolierten Forderungsverzicht geht. Der Gesellschafter verzichtet nicht einseitig auf seine Forderung. Der wirtschaftliche Gehalt des Debt-Equity-Swap erschließt sich erst, wenn man berücksichtigt, dass der Gesellschafter die Forderung nur deswegen erlässt, weil ihm im Gegenzug Gesellschaftsrechte eingeräumt werden. Beim Debt-Equity-Swap erbringt der Gesellschafter keine verdeckte Einlage. Eine Bewertung gem. § 6 I Nr. 5 EStG berücksichtigt nicht die vom BFH entwickelte Systematik der offenen und verdeckten Einlagen.

Die Rechtsprechung zur Einbringung von Wirtschaftsgütern gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen trifft den Debt-Equity-Swap nicht vollständig. Denn die entschiedenen Fallgruppen haben gemeinsam, dass der Gesellschaft ein Wirtschaftsgut zugeführt wird. Dieses Wirtschaftsgut wird in der Bilanz aktiviert. Es stellt sich die Frage nach der Bewertung. Aufgrund der Tauschähnlichkeit des Vorgangs wendet der BFH die Regeln der Bewertung der Einlage (§ 6 I Nr. 5 EStG) nicht an. Er erkennt vielmehr einen entgeltlichen Erwerb des Wirtschaftsguts, der zu Anschaffungskosten führt. In Höhe dieser Anschaffungskosten ist die Einlage dann bei der Gewinnermittlung gem. § 4 I 1 EStG abzusetzen. Diese Fallgruppe ist als offene Einlage zu qualifizieren. Beim Debt-Equity-Swap hingegen erhält die Gesellschaft kein aktives Wirtschaftsgut, das in Höhe der Anschaffungskosten bilanziert werden muss. Freilich entspricht – bei wirtschaftlicher Betrachtung – dem Forderungsverzicht die Übertragung der Forderung im Wege der Abtretung. Zunächst ist der Vorgang mit dem Bild der Rechtsprechung von der Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten vergleichbar. Der Gesellschafter führt der Gesellschaft ein Wirtschaftsgut zu, nämlich die Forderung. Doch erlischt die Forderung eine juristische Sekunde später durch Konfusion. Auch bei dieser Sichtweise erhält die Gesellschaft kein aktives Wirtschaftsgut, das sie bilanzieren kann und auf dessen Bewertung die Grundsätze des tauschähnlichen Geschäfts unbesehen Anwendung finden können.

Es stellt sich die Frage, welche der beiden Fallgruppen der Rechtsprechung den wirtschaftlichen Gehalt des Debt-Equity-Swap zutreffender erfassen. Mit anderen Worten: ist der Forderungsverzicht im Zuge des Debt-Equity-Swap eher als verdeckte oder eher als offene Einlage einzuordnen?

Gegen die Anwendung der Grundsätze der offenen Einlage lässt sich vorbringen, dass in der Bilanz der Gesellschaft kein aktives Wirtschaftsgut erscheint, das entgeltlich angeschafft wurde. Doch kann damit genauso gut eine Bewertung nach § 6 I Nr. 5 EStG angegriffen werden. Denn auch § 6 I Nr. 5 EStG verlangt nach einem Substrat der Bewertung. Dies ist das eingelegte Wirtschaftsgut. Betrachtet man den Vorgang als Übertragung der Forderung mit anschließender Konfusion, existiert die Forderung bei der Gesellschaft nur für eine juristische Sekunde. Das hat den Großen Senat nicht davon abgehalten, die Forderung nach § 6 I Nr. 5 EStG zu bewerten. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass ein Forderungserlass stets nach § 6 I Nr. 5 EStG zu bewerten ist. Dem Beschluss ist insoweit vielmehr zu entnehmen, dass eine gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung grundsätzlich Gegenstand einer Einlage sein kann, obwohl sie infolge der Übertragung erlischt. Eine davon zu trennende Frage ist die Bewertung der Forderung. Hier fiel beim Beschluss des Großen Senats ins Gewicht, dass ein isolierter Forderungsverzicht zu behandeln war. Das schließt aber nicht aus, die eingelegte Forderung nach einer anderen Vorschrift zu bewerten, wenn sich die Einlage der Forderung ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach als tauschähnliches Geschäft darstellt.

Ein tauschähnliches und damit entgeltliches Geschäft ist beim Debt-Equity-Swap zu bejahen. Der Vorgang ist eher als offene Einlage denn als verdeckte Einlage zu beurteilen.[2180]

d) Der Debt-Mezzanine-Swap

Fraglich ist, ob sich der Debt-Mezzanine-Swap nach dem Schwerpunkt der Vereinbarung als verdeckte Einlage oder als offene Einlage darstellt. Teilweise wird – ohne Begründung – eine „verdeckte Kapitaleinlage“ angenommen.[2181]

Der Debt-Mezzanine-Swap lässt sich weder der idealtypischen verdeckten Einlage noch der idealtypischen offenen Einlage zuordnen. Die Rechtsprechung zur Bewertung des Forderungsverzichts als verdeckte Einlage ist nicht einschlägig. Beim Debt-Mezzanine-Swap steht kein isolierter Forderungsverzicht in Rede. Der Gläubiger verzichtet deshalb, um eine Mezzanine-Beteiligung an der Objektgesellschaft zu erhalten. Das verleiht dem Geschäft ein entgeltliches Gepräge. Aus Sicht der Gesellschaft besteht die Tauschähnlichkeit des Vorgangs in der Hingabe der Einzahlungsforderung des Genussrechts gegen Erlass der Darlehensforderung. Die Annahme einer verdeckten Einlage ist nicht zutreffend. Die Grundsätze zur Bewertung des Forderungsverzichts als verdeckter Einlage können nicht Anwendung finden.

[2180] *Mückl*, FR 2009, 497 (499 f).

[2181] *Hess*, Sanierungshandbuch, Kap. 12, Rn. 145.

Die Rechtsprechung zur Einbringung eines Wirtschaftsguts gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist aus zwei Gründen nicht direkt anwendbar: zum einen erhält – wie beim Debt-Equity-Swap – die Gesellschaft kein aktives Wirtschaftsgut, das sie in ihre Bilanz als Aktivposten aufnehmen kann. Zum anderen räumt die Gesellschaft als Gegenleistung kein Gesellschaftsrecht ein, sondern ein Genussrecht.

Der erste Einwand spricht nicht zwangsläufig für eine Anwendbarkeit von § 6 I Nr. 5 EStG. Denn auch § 6 Nr. 5 EStG setzt die Zuführung eines aktiven Wirtschaftsguts voraus.

In Bezug auf den zweiten Einwand ist zuzugestehen, dass sich das Genussrecht seiner Rechtsnatur nach grundlegend von einer Beteiligung unterscheidet. Das Genussrecht ist ein schuldrechtliches Gläubigerrecht. Es gewährt die typischen Vermögensrechte eines Aktionärs auf schuldrechtlicher Grundlage.[2182] Es konstituiert kein Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Genussrechtsinhaber und der Gesellschaft. Dennoch weist der Forderungsverzicht im Rahmen des Debt-Mezzanine-Swap eine größere Nähe zur offenen Einlage auf als zur verdeckten. Die Rechte, die der Genussrechtsinhaber erhält, stellen einen Ausschnitt aus den Rechten eines Gesellschafters dar. In vermögensrechtlicher Hinsicht erhält der Genussrechtsberechtigte dieselbe Position wie ein Gesellschafter. In der Bilanz der Gesellschaft wird ein Fremdkapitalposten durch einen Eigenkapitalposten ersetzt. Ist der Partner beim Debt-Mezzanine-Swap Gesellschafter, hat der Vorgang seine Ursache im Gesellschaftsverhältnis.[2183] Vor diesem Hintergrund ist der Debt-Mezzanine-Swap mit der offenen Einlage gleichzusetzen.

4. Der gemeine Wert des hingegebenen Wirtschaftsguts

Nach § 6 VI 1 EStG bemessen sich die Anschaffungskosten eines im Wege des Tauschs erworbenen Wirtschaftsguts nach dem gemeinen Wert, den das hingegebene Wirtschaftsgut hat; dabei ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem es hingegeben wird.[2184] Beim Debt-Mezzanine-Swap ist das Wirtschaftsgut, das die Gesellschaft hingegeben hat, die Einzahlungsforderung.

a) Der gemeine Wert

Die Bewertungsvorschrift des § 6 VI 1 EStG zielt auf den gemeinen Wert ab; die Anschaffungskosten sind in Höhe des gemeinen Wertes der Einbringung anzusetzen. Der Begriff des gemeinen Wertes wird in § 9 II BewG definiert. Diese Begriffsbestimmung gilt auch für das Einkommensteuerrecht (vgl. § 1 II BewG).[2185] Der gemeine Wert wird

[2182] *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte, S. 111.
[2183] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (762).
[2184] BFH, Urteil vom 25. 1. 1984, Az I R 183/81, BStBl. II 84, 422.
[2185] BFH, Urteil vom 28. 10. 2008, Az IX R 96/07, BStBl. II 2009, 45.

durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (§ 9 II 1 BewG). Der gemeine Wert ist in der Regel identisch mit dem Verkehrswert;[2186] grundsätzlich sind beide Größen gleichzusetzen.[2187]

aa) Abgrenzung zum allgemeinen Anschaffungskostenbegriff

Die Anschaffungskosten in § 6 I Nr. 2 S.1 EStG erfassen zum einen die Aufwendungen für den Erwerb eines Wirtschaftsguts (§ 6 I Nr. 2 S.1 EStG i.V.m. § 255 I 1 Var.1 HGB). Ein Wirtschaftsgut wird erworben, wenn es von fremder in die eigene wirtschaftliche Verfügungsmacht gelangt.[2188] Zum anderen gehören zu den Anschaffungskosten auch die Aufwendungen, die geleistet werden, um ein Wirtschaftsgut in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen (§ 6 I Nr. 2 S.1 EStG, § 255 I 1 Var. 2 HGB). Schließlich zählen zu den Anschaffungskosten auch die Nebenkosten und die nachträglichen Anschaffungskosten (§ 6 I Nr. 2 S.1 EStG, § 255 I 2 HGB). Wie hoch die Aufwendungen für den Erwerb eines Wirtschaftsgutes im Fall des Tausches sind, bestimmt § 6 VI 1 EStG. Die Bewertungsvorschrift zum Tausch geht daher als lex specialis der allgemeinen Bestimmung der Anschaffungskosten in § 6 I Nr. 2 EStG vor.

bb) Abgrenzung vom Teilwert

Für den Begriff des Teilwerts findet sich in § 6 I Nr.1 S.3 EStG eine Legaldefinition. Teilwert ist der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde (§ 6 I Nr.1 S. 3 HS 1 EStG). Dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt (§ 6 I Nr.1 S.3 HS 2 EStG). Bei der Ermittlung des Wertes sind die drei in der Vorschrift genannten Voraussetzungen (Erwerb des ganzen Betriebs, Betriebsfortführung, Gesamtkaufpreis) hypothetisch zu unterstellen.[2189]

Der Teilwert stellt auf die Wiederbeschaffungskosten für das Wirtschaftsgut ab.[2190] Damit bestimmt sich der Teilwert aus der Perspektive des Käufers. Die Zugehörigkeit des Wirtschaftsguts zum Betrieb hat beim Teilwert Einfluss auf die Wertbestimmung.[2191] Dagegen legt der gemeine Wert die Einzelveräußerung des Wirtschaftsguts zugrunde.[2192] Maßgebend ist die Sicht des Verkäufers. Zu bestimmen ist der fiktive Veräußerungserlös, den er erzielen würde.[2193] Gemeiner Wert und Teilwert können

---

[2186] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 880; BFH, Urteil vom 15. 2. 2001, Az III R 20/99, BStBl. II 2003, 635.
[2187] BFH, Urteil vom 20.05.2010, Az IV R 42/08, BFHE 229, 340.
[2188] BFH, Urteil vom 18.10.2011, Az IX R 15/11, DStR 2011, 2347.
[2189] *Ehmcke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 6 EStG, Rn. 585.
[2190] BFH, Urteil vom 05.04.2005, Az X B 176/04, NV.
[2191] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 878.
[2192] *Ehmcke,* in: Blümich, 117. Aufl., § 6 EStG, Rn.30.
[2193] BFH, Urteil vom 29.05.2001, Az VIII R 10/00, DStZ 2001, 820.

zusammenfallen.[2194] In Bezug auf Grundstücke und Gebäude stimmen gemeiner Wert und Teilwert überein.[2195] Nach ständiger Rechtsprechung ist zudem in Bezug auf Kapitalforderungen davon auszugehen, dass Teilwert und gemeiner Wert nicht differieren.[2196]

b) Bestimmung des gemeinen Werts der Einzahlungsforderung

Der BFH beziffert in den Entscheidungen zum tauschähnlichen Vorgang die Anschaffungskosten der Gesellschaft mit dem gemeinen Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts, hier also der hingegebenen Darlehensforderung. Der Sachverhalt basiert im Kern jeweils darauf, dass ein Gesellschafter ein Wirtschaftsgut in die Gesellschaft einbringt und dafür Anteile an der Gesellschaft erhält. Der BFH nimmt einen tauschähnlichen Vorgang an. Das Anschaffungsgeschäft auf Seiten der Gesellschaft besteht darin, dass sie den Sachwert entgegennimmt und dafür die Einlageforderung hingibt.[2197] In der Bilanz der Gesellschaft ist das zugeführte Wirtschaftsgut mit dem gemeinen Wert auszuweisen.[2198] Das erscheint zunächst überraschend, denn nach § 6 VI 1 EStG ist Gegenstand der Bewertung – aus Sicht der Objektgesellschaft – nicht das eingetauschte, sondern das hingegebene Wirtschaftsgut. Doch ist der Widerspruch nur scheinbar. Denn es ist zu zeigen, dass der Wert der Einzahlungsforderung dem Wert der Darlehensforderung entspricht.

aa) Bewertung der Einzahlungsforderung beim Debt-Equity-Swap

Fraglich ist, wie sich der Wert der Einzahlungsforderung bestimmt. Zunächst sei der Blick auf die parallele Situation beim Debt-Equity-Swap gerichtet. Der Debt-Equity-Swap stellt ein tauschähnliches Geschäft dar. Für den Gesellschafter gestaltet sich der Anschaffungsvorgang folgendermaßen: er erlässt der Gesellschaft die Darlehensforderung; im Gegenzug erlangt er einen Gesellschaftsanteil.[2199] Aus der Perspektive der Gesellschaft besteht das Anschaffungsgeschäft im Erwerb der Darlehensforderung gegen Hingabe der Einlagenforderung.[2200] Im Rahmen des Debt-Equity-Swap ist die Anschaffung der Darlehensforderung auf Seiten der Objektgesellschaft mit dem Wert des hingegebenen Wirtschaftsguts anzusetzen. Objekt der Bewertung ist damit die Einlagenforderung. Der Wert der Einlagenforderung ist mit dem Wert des eingelegten Wirtschaftsguts, nämlich der Darlehensforderung, gleichzusetzen.[2201]

[2194] BFH, Urteil vom 29. 4. 1987, Az X R 2/80, BStBl. II 1987, 769.
[2195] BFH, Urteil vom 24.04.2007, Az I R 35/05, BFHE 218, 97.
[2196] BFH, Urteil vom 29.05.2001, Az VIII R 10/00, DStZ 2001, 820.
[2197] BGH, Urteil vom 17.07.2008, Az 17.07.2008, DStR 2008, 2001.
[2198] BFH, Urteil vom 19.10.1998, Az VIII R 69/95, BFHE 187, 434; vom 24.04.2007, Az I R 35/05, BFHE 218, 97; vom 24.01.2008, Az IV R 37/06, DStR 2008, 761, vom 24.01.2008, Az IV R 66/05, BFH/NV 2008, 1301.
[2199] Vgl. BFH, Urteil vom 17.07.2008, Az I R 77/06, DStR 2008, 2001.
[2200] Vgl. BFH, Urteil vom 17.07.2008, Az I R 77/06, DStR 2008, 2001.
[2201] BFH, Urteil vom 28.11.1991, Az I R 147/90, BB 1992, 1413.

bb) Übertragung der Wertung auf den Debt-Mezzanine-Swap

Fraglich ist, ob sich die Gleichsetzung von Wert der Einlagenforderung und Wert der eingelegten Darlehensforderung auf den Debt-Mezzanine-Swap übertragen lässt. Dann würde der Wert der Einzahlungsforderung dem Wert der hingegebenen Darlehensforderung entsprechen.

(1) Nennbetrag

Die Einzahlungsforderung lautet auf den Nennbetrag des Genussrechtskapitals. Auf den ersten Blick scheint es, als könnte die Objektgesellschaft durch Festsetzung des Nominalbetrags des Genussrechtskapitals den Wert der Einzahlungsforderung bestimmen. Das scheint zunächst plausibel: die Höhe der Einzahlungsforderung bestimmt sich nach der Höhe des Genussrechtskapitals. Der Wert des Genussrechtskapitals korreliert mit dem Wert der Einzahlungsforderung.

(2) Leistungsfähigkeit des Genussrechtsinhabers

Als Folge wird der Wert der Einzahlungsforderung durch die Leistungsfähigkeit des Genussrechtsinhabers beeinflusst. Ist der Genussrechtsinhaber nur eingeschränkt leistungsfähig, ist die Einzahlungsforderung in ihrem Wert gemindert. Zu dieser Situation kann es beispielsweise kommen, wenn eine eigens für Private-Equity-Geschäfte geschaffene Zweckgesellschaft Gläubiger ist.[2202] Diese Zweckgesellschaften betreiben kein operatives Geschäft. Sie verfügen nur über eine schmale Kapitalausstattung. Es kommt leicht zur Überschreitung des Aktionsradius, welchen die Bonität vorgibt.[2203]

(3) Vereinbarter Konnex mit der Darlehensforderung

(a) Die Anrechnungsvereinbarung

Die Einzahlungsforderung ist in wirtschaftliche Zusammenhänge eingebunden, die bei der Wertbestimmung nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Der Nennbetrag von Einzahlungsforderung und Genussrechtskapital entsprechen sich. Der Wert des Genussrechtskapitals wiederum kann nicht von der Gesellschaft auf wirtschaftlich freiem Feld gesetzt werden. Denn der Wert des Genussrechtskapitals ergibt sich aus den Vorgängen, die mit dem Debt-Mezzanine-Swap verbunden sind. Die Einzahlungsforderung erlischt nicht dadurch, dass der Genussrechtsinhaber sie bezahlt. Vielmehr erlässt der Genussrechtsinhaber der Objektgesellschaft die Darlehensforderung. Der Vermögensvorteil, den die Gesellschaft durch den Forderungsverzicht erlangt, wird auf die Einzahlungsforderung angerechnet. Im Zuge des Debt-Mezzanine-Swap wird die Einzahlungsforderung nicht durch Anrechnung teilweise befriedigt. Das Geschäft ist vielmehr darauf angelegt, dass die Einzahlungsforderung zur Gänze als berichtigt

[2202] *Weitnauer*, ZIP 2005, 790 (791).
[2203] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (765).

behandelt wird, indem der Genussrechtsinhaber auf seine Darlehensforderung verzichtet. Auf diese Weise zielt der Wille der Parteien darauf ab, den Wert der Einzahlungsforderung und den Wert des Verzichts auf die Darlehensforderung für die Objektgesellschaft gleichzusetzen.

Das im Zuge des Debt-Mezzanine-Swap begründete Genussrechtskapital und die korrespondierende Einzahlungsforderung haben damit einen Wert, der vom Wert der Darlehensforderung abhängig ist.[2204] Das Abhängigkeitsverhältnis ist nicht wechselseitig, sondern wirkt nur in eine Richtung. Der Wert der hingegebenen Darlehensforderung bestimmt den Wert des Genussrechtskapitals.[2205] Aufgrund der Anrechnungsvereinbarung beim Debt-Mezzanine-Swap hat aber der Wert des Genussrechtskapitals keine Auswirkung auf den Wert, den der Verzicht auf die Darlehensforderung für die Objektgesellschaft hat. Durch den Erlass der Darlehensforderung ist die Einzahlungsforderung erfüllt; damit behandeln die Parteien die Einzahlungsforderung nicht als selbständige Größe. Das wäre nur dann der Fall, wenn der Genussrechtsinhaber durch seinen Forderungsverzicht bloß einen Teil seiner Einzahlungsschuld erfüllt hätte. Indem die Parteien aber die vollständige Anrechnung vereinbaren, wirkt der Wert der Darlehensforderung maßgebend für den Wert der Einzahlungsforderung samt Genussrechtskapital.

(b) Das Regime der realen Kapitalaufbringung

Demgegenüber wird behauptet, es bestehe ein kategorialer Unterschied zwischen dem „nominellen Ausgabepreis" des Gesellschaftsanteils und der „Bemessung des effektiven Gegenstandswertes".[2206] In ähnliche Richtung zielt die Differenzierung zwischen der „angemessene[n] Festsetzung des Ausgabebetrags für den […] ausgegebenen Anteil" und der „Höhe des Betrags, zu dem die Anrechnung einer Forderung auf eine Einlageverpflichtung möglich [sei]".[2207] Diese Einschätzung ist für den Debt-Equity-Swap zutreffend. Beim Debt-Equity-Swap erfährt der Wert der neuen Anteile eine Verselbständigung dadurch, dass der Wert der Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen wird.[2208] Hier können die Parteien nicht vereinbaren, dass durch den Forderungsverzicht die Einlageverpflichtung vollständig erfüllt ist. Ist der Wert der Sacheinlage in Gestalt des Forderungsverzichts nicht ausreichend, besteht die Einlagenforderung insoweit fort. Den Gesellschafter trifft die Differenzhaftung (§ 9 I

[2204] Vgl. *Schmidt/Hageböke, DStR 2003, 1813 (1816).*
[2205] Vgl. *Döllerer*, BB 1971, 1245 (1250).
[2206] So aber *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (765) mit Bezug auf die offene Einlage von Forderungen in Kapitalgesellschaften.
[2207] So *Wansleben*, WM 2012, 2083 (2087) zur Forderungseinbringung beim Debt-Equity-Swap.
[2208] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (765).

GmbHG).[2209] Die Regeln der realen Kapitalaufbringung können von den Parteien nicht abbedungen werden, weil diese zwingendes Recht darstellen.[2210]

Beim Debt-Mezzanine-Swap stellt sich die Situation in anderem Lichte dar. Denn für die Ausgabe von Genussrechten finden die Bestimmungen der realen Kapitalaufbringung keine Anwendung. Beim Debt-Mezzanine-Swap können die Parteien eine Anrechnung des Wertes des Forderungsverzichts auf die Einlageverpflichtung des Gesellschafters zu einem bestimmten Betrag vereinbaren. Sie sind aber nicht daran gehindert, die Einlageforderung durch den Forderungsverzicht des Gesellschafters als vollständig abgegolten zu betrachten. Es ist möglich, kraft Parteivereinbarung den Wert des Genussrechtskapitals an den Wert des Forderungsverzichts zu koppeln.

cc) Bestimmung des Wertes der Darlehensforderung

Die Parteien des Debt-Mezzanine-Swap haben vereinbart, dass die Einzahlungsforderung des Genussrechts durch Annahme der Darlehensforderung an Erfüllungs statt erlischt. Es gilt nunmehr, den Wert dessen zu bestimmen, was die Objektgesellschaft angenommen hat.

(1) Die maßgebliche Perspektive bei der Bestimmung des Gegenstandes der Bewertung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass zwischen dem Gläubiger und der Schuldner-Gesellschaft ein Darlehensvertrag besteht. Daraus resultiert die Rückzahlungsforderung des Gläubigers. In seiner Bilanz hat er die Forderung aktiviert. Ist sie nicht mehr voll werthaltig, wird sie auf den werthaltigen Teil abgeschrieben. Das Darlehensverhältnis findet auch in der Bilanz der Schuldner-Gesellschaft ihren Niederschlag. Dort ist die Rückzahlungs-Verbindlichkeit passiviert. Auch bei bilanzieller Überschuldung der Gesellschaft bleibt die Verbindlichkeit mit ihrem Nennbetrag in der Bilanz. Erlässt der Gläubiger die Forderung oder tritt er sie an die Schuldner-Gesellschaft ab, führt er die Forderung zu. Aus der Perspektive des Gläubigers ist die Forderung selber der Gegenstand der Zuführung. Diesem Vorgang korrespondiert beim Schuldner der Abgang der Verbindlichkeit aus der Bilanz. Auf Seiten des Schuldners ist der Wegfall der Verbindlichkeit der Gegenstand der Zuführung. Das, was die Objektgesellschaft erhält, ist eine Schuldbefreiung.[2211] Im Folgenden geht es darum, herauszuarbeiten, wessen Perspektive maßgebend ist und ob sich in der Bewertung des Vorgangs ein Unterschied ergibt.

[2209] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (765).
[2210] *Ekkenga*, Ubg 2009, 761 (765).
[2211] *Kirsch,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, S. 60.

(a) Die Perspektive der Kapitalgesellschaft

Aus Sicht der Kapitalgesellschaft kommt es – prima facie – auf den Nennwert der Verbindlichkeit an. In der Steuerbilanz der Objektgesellschaft ist das Betriebsvermögen als Folge des Forderungsverzichts erhöht.[2212] Ob die Forderung in der Bilanz des Gläubigers in ihrem tatsächlichen Wert gemindert war, kann dabei außer Betracht bleiben.[2213] Denn für die Objektgesellschaft ist allein entscheidend, wie sich der Vorgang in ihrer Steuerbilanz abbildet.[2214] Dort ist die Verbindlichkeit zum Nennwert ausgewiesen.

In der Bilanz des Gläubigers hingegen ist die Forderung auf ihren werthaltigen Teil abgeschrieben. Darin ist kein Widersprich zu sehen. Das im Rahmen des Darlehensvertrags überlassene Kapital bewirkt in der Bilanz des Gläubigers eine Forderung auf Rückzahlung und in der Bilanz des Schuldners eine Verbindlichkeit. Beide haben das Imparitätsprinzip zu beachten. Eine divergierende Bewertung von Forderung und korrespondierender Verbindlichkeit ist hinzunehmen.[2215] Es besteht kein allgemeines Prinzip dahingehend, dass ein Rechtsverhältnis in den Bilanzen der beteiligten Parteien kongruent zu bilanzieren ist.[2216] Gegenstand der Zuführung ist nach dieser Auffassung genau genommen nicht die Darlehensforderung, sondern – aus Perspektive der Gesellschaft – der Wegfall der Verbindlichkeit.[2217]

Im Zusammenhang mit der verdeckten Einlage arbeitet die Finanzverwaltung mit einem Betrag „in Höhe des Forderungsverzichts“, um das Augenmerk darauf zu richten, dass die Perspektive der aufnehmenden Gesellschaft maßgebend ist.[2218] Die Vermögensmehrung bestehe „in Höhe des werthaltigen Teils der Verbindlichkeit“.[2219] Diese Formulierung mutet eigenartig an. Unklar ist, was es mit der Werthaltigkeit einer Verbindlichkeit auf sich hat. In der Bilanz des Schuldners ist die Verbindlichkeit als Fremdkapitalposten passiviert. Ihre Höhe bestimmt sich nach dem Nennbetrag. Ist der Schuldner nicht leistungsfähig, weil eine bilanzielle Überschuldung vorliegt, ist die Verbindlichkeit nicht in voller Höhe durch Akiva gedeckt. Das gibt dem Schuldner aber nicht die Möglichkeit, die Verbindlichkeit abzuschreiben. Das geltende Recht sieht die Abschreibung nur für Vermögensgegenstände und aktive Wirtschaftsgüter vor. Eine Forderung ist werthaltig oder nicht werthaltig. Eine Verbindlichkeit ist gedeckt oder nicht gedeckt. Werthaltig ist vielmehr die der Verbindlichkeit korrespon-

---

[2212] Vgl. *Häuselmann*, BB 1993, 1552 (1555) zur verdeckten Einlage.
[2213] Hoffmann, BB 1991, 773 (778).
[2214] Vgl. *Häuselmann*, BB 1993, 1552 (1555) zur verdeckten Einlage.
[2215] Vgl. *Thiel,* GmbHR 1992, 20 (23).
[2216] Vgl. *Häuselmann*, BB 1993, 1552 (1555) zur verdeckten Einlage.
[2217] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 46, Fn. 204.
[2218] BMF, Schreiben vom 2.12.2003, Az IV A 2-S 2743-5/03, BStBl. I 2003, 648.
[2219] BMF, Schreiben vom 2.12.2003, Az IV A 2-S 2743-5/03, BStBl. I 2003, 648.

dierende Forderung in der Bilanz des Gläubigers; der Gläubiger muss die Forderung bei fehlender Werthaltigkeit auf den werthaltigen Teil abschreiben. So zeigt schon die Wortwahl der Finanzverwaltung, dass der Ansatz, auf die Schuldner-Perspektive abzustellen, nicht konsequent durchzuhalten ist.

(b) Die Perspektive des Gläubigers

Objekt einer Zuführung kann nur das sein, was der Zuführende selber in Händen hat. Musste aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Schuldner-Gesellschaft der Gläubiger die Darlehensforderung auf den Teilwert abschreiben, kann er auch nur die abgeschriebene Forderung übertragen.[2220] Diese Auffassung hat zur Folge, dass die Zuführung aus der Perspektive des Gläubigers beurteilt wird; übertragen wird die Forderung. Der Vermögensvorteil für die Objektgesellschaft besteht im Empfang der Forderung.

Richtigerweise bestimmt sich der Wert der Zuführung aus der Perspektive des Gläubigers. Es kommt also nicht darauf an, dass eine Verbindlichkeit abgeführt wird; auschlaggebend ist, dass eine Forderung zugeführt wird.[2221] Der Rechtsprechung liegt eine zweistufige Konzeption zugrunde.[2222] Auf der ersten Stufe überträgt der Gesellschafter die Forderung oder verzichtet auf sie. Dadurch realisiert er den Wert der Forderung. In Höhe des werthaltigen Teils der Forderung erzielt er einen Erlös. Auf der zweiten Stufe lässt er den Betrag der Gesellschaft zukommen.

Wenn die erlassene Forderung nicht mehr vollwertig ist, fließt der Gesellschaft nur der werthaltige Teil zu.[2223] Aus der Perspektive des Gläubigers geht es um die Forderung. Bei der Bewertung der Forderung darf nicht starr auf den Nennbetrag abgestellt werden. Entscheidend ist vielmehr der „tatsächliche Wert der Forderung".[2224] Ohne Belang ist die Sicht des Schuldners und damit der „als Verbindlichkeit passivierte Betrag".[2225]

Die Vermögensmehrung im Betrieb der Objektgesellschaft ist Objekt der Besteuerung. Davon zu trennen ist der Wert des Vermögens, das der Gesellschafter aus bereits versteuerten oder steuerfreien Einkünften angesammelt hat und nun der Gesellschaft zuführt. Dieser Vermögenswert soll durch das Rechtsinstitut der Einlage gerade nicht der Besteuerung unterfallen. Daraus folgt, dass nur der werthaltige Teil der Forderung Gegenstand der Einlage sein kann.[2226] Die Forderung ist Teil des Betriebs- oder

---

[2220] *Wassermeyer*, DB 1990, 2288 (2288).
[2221] Vgl. BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.
[2222] BFH, Urteil vom 28.11.2001, Az I R 30/01, BFH/NV 2002, 677.
[2223] BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.
[2224] BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.
[2225] BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.
[2226] Wassermeyer, DB 1990, 2288 (2288).

Privatvermögen des Inferenten. Nur in Höhe des werthaltigen Teils trägt sie zum Bestand des Vermögens des Gesellschafters bei.

Abtretung und Erlass sind bei wirtschaftlicher Betrachtung gleich zu behandeln. Beide Vorgänge führen zum Erlöschen der Forderung. Es macht keinen Unterschied, ob das durch Erlass oder Verzicht bewerkstelligt wird oder ob der Gesellschafter die Forderung an die Gesellschaft abtritt und diese dann durch Konfusion erlischt.[2227] Bei der Abtretung tritt erkennbar die Forderung als Gegenstand der Zuführung hervor. Ihr Erlöschen durch Konfusion tritt erst eine juristische Sekunde später ein. Dass der Übertragung der Forderung der Verzicht und der Erlass gleichgestellt sind, beruht darauf, dass das rechtliche Ergebnis das gleiche ist: es kommt darauf an, dass der Gläubiger die Forderung zum Erlöschen bringt. Denn nur so kann der in der Forderung verkörperte wirtschaftliche Wert der Schuldner-Gesellschaft zugeführt werden.

(2) Die maßgebende Perspektive bei der Wahl des Bewertungsmaßstabs

Mit der Frage nach der einzunehmenden Perspektive für die Quantifizierung des Vermögensvorteils, der sich aufgrund des Erlöschens der Forderung für die Schuldner-Gesellschaft ergibt, korreliert die Frage nach dem Bewertungsmaßstab.

In Betracht kommen der gemeine Wert und der Teilwert. Der gemeine Wert ergibt sich aus der Sicht des Verkäufers. Zu ermitteln ist, welchen Erlös der Verkäufer bei einem fiktiven Einzelverkauf des Wirtschaftsguts erzielen könnte. Demgegenüber stellt der Teilwert auf die Perspektive des Käufers ab. Hier stellt sich die Frage, welchen Preis ein Käufer bei einem hypothetischen Kauf des Wirtschaftsguts zu zahlen bereit wäre.

Beim Debt-Mezzanine-Swap wird die Darlehensforderung der Schuldner-Gesellschaft zugeführt. Das geschieht im Rahmen eines tauschähnlichen Geschäfts. Für den Gläubiger liegt in Bezug auf die Darlehensforderung ein Veräußerungsgeschäft vor. Für den Schuldner ist die Darlehensforderung hingegen Objekt eines Anschaffungsgeschäfts. Der Gläubiger tritt insoweit als Veräußerer auf, der Schuldner als Erwerber.

Geht es darum, den werthaltigen Teil der Forderung zu ermitteln, kommen dafür zwei rechtstechnische Wege in Betracht: die Ermittlung des Teilwerts oder des gemeinen Werts. Ist die Perspektive des Veräußerers maßgebend, stellt der gemeine Wert das probate Mittel der Wertbestimmung dar. Soll dagegen aus Erwerberperspektive beurteilt werden, ist auf den Teilwert abzustellen. Beim Debt-Mezzanine-Swap geht es darum, dass der Gläubiger der Schuldner-Gesellschaft die Forderung zuführt. Daher ist der gemeine Wert maßgebend. Dazu passt, dass ursprünglich der Wert der Einzah-

[2227] BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307.

lungsforderung zu ermitteln war. Dabei war der gemeine Wert relevant (§ 6 VI 1 EStG).

Bei der Bewertung macht es keinen Unterschied, ob der Teilwert oder der gemeine Wert zu ermitteln ist. Denn in Bezug auf Kapitalforderungen führen beide Wege zum selben Ergebnis.

(a) Teilwert

(aa) Die isolierte Betrachtung der Leistungspflicht des Schuldners

Nach *Kirsch* bestimmt sich der Wert einer Schuldbefreiung stets aus der Perspektive des Schuldners.[2228] Denn „eine Schuldbefreiung ist immer so viel wert, wie der Schuldner bezahlen muss, und das ist der volle Nennwert".[2229]

Wer das Unternehmen erwirbt, erwirbt auch die Verbindlichkeit. Er schuldet dann selbst. Die Verbindlichkeit muss er zum Nennbetrag berichtigen.[2230]

Der Betrag der Verbindlichkeit in der Bilanz kennzeichnet die Summe, in deren Höhe der Schuldner zahlen muss. Das Vorsichtsprinzip verbietet der Schuldner-Gesellschaft, darauf zu vertrauen, dass der Gläubiger für weniger Geld bereit ist, die Forderung abzutreten oder zu erlassen. Denn es liegt im Ermessen des Gläubigers, sich auf ein derartiges Anliegen des Schuldners einzulassen.[2231]

Es ist kategorisch zwischen der Bewertung der Forderung auf Seiten des Gläubigers und der Bewertung der Verbindlichkeit auf Seiten des Schuldners zu unterscheiden.[2232] Die Überschuldung des Schuldners bewirkte dann eine Wertminderung der Forderung, wohingegen die Verbindlichkeit noch zum Nennbetrag zu bewerten wäre. Die Schuldbefreiung würde sich in der Bilanz des Schuldners unabhängig von seiner Vermögenslage stets zum Nennbetrag der Schuld auswirken.

Der Teilwert entspräche nach dieser Ansicht dem Nennwert der Forderung. Sowohl das Unternehmen als auch der Erwerber des Unternehmens müssen, um die Forderung durch Zahlung zum Erlöschen zu bringen, eine Leistung in Höhe des Nennbetrags erbringen. Doch ist dem nicht zu folgen.

(bb) Die korrespondierende Maßgeblichkeit

Die steuerbilanzielle Bewertung des Forderungsverzichts beim Gesellschafter korreliert mit derjenigen bei der Gesellschaft. Man kann dies als „korrespondierende Maß-

---

[2228] *Kirsch,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, S. 61.

[2229] *Kirsch,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, S. 61.

[2230] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).

[2231] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 58.

[2232] *Kirsch,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, S. 61.

geblichkeit“ bezeichnen.[2233] Die Wertminderung der Forderung korrespondiert mit der Wertminderung der Verbindlichkeit.[2234]

(i) Der Wert der Schuldbefreiung für das Unternehmen

Für die Kapitalgesellschaft gilt bei der Bilanzierung einer Verbindlichkeit das Vorsichtsprinzip. Die Gesellschaft muss beim Ausweis der Schulden alle vorhersehbaren Risiken und Verluste einfließen lassen (§ 252 I Nr. 4 HGB).[2235] Für Verbindlichkeiten gilt, dass diese mit dem Erfüllungsbetrag anzusetzen sind (§ 253 I 2 HGB). Das ist der Wert, den die Verpflichtung für den Unternehmer am Tag der Erfüllung hat.[2236]

Zuzugeben ist, dass eine für den Schuldner ungünstige Veränderung des Verhältnisses von Vermögen und Schulden in seiner Bilanz nicht dazu führt, dass sich die Verbindlichkeit korrespondierend mindert. Der Betrag in der Bilanz bleibt derselbe. Aber die Bewertung ändert sich. Aus § 253 I 2 HGB lässt sich nicht folgern, dass sich eine Schuldbefreiung immer zum Nennwert der Verbindlichkeit auf die Bilanz auswirkt.[2237]

Während Anschaffungskosten die Aufwendungen bezeichnen, um ein positives Wirtschaftsgut zu erwerben (§ 6 I Nr. 2 EStG, § 255 I 1 Var.1 HGB), erfasst der Erfüllungsbetrag die Kosten, die dem Unternehmer für die „Wegschaffung“ der Verbindlichkeit erwachsen.[2238] Entscheidend ist, welchen Vermögenswert die Kapitalgesellschaft hätte einsetzen müssen, um entweder die Forderung zu erwerben oder den Verzicht zu veranlassen (Ablösebetrag).[2239]

Erwirbt die Gesellschaft eine Gesellschafterforderung, kommt es – vom Standpunkt der Gesellschaft aus – auf den „Abschaffungsbetrag“ an.[2240] Das ist der Betrag, den die Objektgesellschaft bei hypothetischer Betrachtung zu zahlen hätte, um entweder die Forderung zu erwerben oder sie abzulösen, indem der Gläubiger zum Verzicht bewegt wird.[2241] Nicht entscheidend ist dagegen der Nennwert der Forderung.[2242]

Für die Bewertung des Schulderlasses zum Nennwert der Verbindlichkeit kann auch nicht angeführt werden, dass sich unter Zugrundelegung der korrespondierenden Maßgeblichkeit der Schuldner mit Verweis auf seine Überschuldung „selbst von seinen Schulden befreien“ könnte.[2243] Denn darum geht es im hiesigen Kontext auch

---

[2233] *Hoffmann*, DStR 1997, 1625 (1627f).
[2234] Vgl. BGH, Urteil vom 08.07.1985, Az II ZR 269/84, NJW 1985, 2947.
[2235] *Winkeljohann/Büssow*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 8. Aufl. 2012, § 252 Rn. 35.
[2236] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 253 Rn. 66.
[2237] a.A.: *Kirsch,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, S. 61.
[2238] *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2013, § 253 Rn. 66.
[2239] BFH Großer Senat, Beschluss vom 9.06.1997, Az GrS 1/94, BStBl II 1998, 307.
[2240] *Groh*, BB 1997, 2523 (2526).
[2241] *Groh*, BB 1997, 2523 (2526).
[2242] BFH, Urteil vom 01. 08. 1979, Az II R 133/73, BFHE 128, 341.
[2243] So aber: *Kirsch,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, S. 61.

nicht. Beim Forderungsverzicht befreit sich der Schuldner nicht selber von seiner Verbindlichkeit, sondern er wird befreit. Fraglich ist lediglich, was diese Befreiung wert ist. Diese Frage kann nicht losgelöst von der in der Bilanz abgebildeten Vermögenslage des Schuldners beantwortet werden. Zutreffenderweise ist die Schuldbefreiung mit dem Ablösebetrag für die Verbindlichkeit zu bewerten.[2244] Das ist der Betrag, den der Schuldner aufwenden muss, um die Verpflichtung zu beseitigen. Der Ablösebetrag einer Verbindlichkeit ist bei Überschuldung des Schuldners geringer als ihr Nennbetrag.[2245] Ist die Gesellschaft überschuldet, wirkt die Verbindlichkeit in ihrer Bilanz weniger belastend.[2246]

(ii) Der Wert der Schuldbefreiung für den Erwerber des Unternehmens

Abzustellen ist auf den tatsächlichen Wert des Vermögensvorteils, der infolge der Schuldbefreiung bei der Gesellschaft ankommt. In der Bilanz fällt die Darlehensverbindlichkeit zwar zum Buchwert weg. Lastet auf dem Betrieb eine Verbindlichkeit, so steht diese mit dem Nennwert in der Bilanz. In dieser Höhe bindet die Verbindlichkeit Aktiva. Mit der Ausbuchung der Verbindlichkeit werden in dieser Höhe Aktiva frei.[2247] Demgegenüber erfasst der Ablösebetrag, den die Gesellschaft für die Wegschaffung der Verbindlichkeit aufwenden müsste, lediglich den tatsächlichen Wert der Forderung.[2248] Gegenstand der Zuführung kann nur sein, was in der Bilanz der Kapitalgesellschaft eine Vermögensmehrung bewirkt. Die Befreiung von der Verbindlichkeit verschafft der Gesellschaft einen tatsächlichen Vermögensvorteil. Es ist eine objektive Wertermittlung durchzuführen. Grundlage sind die wirtschaftlich relevanten Umstände, welche die Lage der Gesellschaft charakterisieren.

Der Wert, den eine Verbindlichkeit eines Betriebs hat, manifestiert sich im Betrag, den ein Erwerber des Betriebs mehr zu zahlen bereit wäre, wenn er die Verbindlichkeit nicht übernehmen muss.[2249]

(iii) Der Verkehrswert der Forderung

Die Schuldner-Gesellschaft hat auch die Möglichkeit, die Verbindlichkeit ablösen.[2250] Der Ablösebetrag bezeichnet den Verkehrswert der Forderung.[2251] Der Verkehrswert einer Forderung beläuft sich auf den Betrag, den ein außenstehender Dritter als Ge-

---

[2244] Vgl. *Heger/Weppler,* BB 2008, 1383 (1386).
[2245] *Kunst,* in: Haarmann Hemmelrath & Partner, Gestaltung und Analyse in der Rechts-, Wirtschafts- und Steuerberatung von Unternehmen, S. 287 (294 f, Fn. 34).
[2246] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).
[2247] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 58.
[2248] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 53.
[2249] BFH, Urteil vom 13.12.1972, Az I R 7-8/70, DStR 1973, 182.
[2250] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).
[2251] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).

genleistung für den Forderungserwerb entrichten würde.[2252] Das ist der Fair Value, der sich auf dem Markt erzielen lässt.[2253]

Der mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns handelnde Gläubiger wäre mit der Ablösung einverstanden. Als Ablösebetrag erhält er den realen Wert der Forderung.[2254] Der Zeitwert der Forderung muss die Vermögenlage des Schuldners berücksichtigen, so dass eine Überschuldung zu Abschlägen auf den Nennwert der Forderung führt.[2255] Mehr als den Betrag, den ein Investor für den Erwerb der Darlehensforderung zahlen würde,[2256] kann der Gläubiger sinnvollerweise nicht erwarten.

Der Teilwert der Verbindlichkeit ist identisch mit dem Teilwert der Forderung.[2257] Aus der Perspektive des Schuldners ergibt sich kein höherer tatsächlicher Betrag als aus der des Gläubigers.[2258] Vielmehr sind die Werte identisch.

(bb) Der gemeine Wert

Der gemeine Wert bezeichnet den Preis, der beim Verkauf üblicherweise zu erzielen ist.[2259] Der gewöhnliche Geschäftsverkehr setzt einen Handel voraus, in dem die Prinzipien von Angebot und Nachfrage den Preis bestimmen.[2260] Die Vertragsparteien haben dabei die Möglichkeit privatautonomer Entfaltung. Sie können ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgen.[2261] Die Beschaffenheit des Wirtschaftsguts meint die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die ein Wirtschaftsgut der betreffenden Art charakterisieren.[2262]

Der gemeine Wert der Darlehensforderung bestimmt sich insbesondere nach den Parametern der Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Schuldners.[2263] Ist die Schuldner-Gesellschaft bilanziell überschuldet, begründet dieser Umstand für sich genommen noch nicht die fehlende Werthaltigkeit der Forderung.[2264] Trotz Überschuldung kann in bestimmten Konstellationen der Forderung der Nennwert beigemessen werden.[2265] Dies ist der Fall, wenn ausreichend hohe stille Reserven vorhanden sind[2266] oder wenn die Parteien eine ratierliche Tilgung vereinbart haben.[2267]

[2252] *He,* Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren, 2012, S. 123 f.
[2253] *He,* Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren, 2012, S. 123.
[2254] Vgl. *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).
[2255] *Redeker,* BB 2007, 673 (675).
[2256] Vgl. *Redeker,* BB 2007, 673 (675).
[2257] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).
[2258] *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).
[2259] *Halaczinsky,* in: Rössler/Troll, Bewertungsgesetz, 17. Aufl. 2012, § 9 Rn. 6.
[2260] BFH, Urteil vom 23. 2. 1979, Az III R 44/77, BStBl. II S. 618.
[2261] BFH, Urteil vom 28. 11. 1980, Az III R 86/78, BStBl. 1981 II S. 353.
[2262] *Halaczinsky,* in: Rössler/Troll, Bewertungsgesetz, 17. Aufl. 2012, § 9 Rn. 8.
[2263] *Born*, BB 2009, 1730 (1732).
[2264] FG München, 4.2.2004 - 7 K 337/99, BeckRS 2004, 26016669.
[2265] *Born*, BB 2009, 1730 (1732).
[2266] FG Hamburg, Urteil vom 30.8.2001, Az VII 105/01, EFG 2002, 94.
[2267] FG Köln, Urteil vom 30.1.2001, Az 13 2347/99, EFG 2001, 588.

Der Teilwert bzw. der gemeine Wert können geschätzt werden in Abhängigkeit vom Grad der Zweifelhaftigkeit der Forderung.[2268] Anders gewendet: bei der Schätzung bemisst sich der Wert der Darlehensforderung nach der Wahrscheinlichkeit, dass sie sich als werthaltig erweist.[2269]

Dabei ist eine fiktive Veräußerung der Forderung zugrunde zu legen. Es wird – hypothetisch – unterstellt, dass der Gläubiger die Darlehensforderung an einen unbeteiligten Dritten veräußert.[2270] Der dabei zu erzielende Erlös ist der gemeine Wert.[2271] Dieser Wert ist mit dem Teilwert identisch;[2272] der Teilwert bezeichnet den Wiederbeschaffungswert.[2273] Zu den Umständen, die bei der hypothetischen Veräußerung den Wert maßgebend beeinflussen, gehört vor allem die zu erwartende Insolvenzquote.[2274] Der Wert einer Forderung bestimmt sich danach, was der Schuldner zu zahlen imstande ist.[2275]

5. Nachteilige Folgen für die Gesellschaft in der Krise

a) Die prosperierende Gesellschaft

Befindet sich die Gesellschaft in guter wirtschaftlicher Lage, ist eine Einlage in Höhe des Nennwerts der Forderung abzusetzen. Einerseits führt der Forderungsverzicht zu einem Gewinn in Höhe des Nennwerts. Es handelt sich um einen außerordentlichen Ertrag.[2276] Dieser wird andererseits durch die Einlage vollständig neutralisiert.[2277]

b) Die Gesellschaft in der Krise

aa) Die vorgefundene Situation

Befindet sich die Gesellschaft aber in der Krise, liegen der gemeine Wert und der Teilwert der Forderung in der Regel bei Null. Der Schuldner ist überschuldet; der Gläubiger hat die Forderung daher abgeschrieben, möglicherweise sogar auf Null.[2278] Die finanziell ohnehin geschwächte Gesellschaft erlebt einen Sanierungsgewinn in Höhe des nicht werthaltigen Teils der Forderung, denn eine Einlage kann nur in Höhe des werthaltigen Teils abgesetzt werden. *Birk* spricht kritisch von der „erstaunlichen Folge, dass auf der Ebene der Gesellschaft eine Neutralisierung des Gewinns durch die Verbuchung als Einlage unterbleibt".[2279]

[2268] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.
[2269] BFH, Urteil vom 10.11.1998, Az VIII R 6/96, DStR 1999, 411.
[2270] BFH, Urteil vom 10.11.1998, Az VIII R 6/96, DStR 1999, 411.
[2271] BFH, Urteil vom 10.11.1998, Az VIII R 6/96, DStR 1999, 411.
[2272] BFH, Urteil vom 10.11.1998, Az VIII R 6/96, DStR 1999, 411.
[2273] BFH, Urteil vom 10.11.1998, Az VIII R 6/96, DStR 1999, 411.
[2274] BFH, Urteil vom 10.11.1998, Az VIII R 6/96, DStR 1999, 411.
[2275] *Kirsch,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, S. 61.
[2276] BFH, Urteil vom 29.07.1997, Az VIII R 57/94, DStR 1997, 1965.
[2277] *Schlagheck*, GmbHR 2000, 363 (366).
[2278] BFH, Urteil vom 15.10.1997, Az I R 103/93, BFH/NV 1998, 572.
[2279] *Birk,* Steuerrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 1260.

Je geringer die Deckungsquote der Verbindlichkeiten des Unternehmens ist, umso größer fällt der Sanierungsgewinn aus. Ein Unternehmen, das die Forderung überhaupt nicht mehr bedienen kann, hat einen Sanierungsgewinn in voller Höhe der Forderung. Die aus dem Forderungsverzicht resultierende Steuerlast ist umso größer, je stärker das Unternehmen überschuldet ist. Das Ertragssteuerrecht führt paradoxerweise dazu, dass die ursprüngliche Intention der Parteien, das Unternehmen durch die Umwandlung der Darlehensforderung in Mezzanine-Kapital wirtschaftlich zu entlasten, in das Gegenteil verkehrt wird.

Tatsächlich hat das Unternehmen keine Kapitalzuführung von außen erhalten; der Sanierungsgewinn entspringt einer bilanziellen Operation.[2280] Die mit dem Sanierungsgewinn verbundene reale Steuerlast stellt das in der Krise befindliche Unternehmen vor neue Herausforderungen.

bb) Die Verfassungsmäßigkeit der Einlagenbewertung

Es stellt sich die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der ertragsteuerlichen Belastung, die daraus resultiert, dass eine Einlage nur in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung abzusetzen ist.

(1) Der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art 3 I GG) resultiert das Gebot, dass die Steuerlast mit der finanziellen Leistungsfähigkeit korreliere.[2281] Die Steuerpflichtigen müssen durch ein Steuergesetz in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gleichmäßig belastet werden.[2282] Dieser Grundsatz ist wegen Art 19 III GG auch auf inländische Kapitalgesellschaften anwendbar.[2283] Sie sind juristische Personen des Privatrechts. Auch juristische Personen sind Grundrechtsträger. Sie unterfallen dem Schutzbereich von bestimmten Grundrechten, wenn sich in Bildung und Betätigung der juristischen Person die freie Entfaltung privater natürlicher Personen manifestiert. Dies ist besonders dann zu bejahen, wenn auf die hinter der juristischen Person stehenden Menschen „durchgegriffen“ werden kann. Bei einer sich privatrechtlich betätigenden Kapitalgesellschaft ist in Bezug auf Art 3 I GG von der Grundrechtsträgerschaft auszugehen.

(2) Ungleichbehandlung

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaften wird nicht zutreffend erfasst, wenn die Einlage sich in ihrer Höhe am werthaltigen Teil der Forderung bemisst. Das zeigt der Vergleich zweier Kapitalgesellschaften, welche die Extrempunkte

[2280] *Braun/Geist*, BB 2009, 2508 (2513).
[2281] BVerfG, Beschluss vom 18.07.2012, Az 1 BvL 16/11, NJW 2012, 2719.
[2282] BVerfG, Beschluss vom 18.07.2012, Az 1 BvL 16/11, NJW 2012, 2719.
[2283] BVerfG, Kammerbeschluss vom 16.05.1989, Az 1 BvR 705/88, NJW 1990, 1783.

des möglichen Spektrums bezüglich der Deckung der Gesellschaftsschulden markieren. Es sei eine Gesellschaft völlig überschuldet, so dass der Teilwert der gegen sie gerichteten Darlehensforderung mit Null anzusetzen ist (Gesellschaft A). Eine weitere Gesellschaft habe dagegen ausreichend Vermögen, das alle Schulden deckt. Der Teilwert der Forderung entspricht daher dem Nennwert (Gesellschaft B).
In einem ersten Schritt führt der Debt-Mezzanine-Swap bei beiden Gesellschaften dazu, dass sich der Unterschiedsbetrag i.S.d. § 8 I 1 KStG i.V.m. § 4 I 1 EStG um den Nennbetrag der Darlehensforderung erhöht.
Im zweiten Schritt ist die Einlage abzusetzen. Beide können die Einlage nur in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung gewinnmindernd geltend machen.
Bezüglich Gesellschaft A ist der werthaltige Teil der Forderung und damit die Höhe der Einlage Null. Es ergibt sich ein Sanierungsgewinn in Höhe des Forderungs-Nennwerts.
Bei Gesellschaft B ist die Forderung als ganze werthaltig, so dass die Einlage der Höhe nach mit dem Nennwert der Forderung abzusetzen ist. Es resultiert ein Sanierungsgewinn von Null.
Gesellschaft A hat keinerlei Vermögen mehr und ist daher nicht leistungsfähig, wohingegen Gesellschaft B über ausreichend Deckungsvermögen verfügt und daher leistungsfähig ist. Diejenige Gesellschaft, die weniger leistungsfähig ist, muss eine höhere Steuerlast tragen. Darin liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit.

(3) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Rechtfertigungsgründe für die Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich. Art 3 I GG verbietet dem Steuerrecht nicht jegliche Differenzierung. Eine vorgenommene Differenzierung muss aber gerechtfertigt sein. Als Rechtfertigung kommen Sachgründe in Betracht. Diese müssen aber ihrerseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.[2284]

(a) Objektive Verstärkung der Leistungsfähigkeit

Es ließe sich einwenden, die Gesellschaft erfahre durch den Forderungsverzicht eine wirtschaftliche Begünstigung. Der korrespondierende Wegfall der Verbindlichkeit wirke sich in der Bilanz der Schuldner-Gesellschaft mit dem Nennbetrag aus. In dieser Höhe würden Aktiva frei gesetzt, die dann wieder für das operative Geschäft zur Verfügung stünden. Die objektive Leistungsfähigkeit erhöhe sich dadurch.[2285] Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Zuzugeben ist, dass die Verbindlichkeit zum

[2284] BVerfG, Beschluss vom 18.07.2012, Az 1 BvL 16/11, DStR 2012, 1649.
[2285] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 62.

Nennbetrag aus der Bilanz der Objektgesellschaft abgeht. Ob dadurch in genau dieser Höhe Aktiva frei werden, ist davon abhängig, wie viel Aktiva das Unternehmen noch hat. Ist die Krise derart fortgeschritten, dass das Unternehmen über kein nennenswertes Aktivvermögen verfügt, können auch keine Aktiva in Höhe des Nennbetrags der Verbindlichkeit frei gesetzt werden. Das Argument setzt voraus, dass das Unternehmen auch insoweit ausreichend leistungsfähig ist.

(b) Sinn und Zweck der Einlage

Auch der Sinn und Zweck von Einlagen lässt sich nicht als Rechtfertigungsgrund anführen.

(aa) Die Einlageregelung

Die Einlage zielt darauf ab, bestimmtes Vermögen vor der Besteuerung zu schützen. Es geht dabei um Vermögen, das der Gesellschafter steuerfrei gebildet hat oder das bei ihm bereits der Besteuerung unterworfen war. Diese Werte sollen nicht deswegen (nochmals) besteuert werden, weil sie in den Betrieb eingebracht werden. Dort führt die Einbringung zunächst zu einer Erhöhung des Betriebsvermögens und damit des Gewinns. Das wird vermieden, indem der Vermögenszugang beim Unterschiedsbetrag nach § 8 I 1 KStG, § 4 I 1 EStG in Form einer Einlage (§ 8 I 1 KStG, § 4 I 8 EStG) zum Teilwert (§ 6 I Nr. 5 EStG) abgesetzt wird.

(bb) Übereinstimmung von Zuführung und Betriebsvermögensmehrung

Dieses Vorgehen ist für sich genommen sachgerecht. Auch wird im Normalfall das Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit beachtet: das Wirtschaftsgut, das der Gesellschafter der Kapitalgesellschaft zuführt, erhöht deren Leistungsfähigkeit. Die Erhöhung der Leistungsfähigkeit ist aber nicht betrieblich, sondern gesellschaftlich veranlasst. Die zugeführten Mittel hat der Gesellschafter entweder steuerfrei akkumuliert oder sie sind bei ihm bereits besteuert worden. Daher ist bei der Gesellschaft eine Einlage in Höhe des zugeführten Vermögenswertes bei der Gewinnermittlung in Abzug zu bringen. Die Höhe der abzusetzenden Einlage korrespondiert im Normalfall, den die gesetzliche Regelung im Auge hat, mit der Höhe des wirtschaftlichen Vorteils, den die empfangende Gesellschaft durch die Einbringung erfährt. Die Einlage schöpft die Mehrung des Betriebsvermögens ab, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat.

(cc) Auseinanderfallen von Zuführung und Betriebsvermögensmehrung

Dieser Zusammenhang besteht aber nicht mehr, wenn das, was der Gesellschafter zuwendet, mit einem niedrigeren Betrag bewertet wird als das, was als Vorteil bei der

Gesellschaft ankommt. Diese Konstellation ergibt sich, wenn der Gesellschafter eine Forderung erlässt, die er gegen die Gesellschaft hat und die aufgrund der Überschuldung der Gesellschaft wertlos ist. In der Bilanz des Gläubigers steht die Forderung mit ihrem tatsächlichen Wert; sie ist auf Null abgeschrieben. Das, was der Gesellschafter in Händen hält und zum Gegenstand der Einlage macht, ist eine wertlose Forderung. In der Bilanz der Schuldner-Gesellschaft hingegen ist die Verbindlichkeit immer noch zum Nennbetrag passiviert. Der Darlehensverzicht führt zum Wegfall des Passivpostens, und zwar in Höhe des Nennwerts. Das, was aufgrund der Zuwendung des Gesellschafters bei der Gesellschaft ankommt, ist eine bilanzielle Vermögensmehrung in Höhe des Nominalbetrags der Verbindlichkeit. Der Wert dessen, was der Gesellschafter zuwendet, divergiert vom Wert dessen, was die Gesellschaft erhält. Der Wert der abzusetzenden Einlage bemisst sich im Fall des Forderungsverzichts aber nicht daran, was bei der Gesellschaft angekommen ist, sondern daran, was der Gesellschafter zugewendet hat. So kommt es beim Erlass einer wertlosen Forderung zu einer bilanziellen Vermögensmehrung bei der empfangenden Gesellschaft, die durch eine Einlage zum Teilwert von Null außerbilanziell kompensiert wird. Die buchmäßige Eigenkapitalerhöhung wird nicht abgefangen. Sachliche Gründe für die damit einhergehende erhöhte Steuerbelastung sind nicht zu erkennen. Sinn und Zweck der Einlage ist es jedoch gerade, eine gesellschaftlich veranlasste Vermögensmehrung auszugleichen. Das geschieht hier aber nicht.

(dd) Einlagenbewertung zum Nominalbetrag

Um dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, ist daher der Anknüpfungspunkt der Einlagenbewertung abweichend von den allgemeinen Regeln zu wählen. Bei der überschuldeten Gesellschaft darf nicht der tatsächliche Wert der erlassenen Forderung entscheidend sein. Abzustellen ist vielmehr auf den Nominalwert der Verbindlichkeit.

(i) Der finale Einlagenbegriff

Das entspricht auch dem finalen Einlagenbegriff des Großen Senats. Das Steuerrecht kann besondere Wertungen enthalten, eine abweichende Regelung erforderlich machen. Das kann sich in einer Erweiterung oder Eingrenzung der Möglichkeiten, eine Einlage abzusetzen, niederschlagen.[2286]

In der Konstellation des Erlasses einer wertlosen Forderung bedarf es einer Erweiterung der Einlagemöglichkeit, um dem Sinn und Zweck der Einlagen zu entsprechen.

[2286] BFH Großer Senat, Beschluss vom 26.10.1987, GrS 2/86, BFHE 151, 523.

(ii) Zwei divergierende Grundsätze

Der Konzeption der Einlage liegen zwei Prinzipien zugrunde, die im Fall des Erlasses einer wertlosen Forderung Wertungswidersprüche hervorrufen.

Zum einen ist Ansatzpunkt der Bewertung der gemeine Wert (offene Sacheinlage) oder der Teilwert (verdeckte Einlage) des zugeführten Wirtschaftsguts. Das ist verständlich, denn zu bewerten ist das, was der Gesellschafter der Gesellschaft zuwendet.

Zum anderen muss die Einlage die bei der annehmenden Kapitalgesellschaft eingetretene Vermögensmehrung außerbilanziell kompensieren. Denn die Vermögensmehrung ist nicht betrieblich, sondern gesellschaftlich veranlasst. Sie muss bei der Gewinnermittlung außer Betracht bleiben.

(iii) Sinn und Zweck der Einlage als höherrangiger Grundsatz

Im Fall des Erlasses einer wertlosen Forderung muss der erste Grundsatz zurücktreten. Das erfordert der Sinn und Zweck der Einlage, nämlich die außerbilanzielle Eliminierung gesellschaftlich veranlasster Vermögensmehrungen. Würde auf der formellen Vorgabe beharrt, dass sich die Bewertung nach dem zugeführten Wirtschaftsgut – der wertlosen Forderung – richtet, würde das Ziel der Einlage vollständig preisgegeben. Das Ziel wird aber nur erreicht, wenn als Gegenstand der Bewertung der bilanzielle Effekt gewählt wird, der bei der Schuldner-Gesellschaft eintritt. Bilanziell wird das Vermögen um den Nennbetrag der weggefallenen Verbindlichkeit vermehrt. In dieser Höhe muss auch eine Einlage abgesetzt werden, um die auf gesellschaftlichen Gründen beruhende Erhöhung der Leistungsfähigkeit zu kompensieren.

(iv) Teleologische Reduktion

Lücken im Gesetz können auch verdeckt sein. Dies ist der Fall, wenn eine Bestimmung des Gesetzes entgegen ihrem Wortlaut eingeschränkt werden muss, weil die der Norm innewohnende Teleologie eine derartige Einschränkung erfordert.[2287] Die Regel ist in ihrem Wortlaut zu weit konzipiert. Doch verlangen Regelungszweck und der Sinnzusammenhang des Gesetzes, die Reichweite der Bestimmung zu reduzieren. Die Norm darf nur den Anwendungsbereich haben, der ihr nach dem Telos des Gesetzes zukommt.[2288]

Das Gebot der Gerechtigkeit verlangt, diejenigen Fälle, die im Hinblick auf die rechtlich maßgebenden Wertungen vergleichbar sind, gleich zu handeln. Die Steuergerechtigkeit[2289] transferiert diesen allgemeinen Grundsatz in die Sphäre des Steuerrechts. E contrario muss Ungleiches ungleich behandelt werden. Die teleologische Reduktion

---

[2287] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 391.
[2288] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 391.
[2289] *Pöllath,* DB 1998, 2033 (2033).

gewährt das erforderliche Instrumentarium, um die gebotene Unterscheidung durchzuführen.[2290]

Die Anwendung von § 6 VI 1 EStG führt dazu, dass die Einlage mit dem gemeinen Wert, also im Extremfall mit Null anzusetzen ist. Im Wege der teleologischen Reduktion ist für den Fall des Erlasses einer wertlosen oder nicht mehr werthaltigen Forderung die Einlage mit dem Nennwert der Verbindlichkeit in der Bilanz der Schuldner-Gesellschaft anzusetzen. Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, der sich zum Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit verdichtet, verlangt die unterschiedliche Behandlung von unterschiedlich leistungsfähigen Steuersubjekten.

(4) Ergebnis

Um die Verfassungsmäßigkeit der Einlagenbewertung im Fall des Erlasses einer wertlosen Forderung sicherzustellen, ist im Zuge der Einlagenbewertung in teleologischer Reduktion von § 6 VI 1 EStG der Wert der Forderung mit dem Nominalwert anzusetzen. Nur auf diese Weise wird die durch den Debt-Mezzanine-Swap bewirkte bilanzielle Vermögensmehrung durch die Einlage außerbilanziell kompensiert.

cc) Gestaltungstechnischer Ausweg

Ein Ausweg – ohne verfassungskonforme teleologische Reduktion des § 6 VI 1 EStG – wäre eine Bareinlage des Gesellschafters in Höhe des Nennwerts der Darlehensverbindlichkeit. Leistet der Gesellschafter eine solche Bareinlage in die Kapitalrücklage (Zuzahlung nach § 272 II Nr. 4 HGB), kann mit diesem Geld das Darlehen zurückgezahlt werden. Auf diese Weise wurde der Forderungsverzicht „verschleiert".[2291] Darin kann eine missbräuchliche Gestaltung i.S.d. § 42 I 2 AO erkannt werden.[2292] Diese Gefahr liegt insbesondere nahe, wenn der Gesellschafter mit der Zahlung die Auflage verbindet, das Geld der Darlehensrückzahlung zuzuführen.[2293] Die Finanzierungsfreiheit des Gesellschafters ist jedenfalls dann anzuerkennen, wenn keine Auflage erteilt wurde und kein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Zuzahlung und Darlehensrückgewähr besteht.[2294]

[2290] *Larenz,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 392.
[2291] *Heidemann*, INF 1996, 363 (366).
[2292] *Groh*, BB 1997, 2523 (2525).
[2293] *Pflugbeil*, Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften, S. 65.
[2294] *Roser*, GmbHR 1998, 301 (305).

L. Literaturverzeichnis

I. Monographien

(1) *Adam*, *Ralf,* Einlage, Tausch und tauschähnlicher Vorgang im Zivilrecht und im Steuerrecht, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2005.

(2) *Angerer, Hans-Peter,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, Regensburg, 1993.

(3) *Bächer, Christian,* Bilanzierung von Mezzanine-Kapital nach HGB, IFRS und US-GAAP, München, 2008.

(4) *Bachert, Robert,* Buchführung und Bilanzierung: Controlling und Rechnungswesen in sozialen Unternehmen, Weinheim/München, 2005.

(5) *Baiker, Christina,* Mezzanine Kapital, München, 2010.

(6) *Bauer, Markus,* Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer - kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept? Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Gläubigerschutzkonzepte des amerikanischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrechts, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1995.

(7) *Becker, Jan/Loitz, Rüdiger/Stein, Volker,* Steueroptimale Verlustnutzung, Wiesbaden, 1. Aufl., 2009.

(8) *Beinert, Dieter/Burmeister, Frank/Tries, Hermann-Josef,* Mergers and Acquisitions in Germany, 1. Aufl., München, 2009.

(9) *Bezzenberger, Tilman,* Erwerb eigener Aktien durch die AG, Köln, 2002.

(10) *Bieg, Hartmut/Kußmaul, Heinz/Waschbusch, Gerd,* Externes Rechnungswesen, München, 6. Aufl., 2012.

(11) *Birk, Dieter,* Steuerrecht, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 15. Aufl., 2012.

(12) *Bittmann, Folker,* Insolvenzstrafrecht: Handbuch für die Praxis, Berlin, 2004.

(13) *Bitz, Michael/Schneeloch, Dieter/Wittstock*, *Wilfried* Der Jahresabschluss: nationale und internationale Rechtsvorschriften, Analyse und Politik, 5. Aufl., München, 2011.

(14) *Blasius, Torsten,* IFRS, HGB und F&E: Besteuerung und Bilanzierung, Berlin, 2006.

(15) *Bommert, Rainer,* Verdeckte Vermögensverlagerungen im Aktienrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989.

(16) *Bork*, *Reinhard,* Einführung in das Insolvenzrecht, Tübingen, 6. Aufl., 2012.

(17) *Brede*, *Helmut,* Betriebswirtschaftslehre, 8. Aufl., München/Wien, 2004.

(18) *Breithaupt, Joachim/Ottersbach, Jörg H., (Hrsg.),* Kompendium Gesellschaftsrecht, Formwahl – Gestaltung – Muster für die Praxis, München, 1. Aufl., 2010.

(19) *Briesemeister, Simone,* Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, Düsseldorf, 2006.

(20) *Brüse, Markus,* Mezzanine-Kapital für den Mittelstand: eine empirische Analyse aus Unternehmenssicht in quantitativer und qualitativer Art, Lohmar/Köln, 1. Aufl., 2011.

(21) *Budde, Wolfgang Dieter/Förschle, Gerhart/Winkeljohann*, *Norbert,* Sonderbilanzen, Von der Gründungsbilanz bis zur Liquidationsbilanz, 4. Aufl., München, 2008.

(22) *Bürger, Albrecht,* Genussrechte als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung von Unternehmen, insbesondere von Kreditinstituten, Augsburg, 1987.

(23) *Buth, Andrea/Hermanns, Michael,* Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 3. Auflage, München, 2009.

(24) *Canaris, Claus-Wilhelm,* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin, 2. Aufl., 1983.

(25) *Capelle*, *Paul-Gerhard,* Der Genussschein als kapitalmarktfähiges Instrument der Eigenfinanzierung von Aktiengesellschaften, Braunschweig, 1989.

(26) *Coenenberg, Adolf G./Haller, Axel/Schultze, Wolfgang,* Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 22. Auflage, Stuttgart, 2012.

(27) *Coenenberg, Alexandra,* Die bilanzielle Behandlung von Handy-Subventionen bei Mobilfunkunternehmen, Wiesbaden, 2007.

(28) *Conrad, Anja,* Mezzanine-Kapital als alternative Finanzierungsform für den deutschen Mittelstand im Hinblick auf Basel II, München, 2006.

(29) Deitermann, Manfred/Schmolke, Siegfried/Rückwart, Wolf-Dieter, Industrielles Rechnungswesen, Braunschweig, 40. Aufl., 2011.

(30) *Delmas*, *Britta,* Die Bewertung von Sacheinlagen in der Handelsbilanz von AG und GmbH, Köln, 1997.

(31) *Diffring, Philipp,* Umwandlung von Forderungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, Münster, 2012.

(32) *Djanani, Christiana/Brähler, Gernot,* Internationales Steuerrecht: Grundlagen für Studium und Steuerberaterprüfung, Wiesbaden, 3. Aufl., 2006.

(33) *Döllerer*, *Georg,* Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen bei Kapitalgesellschaften, Heidelberg, 2. Aufl., 1990.

(34) *Drygala, Tim/Staake, Marco/Szalai*, *Stephan,* Kapitalgesellschaftsrecht, Berlin/Heidelberg, 2012.

(35) *Duhr*, *Andreas,* Grundsätze ordnungsmäßiger Geschäftswertbilanzierung, Düsseldorf, 2006.

(36) *Dürr*, *Ulrike L.,* Mezzanine-Kapital in der HGB- und IFRS-Rechnungslegung, Berlin, 2007.

(37) *Ebert*, *Tim,* Stille Gesellschaft, Genussrecht und partiarisches Darlehen als mezzanine Kapitaltitel zur Finanzierung einer GmbH, Frankfurt, 2010.

(38) *Eilers, Stephan /Bühring, Franziska*, Sanierungssteuerrecht: Beratungsschwerpunkte und Checklisten, Köln, 2012.

(39) *Ekkenga, Jens,* Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt: eine vergleichende Studie zum europäischen, deutschen und britischen Bilanz-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Tübingen, 1998.

(40) *Emde, Achim,* Der Genussschein als Finanzierungsinstrument, Bochum, 1987.

(41) *Ernst*, *Tassilo,* Der Genussschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, Zürich, 1963.

(42) *Fett, Torsten/Spiering, Christoph,* Handbuch Joint Venture, Heidelberg, 2010.

(43) *Foerste*, *Ulrich,* Insolvenzrecht, München, 5. Aufl. 2010.

(44) *Förster, Christian,* Gesellschaftsrecht, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2012.

(45) *Frantzen*, *Christopher,* Genussscheine, Köln/München, 1998.

(46) *Frantzmann, Andreas,* Die Mezzanine-Finanzierung einer GmbH im Ertragsteuerrecht, Aachen, 2010.

(47) *Freund, Judith,* Die Wechselverpflichtung im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main, 2008.

(48) *Frick, Michael,* Bilanzierung von Mezzanine Capital als Herausforderung für das Bonitätsrating, München, 2006.

(49) *Gernhuber, Joachim,* Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, Tübingen, 2. Aufl., 1994.

(50) *Gillingham, John/Harper-Bill, Christopher, (Hrsg.),* Anglo-Norman Studies 23: Proceedings of the Battle Conference 2000, Woodbridge, 2001.

(51) *Görtz, Claudia,* Die aktien- und steuerrechtliche Qualifikation von Hybrid-Anleihen – oder der Genussrechtstest, Baden-Baden, 2008.

(52) *Gogger, Martin,* Insolvenzgläubiger-Handbuch, 3. Aufl., München, 2011.

(53) *Göttert*, *Barbara,* Genussscheine als Instrument der Unternehmensfinanzierung und der Mitarbeiterbeteiligung, Hamburg, 2011.

(54) *Gottwald, Peter,* Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Auflage, München, 2010.

(55) *Gräbe*, *Sebastian,* Das Maßgeblichkeitsprinzip vor dem Hintergrund des BilMoG, Berlin, 2012.

(56) *Grashoff*, *Dietrich,* Aktuelles Steuerrecht 2011, München, 7. Auflage 2011.

(57) *Grashoff, Dietrich/Kleinmanns, Florian,* Aktuelles Steuerrecht, München, 9. Aufl., 2013.

(58) *Groenemeyer, Thomas,* Logistikimmobilien vom Band: Standardisierung im gewerblichen Hochbau am Beispiel von Warehouse-Logistikimmobilien, Kassel, 2012.

(59) *Großfeld*, *Bernhard,* Unternehmens- und Anteilsbewertung, Köln, 4. Aufl. 2002.

(60) *Großfeld, Bernhard/Luttermann, Claus,* Bilanzrecht, Heidelberg, 4. Aufl., 2005.

(61) *Gummert, Hans (Hrsg.),* Münchener Anwaltshandbuch, Personengesellschaftsrecht, München, 1. Aufl., 2005.

(62) *Gummert, Hans/Weipert, Lutz,* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl., München, 2009.

(63) *Haas, Julia,* Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, Münster, 2010.

(64) *Habig, Helmut/Berninghaus, Jochen,* Die Nachfolge im Familienunternehmen ganzheitlich regeln, Berlin/Heidelberg/New York/Hongkong/London/Mailand/Paris/Tokio, 2. Aufl., 2003.

(65) *Häger, Michael/Elkemann-Reusch, Manfred (Hrsg.),* Genussrechte, Mezzanine Finanzierungsinstrumente: stille Gesellschaft - Nachrangdarlehen – Wandelanleihen, Berlin, 2. Aufl., 2007.

(66) *Hahn, Heiner/Wilkens*, *Klaus,* Buchhaltung und Bilanz, Teil C, 2. Aufl., München, 2000.

(67) *Hanakam, Eva-Maria,* Die steuerliche Beurteilung von Genussrechten als Instrumente der Kapitalbeschaffung, Würzburg, 1991.

(68) *Hanke*, *Bernhard,* Die Bewertung von Pensionsrückstellungen nach dem (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz) BilMoG, München, 2009.

(69) *Hartmann, Sarah,* Vom handelsrechtlichen Jahresabschluss eines Einzelunternehmers zur Steuerbilanz, München, 2008.

(70) *Hauschka, Christoph E., (Hrsg.),* Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München, 2. Auflage 2010.

(71) *Hauser, Christoph,* Chancen und Risiken einer Unternehmensakquisition durch eine Zwischengesellschaft als Finanzierungsmodell, Hamburg, 2009.

(72) *He, Wangxiang,* Unternehmenserwerb im Insolvenzplanverfahren : unter Berücksichtigung des Entwurfs für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), München, 2012.

(73) *Hellerforth, Michaela,* Die globale Finanzmarktkrise: Ursachen und Auswirkungen auf die Immobilien- und Realwirtschaft, Hamburg, 1. Aufl., 2009.

(74) *Henn, Günter/Frodermann, Jürgen/Jannott, Dirk (Hrsg.),* Handbuch des Aktienrechts, 8. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2009.

(75) *Heno, Rudolf,* Jahresabschluss nach Handelsrecht, Steuerrecht und internationalen Standards (IFRS), Heidelberg, 5. Aufl., 2006.

(76) *Hentze, Joachim/Kehres, Erich,* Buchführung und Jahresabschluss in Krankenhäusern: methodische Einführung, Stuttgart, 3. Aufl., 2007.

(77) *Herzig, Norbert (Hrsg.),* Steuerorientierte Umstrukturierung von Unternehmen, Stuttgart, 1997.

(78) *Hess*, *Harald (Hrsg.),* Sanierungshandbuch, 5. Aufl., Köln, 2011.

(79) *Hölters, Wolfgang (Hrsg.),* Handbuch Unternehmenskauf, Köln, 7. Aufl., 2010.

(80) *Hopt, Klaus/Wohlmannstetter, Gottfried (Hrsg.),* Handbuch Corporate Governance von Banken, 1. Auflage, München, 2011.

(81) *Huber, Ulrich,* Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, Heidelberg, 1970.

(82) *Hueck, Alfred/Canaris*, *Claus-Wilhelm,* Recht der Wertpapiere, 12. Aufl., München, 1986.

(83) *Hüttche, Tobias,* Grundlagen der Rechnungslegung nach HGB, München, 2008.

(84) *IDW (Hrsg.), IDW-Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6),* WPg-Supplement 4/2012

(85) *IDW/FAZ* (= Institut der Wirtschaftsprüfer/Frankfurter Allgemeine Zeitung) (Hrsg.), Wirtschaftsprüfung und Corporate Governance, Frankfurt a.M., 20002.

(86) *Jacob, Michael,* Informationsorientiertes Management, Wiesbaden, 2012.

(87) *Jung, Peter,* Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der der rechtsfähigen Gesellschaft, Tübingen, 2002.

(88) *Kaminski, Bert/Strunk, Günther,* Besteuerung unternehmerischer Tätigkeit, Wiesbaden, 2. Aufl., 2007.

(89) *Kanders, Georg,* Bewertung von Genußscheinen, Berlin, 1991.

(90) Kessler, Wolfgang/Kröner, Michael/Köhler, Stefan, Konzernsteuerrecht, München, 2. Aufl., 2008.

(91) *Kindler, Peter/Nachmann*, *Josef,* Handbuch Insolvenzrecht in Europa, München, 2010 (Grundwerk der Loseblattsammlung), aktueller Stand: 1. Ergänzungslieferung (Juni 2010).

(92) *Kirsch, Andreas,* Einlageleistung und Einlagerückgewähr im System der Kommanditistenhaftung, Berlin, 1995.

(93) *Knobbe-Keuk*, *Brigitte,* Unternehmenssteuerrecht, Köln, 9. Aufl., 1993.

(94) *Kostanecki, Anton von,* Der wirthschaftliche Werth vom Standpunkt der geschichtlichen Forschung. Versuch einer Morphologie des wirthschaftlichen Werthes, Berlin, 1900.

(95) *Kowalewski, Jörn,* Das Vorerwerbsrecht der Mutteraktionäre beim Börsengang einer Tochtergesellschaft, Tübingen, 2008.

(96) *Kratzsch*, Alexander, Das Genussrecht als stille Gesellschaft im Steuerrecht, Bonn, 2005.

(97) *Kröber, Tobias,* Equity Mezzanine – Genussrechte im Rahmen eigenkapitalnaher Mezzanine als Finanzierungslösung für den deutschen Mittelstand, München, 2008.

(98) *Kußmaul, Heinz,* Betriebswirtschaftslehre für Existenzgründer, München, 6. Aufl., 2008.

(99) Lang, Joachim/Seer, Roman/Hey, Johanna/Montag, Heinrich/Englisch, Joachim/Hennrichs, Joachim (Bearb.), Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl., Köln, 2012.

(100) *Larenz, Karl,* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hongkong/Barcelona/Budapest, 1991.

(101) *Lauerwald*, *Uwe,* Die Bilanzierung und Prüfung von behebungspflichtigen und nicht behebungspflichtigen ökologischen Lasten, Lohmar/Köln, 2001.

(102) *Leuner, Rolf,* Mitarbeiterbeteiligung: Recht, Steuern, Beratung, Wiesbaden, 1. Aufl., 2008.

(103) *Lindstadt, Sebastian,* Ansatz und Bewertung von Rückstellungen in der Handels- und Steuerbilanz, München, 2012.

(104) *Lorch, Bernhard,* Der börsenfähige aktienähnliche Genussschein: wirtschaftliche Bedeutung, rechtliche Zulässigkeit und inhaltliche Ausgestaltung, Bergisch Gladbach/Köln, 1993.

(105) *Lörsch, Florian,* Kompetenzfragen der Mezzanine-Finanzierung, Baden-Baden, 2012.

(106) *Lüdicke, Jochen/Sistermann, Christian (Hrsg.),* Unternehmensteuerrecht, München, 2008.

(107) *Lühn*, *Michael,* Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, Wiesbaden, 2006.

(108) *Lühn, Michael,* Genussrechte, Wiesbaden, 2013.

(109) *Lühr, Ingrid,* Internationale Rechnungslegung für kleine und mittelgroße Unternehmen, Wiesbaden, 1. Aufl., 2010.

(110) *Luttermann*, *Claus,* Unternehmen, Kapital und Genussrechte, Tübingen, 1998.

(111) Manno, Antonio/Codato, Piero/Venchierutti, Massimo, Venedig, Hamburg, 2004.

(112) *Marzinkowski, Dominik,* Mezzanine-Finanzierung durch Teilgewinnabführungsverträge, Baden-Baden, 2012.

(113) *Mellinghoff, Kerstin,* Von der Handelsbilanz zur Steuerbilanz, München, 2009.

(114) *Metten*, *Michael,* Mittelstandsfinanzierung im Wandel: Optionen für die Unternehmen und Herausforderungen für die Wirtschaftspolitik, Hamburg, 2007.

(115) *Meyer, Justus,* Haftungsbeschränkung im Recht der Handelsgesellschaften, Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Hongkong/London/Mailand/Paris/Singapur/Tokio, 2000.

(116) *Moe*, *Kiel,* Integrated Design in Contemporary Architecture, New York, 2008.

(117) *Müller, Susanne,* Die Bilanzierung des Eigenkapitals der Kreditinstitute nach HGB und IFRS, München, 2009.

(118) *Müller, Welf/Rödder, Thomas,* Beck'sches Handbuch der AG, München, 2. Aufl., 2009.

(119) *Müller, Welf/Winkeljohann, Norbert (Hrsg.),* Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl., München, 2009.

(120) *Müller-Christmann, Bernd/Schnauder, Franz,* Wertpapierrecht, Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hongkong/Barcelona/Budapest, 1992.

(121) *Müller-Känel, Oliver,* Mezzanine Finance: Neue Perspektiven in der Unternehmensfinanzierung, Bern, 3. Aufl., 2008.

(122) *Mutter, Christoph,* Vermögensmanagement für Familienunternehmer: Rechtsgestaltung, Steueroptimierung, Vermögensverwaltung, Stuttgart, 1. Aufl., 2005.

(123) *Nerlich, Jörg/Kreplin, Georg,* Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, München, 2. Aufl., 2012.

(124) *Nguyen*, *Tristan,* Bilanzielle Abbildung von Finanzderivaten und Sicherungsgeschäften: Hedge-Accounting nach HGB und IAS/IFRS, München, 2007.

(125) *Oettmeier*, *Michael,* Ausgestaltung von Genussrechten und Genussscheinen, Schwäbisch-Hall, 1989.

(126) *Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm/Voigt-Salus, Joachim,* Insolvenzrecht, München, 2. Aufl., 2010.

(127) *Patzak*, *Michael,* Alternative Finanzierungsinstrumente für Krankenhäuser, Burgdorf, 2009.

(128) *Pauckert, Esther,* Bilanzielle Zurechnung von Schulden in der Handels- und Steuerbilanz, München, 2012.

(129) *Paulus*, *Christoph G.,* Insolvenzrecht, Frankfurt, 2. Aufl., 2012.

(130) *Pernsteiner, Angela,* IFRS for SMEs im Vergleich mit den Regelungen des UGB, München, 2010.

(131) *Pflugbeil, Antje,* Steuerliche Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen bei Kapitalgesellschaften: Forderungsverzicht des Anteilseigners mit und ohne Besserungsschein, Rangrücktrittsvereinbarung und andere Gestaltungsmöglichkeiten, Aachen, 2006.

(132) *Pfundt, Dieter/von Rosen, Rüdiger (Hrsg.),* Kapitalmarkt im Wandel: Investment Banking am Finanzplatz Deutschland, Frankfurt a. M., 1. Aufl., 2008.

(133) *Protz*, *Daniel Marc,* Das zivilrechtliche Anforderungsprofil mezzaniner Strukturen der Unternehmensfinanzierung, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2009.

(134) *Rattunde, Rolf (Hrsg.),* Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung, 2. Aufl., Berlin, 2012.

(135) *Reichardt, Michael,* Grundlagen der doppelten Buchführung, Wiesbaden, 1. Aufl., 2011.

(136) *Reichsjustizministerium (Hrsg.),* Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen, Berlin, 1930.

(137) *Reul, Adolf/Heckschen, Heribert/Wienberg, Rüdiger,* Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, München, 1. Aufl., 2012.

(138) *Richardi*, *Reinhard,* Wertpapierrecht, Heidelberg, 1987.

(139) *Rid-Niebler, Eva-Maria,* Genussrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, Köln, 1989.

(140) *Römermann, Volker (Hrsg.),* Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, München, 2. Aufl., 2009.

(141) *Rößler, Bettina,* Abgrenzung und Bewertung von Vermögensgegenständen: Abschreibung und verlustfreie Bewertung gemäß HGB und BFH-Rechtsprechung, Wiesbaden, 1. Auflage, 2012.

(142) *Schaffhauser-Linzatti, Michaela,* Grundzüge des Rechnungswesens, 2. Aufl., Wien, 2006.

(143) *Schaumann, Michael,* Reform des Eigenkapitalersatzrechts im System der Gesellschafterhaftung: unter Berücksichtigung der Änderungen durch das MoMiG, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/Bruxelles/New York, NY/Oxford/Wien, 2009.

(144) *Scheffler, Wolfram,* Besteuerung von Unternehmen II, 7. Aufl., Heidelberg, 2011.

(145) *Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.),* Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl., München, 2011.

(146) *Schlenker*, *Philip,* Deutsches Unternehmenssteuerrecht auf dem Prüfstand: Tauglichkeit von Sanierungsmaßnahmen im Hinblick auf deren steuerliche Konsequenzen, Hamburg, 2011.

(147) *Schmidt, Karsten,* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln, 2002.

(148) *Schmidt, Matthias (Hrsg.)/Auer, Benjamin R./Schmidt*, Peer, Buchführung und Bilanzierung: Eine anwendungsorientierte Einführung, 1. Aufl., Wiesbaden, 2012.

(149) *Schmidtbleicher, Roland,* Die Anleihegläubigermehrheit, Tübingen, 2010.

(150) *Schrecker, Tilman,* Mezzanine-Kapital im Handels- und Steuerrecht: eine Untersuchung zur Abgrenzung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital, Berlin, 2012.

(151) *Schulz, Sebastian,* Harmonisierung der steuerlichen Gewinnermittlung in der Europäischen Union, Lohmar/Köln, 1. Aufl., 2012.

(152) *Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard,* Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, München, 2. Aufl., 2010.

(153) *Servatius*, *Wolfgang,* Gläubigereinfluss durch Covenants: hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung, Tübingen, 2008.

(154) *Sigge, Susanne,* Besteuerung Hybrider Finanzierungsinstrumente im internationalen Kontext, Wiesbaden, 2012.

(155) *Silberberger, Axel,* Der Partizipationsschein als Möglichkeit einer Mitarbeiterbeteiligung, Tübingen, 1983.

(156) *Silberberger, Christina,* Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft als Finanzintermediär, Baden-Baden, 2010.

(157) *Söhner, Matthias,* Gläubigerschutz und Anlegerschutz vor Private-Equity- und Hedgefonds, Berlin, 2012.

(158) *Spahlinger, Andreas/Wegen, Gerhard (Hrsg.),* Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, München, 2005.

(159) *Spilker, Matthias,* Genussrechte in der deutschen und Europäischen Genossenschaft, Münster, 2009.

(160) *Stenz, Oliver,* § 15b EStG – Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Steuerstundungsmodellen, Aachen, 2010.

(161) *Stephan, Berit,* Die jüngsten Einschränkungen der Rückstellungsbildung durch den Steuergesetzgeber, München, 2004.

(162) *Sudhoff, Heinrich (Hrsg.),* Unternehmensnachfolge, München, 5. Aufl., 2005.

(163) *Tasma, Martin,* Leveraged Buyout und Gläubigerschutz, Tübingen, 2012.

(164) *Tcherveniachki, Vassil,* Kapitalgesellschaften und Private Equity Fonds, Berlin, 2007.

(165) *Theisinger, Ulrich,* Bilanzierung von Genussrechtskapital, München, 2002.

(166) *Thielemann*, *Arno,* Das Genussrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, Pfaffenweiler, 1988.

(167) *Töpfer, Armin,* Betriebswirtschaftslehre: Anwendungs- und prozessorientierte Grundlagen, Berlin/Heidelberg/New York, 2. Aufl., 2007.

(168) *Trautwein, Andreas,* Wertrelevanz von Patentinformationen im Kontext der Rechnungslegung: eine empirische Betrachtung für börsennotierte Kapitalgesellschaften in Deutschland, Wiesbaden, 1. Aufl., 2007.

(169) *Triebel, Volker, (Hrsg.),* Mergers & Acquisitions: Strategie, Steuern, Recht, Heidelberg, 2004.

(170) *Ulbrich, Martin,* Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts der GmbH : ein Beitrag zur Auslegung von §§ 39, Nr. 5, V, 135, InsO, 1. Aufl., Baden-Baden/München, 2011.

(171) *Urban, Bernd,* Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung, 1. Aufl., Freiburg, 2012.

(172) *Van Husen, Rainer,* Genussrechte Genussscheine Partizipationskapital, Wien, 1998.

(173) *Volkmann, Christine K., Tokarski, Kim Oliver,* Entrepreneurship: Gründung und Wachstum von jungen Unternehmen, Stuttgart, 2006.

(174) *Vormbaum, Herbert,* Finanzierung der Betriebe, Wiesbaden, 8. Aufl., 1990.

(175) *Wachter, Thomas, (Hrsg.),* Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Münster, 2010.

(176) *Wagner, Sonja,* Harmonisierung der Rechnungslegung: Der Lösungsansatz der informationsorientierten Kapitalerhaltung, München, 2012.

(177) *Walter, Sebastian,* Aktienrückkäufe – Rahmenbedingungen, Motive und Wertkonsequenzen, München, 2008.

(178) *Weber, Christoph,* Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, Tübingen, 2000.

(179) *Wehrum, Konstantin,* Ansatz und Bewertung immaterieller Wirtschaftsgüter beim Unternehmenswettbewerb, Münster, 2011.

(180) *Weiss, Daniel/Schefzyk, Sven/Strub, Johannes,* Mezzanine I - Verschiedene Formen der Mezzanine Finanzierung, München, 2012.

(181) *Wengel, Torsten,* Buchführung kompakt, München/Wien, 2007.

(182) *Wilfried Stadler (Hrsg.),* Die neue Unternehmensfinanzierung: strategisch finanzieren mit bank- und kapitalmarktorientierten Instrumenten, Frankfurt a.M., 2004.

(183) *Winnefeld, Robert,* Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., München, 2006.

(184) *Wolf, Sandra,* Bilanzierung von Zuschüssen nach HGB und IFRS, Wiesbaden, 2010.

(185) *Wöltje, Jörg,* Investition und Finanzierung, Freiburg, 1. Aufl., 2013.

(186) *Wulf, Inge/Müller, Stefan,* Bilanztraining: Jahresabschluss, Ansatz und Bewertung, Freiburg, Br./Berlin/München, 14. Aufl., 2013.

(187) *Würdinger, Hans,* Aktien- und Konzernrecht: Eine systemat. Darstellung, Karlsruhe, 2. Aufl., 1966.; 3. Aufl. 1973.

(188) *Würdinger, Hans,* Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen: e. systemat. Darst., Heidelberg/Karlsruhe, 4. Aufl., 1981.

(189) *Würdinger, Hans,* Aktienrecht: Eine systemat. Darstellung, Karlsruhe, 1. Aufl., 1959.

(190) *Ziehe, Manja,* Innovative Finanzierungsinstrumente im Krankenhaus: Vergleich von Finanzierungsmöglichkeiten zur Umsetzung von Investitionsprojekten in kleinen und mittleren gemeinnützigen Krankenhäusern in Deutschland anhand eines Fallbeispiels; sind derzeit propagierte innovative Finanzierungslösungen eine echte Alternative?, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2009.

(191) *Zimmermann, Jochen/Werner, Jörg Richard/Hitz, Jörg-Markus,* Buchführung und Bilanzierung nach IFRS, 2. Aufl., München, 2011.

(192) *Zöllner*, *Wolfgang,* Wertpapierrecht, 14. Aufl., München, 1987.

(193) *Zupancic, Georg Michael,* Risikokapitalbeschaffung durch Genußscheine bei großen mittelständischen Unternehmungen, Köln, 1989.

II. Aufsätze und Festschriftbeiträge

(1) *Aleth, Franz/Böhle, Jens,* Neue Transaktionsformen als Folge der Finanzmarkt-/Wirtschaftskrise – handels-, gesellschafts- und insolvenzrechtliche Aspekte, DStR 2010, 1186.

(2) *Altenburg, Nadia,* Der Rückkauf eigener Wandelanleihen, ein steuerneutraler Aufwand?, DStR 2012, 5.

(3) *Angerer, H.–Peter,* Genussrechte bzw. Genussscheine als Finanzierungsinstrument, DStR 1994, 41.

(4) *Baetge, Jörg /Brüggemann, Benedikt,* Ausweis von Genussrechten auf der Passivseite der Bilanz des Emittenten, DB 2005, 2145.

(5) *Ballwieser*, *Wolfgang,* Möglichkeiten und Grenzen der Erstellung einer Einheitsbilanz – Zur Rolle und Entwicklung des Maßgeblichkeitsprinzips, in: Mellinghoff/Schön/Viskorf (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat. Festschrift für Wolfgang Spindler zum 65. Geburtstag, Köln, 2011, S. 577.

(6) *Bareis, Peter,* Korrektur verdeckter Gewinnausschüttungen außerhalb der Bilanz?, GmbHR 2009, 813.

(7) *Bareis, Peter,* Vom Nutzen der doppelten Buchführung für das Steuerrecht - Anmerkungen zu BFH I R 74/06 und zur Auslegung des § 34a EStG, FR 2008, 537.

(8) *Baums*, *Theodor,* Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München, 2007, Band 2, S. 3.

(9) *Beisse, Heinrich,* Zum Verhältnis von Bilanzrecht und Betriebswirtschaftslehre, StuW 1984, 1.

(10) *Benndorf, Bianca/Otto, Mark-Oliver,* Sinn und Zweck von Projektgesellschaften bei Familienunternehmen, BB 2012, 731.

(11) *Beyer, Bettina,* Die handels- und steuerrechtliche Behandlung eines Debt-Equity-Swap mit Genussrechten bei Kapitalgesellschaften, DStR 2012, 2199.

(12) *Bieg*, *Hartmut,* Genussrechte als Sonderform der Außenfinanzierung, StB 1997, 481.

(13) *Bigus, Jochen,* Zur bilanziellen Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital, DWB 2007, 7.

(14) *Birk, Dieter,* Liebhaberei im Ertragssteuerrecht, BB 2009, 860.

(15) *Birk, Dieter,* Verfassungsfragen der Neuregelung der betrieblichen Altersversorgung, BB 2002, 229.

(16) *Birk, Dieter/Pöllath, Reinhard,* Erbschaftsteuerfreiheit bei Unternehmensfortführung? Verfassungsmäßigkeit und ökonomische Vernunft einer Änderung der Erbschaftssteuer, ZRP 2006, 209.

(17) *Böhlmann, Steffen/Engels, Wolfgang,* Genussrechte in Deutschland, in: Schragl/Stefaner, Handbuch Genussrechte, Wien, 2. Aufl., 2013, S. 401.

(18) *Bogenschütz, Eugen,* Bilanzierung von Genussscheinen, JFStR 1996/97, 566.

(19) *Bomhard, Roland/Kessler, Oliver/Dettmeier, Michael,* Wirtschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsfragen bei der Ausplatzierung Not leidender Immobilienkredite, BB 2004, 2085.

(20) *Born, Alexander,* Aktuelle Steuerfragen im Zusammenhang mit Debt-Equity-Swap-Transaktionen, BB 2009, 1730.

(21) *Braun, Eckhart/Geist, Andreas,* Zur Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen - Bestandsaufnahme und Empfehlungen, BB 2009, 2508.

(22) *Breuninger, Gottfried E.,* Gilt im Steuerrecht die Maßgeblichkeit bei der Bilanzierung von Genussrechten?, JFStR 2012/13, 308.

(23) *Breuninger, Gottfried E./Ernst, Markus,* Debt-Mezzanine-Swap und die Unmaßgeblichkeit der Maßgeblichkeit, GmbHR 2012, 494.

(24) *Breuninger, Gottfried E./Prinz, Ulrich,* Ausgewählte Bilanz- und Steuerrechtsfragen von Mezzaninefinanzierungen, DStR 2006, 1345.

(25) *Briese, Andre,* Rechtssystematische Aspekte der verdeckten Gewinnausschüttung, FR 2009, 991.

(26) *Briese, Andre,* Verständnis und grundlegende Rechtsfragen der verdeckten Gewinnausschüttung, GmbHR 2005, 597.

(27) *Brodmann, E.*, Besprechung von: Gottlieb, Josef, Der Genussschein im deutschen Recht, Berlin, 1931, in: JW 1932, 716.

(28) *Budde, Matthias,* Finanzielle Restrukturierung von Private Equity-Portfoliounternehmen, ZinsO 2010, 2251.

(29) *Budde, Wolfgang Dieter/Steuber, Elgin,* Verfassungsrechtliche Voraussetzungen zur Transformation internationaler Rechnungslegungsgrundsätze, DStR 1998, 504.

(30) *Cahn, Andreas/Simon, Stefan/Theiselmann, Rüdiger,* Forderungen gegen die Gesellschaft als Sacheinlage, CF law 2010, 238.

(31) *Carle, Thomas/Rosner, Christian,* Mezzanine-Finanzierungen, KÖSDI 12/2006, 15365.

(32) *Cranshaw, Friedrich L.,* Internationalisierung und Modernisierung – Bemerkungen zum geltenden und zum Referentenentwurf eines neuen Schuldverschreibungsgesetzes (SchVG), BKR 2008, 504.

(33) *Crezelius, Georg,* Verdeckte Gewinnausschüttungen zwischen Zivilrecht, Ertragsteuerrecht und Schenkungsteuerrecht, ZEV 2008, 268.

(34) *Daragan, Hanspeter,* Einbringung von Wirtschaftsgütern - (k)ein kauf- oder tauschähnliches Geschäft?, DStR 2000, 573.

(35) *Daragan, Hanspeter,* Wer ist der Schenker bei Zuwendungen von Kapitalgesellschaften an nahestehende Personen?, DStR 2011, 2079.

(36) *Döllerer, Georg,* Einlagen bei Kapitalgesellschaften nach Handelsrecht und Steuerrecht, BB 1986, 1857.

(37) *Döllerer, Georg,* Maßgeblichkeit der Handelsbilanz in Gefahr, BB 1971, 1333.

(38) *Döllerer, Georg,* Verdeckte Einlagen bei der Aktiengesellschaft, BB 1971, 1245.

(39) *Döllerer, Georg,* Verdeckte Gewinnausschüttungen, verdeckte Einlagen, DStR 1989, 331.

(40) *Dreher, Meinrad,* Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht bei der GmbH, DStR 1993, 1632.

(41) *Ebenroth, Carsten Thomas/Müller, Andreas,* Die Beeinträchtigung der Aktionärsinteressen beim teilweisen Bezugsrechtsausschluss auf Genussrechte, BB 1993, 509.

(42) *Eidenmüller, Horst,* Mediationstechniken bei Unternehmenssanierungen, BB Beilage 1998, Nr. 10, S. 19.

(43) *Eilers, Stephan,* Der Debt Equity Swap - Eine Sanierungsmaßnahme für unternehmerische Krisensituationen, GWR 2009, 3.

(44) *Ekkenga, Jens,* Sachkapitalerhöhung gegen Schuldbefreiung, ZGR 2009, 581.

(45) *Ekkenga, Jens,* Zur Ertragsbesteuerung von Sanierungsgewinnen bei Kapitalumschichtungen, Ubg 2009, 761.

(46) *Elschen*, *Rainer*, in: Gebhard/Gerke/Steiner, Handbuch des Finanzmanagements, S. 585.

(47) *Emmerich, Gerhard/Naumann, Klaus-Peter,* Zur Behandlung von Genussrechten im Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften, Wpg 1994, 677.

(48) *Fleischer, Heinrich,* Besteuerung von Kapitalmaßnahmen der Gesellschafter in der Sanierung - Steine statt Brot?, Stbg 2009, 437.

(49) *Förster, Guido,* Steuerliche Aspekte der Entlastung einer Kapitalgesellschaft von Verbindlichkeiten durch ihre Gesellschafter, Ubg 2010, 758.

(50) *Förster, Guido/Schmidtmann, Dirk,* Steuerliche Gewinnermittlung nach dem BilMoG, BB 2009, 1342.

(51) *Fox, Thomas/Scheidle, Andreas,* Steuerliche Aspekte von Gestaltungsmaßnahmen in der Krise, GWR 2009, 51.

(52) *Franz, Matthias/Winkler, Hartmut/Polatzky, Robert,* Einbringung in Kapitalgesellschaften, BB-Special 2011, 15.

(53) *Friedlaender*, *Kurt,* Genussrechte in steuerlicher Sicht, DStZ/A 1966, 242.

(54) Funnemann, Carl-Bernhard/Graf Kerssenbrock, Otto-Ferdinand, Ausschüttungssperren im BilMoG-RegE, BB 2008, 2674.

(55) *Ganter, Hans Gerhard,* Rechtliche Risiken der Mezzanine-Finanzierung, WM 2011, 1585.

(56) *Gehrlein, Markus,* Der aktuelle Stand des neuen GmbH-Rechts, Der Konzern 2007, 771.

(57) *Gerz, Alexandra/Bradt, Alexander,* Praxishinweise zu Mittelstandsfinanzierungen mit Förderkrediten und Bürgschaftsbanken, DStR 2011, 876.

(58) *Gesell, Harald,* Verdeckte Sacheinlage & Co. im Lichte des MoMiG, BB 2007, 2241.

(59) *Glos, Alexander/Sester, Peter,* Rechtliche Anforderungen an die Berücksichtigung von Kreditsicherheiten im Rahmen der SolvV, BKR 2008, 315.

(60) *Goette, Wulf,* Ausschließung und Austritt aus der GmbH in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 2001, 533.

(61) *Goette, Wulf,* Der Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung und zum Rückgewährverbot im GmbH-Recht, DStR 1997, 1495.

(62) *Graf, Bisle,* Der „Governance Kodex für Familienunternehmen": Kein Ersatz für „maßgeschneiderte" Gesellschaftsverträge, DStR 2010, 2409.

(63) *Grieger, Rudolf,* Gedanken zur ertragsteuerlichen Behandlung der Zinsen für Teilschuldverschreibungen mit Sachwertcharakter, WM 1958, 914.

(64) *Groh, Manfred,* Anschaffungskosten aus Sacheinlagen, FR 1990, 528.

(65) *Groh, Manfred,* Eigenkapitalersatz in der Bilanz, BB 1993, 1882.

(66) *Groh, Manfred,* Einlage wertgeminderter Gesellschafterforderungen in Kapitalgesellschaften, BB 1997, 2523.

(67) *Groh, Manfred,* Genussrechtskapital und Maßgeblichkeitsgrundsatz, BB 1995, 559.

(68) *Groh, Manfred,* Ist die verdeckte Einlage ein Tauschgeschäft?, DB 1997, 1683.

(69) *Große, Frank,* Bilanzielle Behandlung von Genussrechten bei Kapitalgesellschaften in Handels- und Steuerbilanz, DStR 2010, 1397.

(70) *Grotherr, Siegfried,* Grunderwerbsteuerliche Probleme bei der Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen, BB 1994, 1979.

(71) *Gsell, Harald,* Verdeckte Sacheinlage & Co. im Lichte des MoMiG, BB 2007, 2241.

(72) *Gündel, Matthias/Hirdes, Mario,* Mezzanine-Kapital zur Bilanzoptimierung und bankenunabhängigen Unternehmensfinanzierung - Praxisfall zur Beschaffung von Mezzanine-Kapital im Wege der Privatplatzierung, BC 2005, 205.

(73) *Günkel, Manfred,* Bilanzierung von Optionsanleihen, JFStR 1999/00, S. 679.

(74) *Haarmann, Wilhelm,* Finanzierung von Kapitalgesellschaften, JFStR 1985/86, S. 407.

(75) *Haas, Ulrich,* Die Passivierung von Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz nach MoMiG und FMStG, DStR 2009, 326.

(76) *Habersack, Mathias,* Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384.

(77) *Hahne, Klaus,* Überlegungen zur Behandlung von Geschäften mit Wertpapieren im Regelungszusammenhang von § 8a KStG, DStR 2006, 1065.

(78) *Hannes, Frank/Steger, Christian Ph./Stalleiken, Jörg,* Geplante Verschärfungen bei der Erbschaftsteuer, BB 2010, 1439.

(79) *Harle, Georg,* Nochmals: Korrektur verdeckter Gewinnausschüttungen außerhalb der Bilanz?, GmbHR 2009, 816.

(80) *Häuselmann, Holger,* Bilanzielle und steuerliche Erfassung von Hybridanleihen, BB 2007, 931.

(81) *Häuselmann, Holger,* Rangrücktritt versus Forderungsverzicht mit Besserungsabrede, BB 1993, 1552.

(82) *Häuselmann*, *Holger,* Restrukturierung von Finanzverbindlichkeiten und ihre Abbildung in der Bilanz, BB 2010, 944.

(83) *Häuselmann*, *Holger,* Wandelanleihen in der Handels- und Steuerbilanz des Emittenten, BB 2000, 139.

(84) *Heger, Heinz-Josef/Weppler, Thomas,* Pensionsverpflichtungen bei Mitgliedschaft in einer Zusatzversorgungskasse: Bilanzierung nach HGB, IFRS und BilMoG-Entwürfen, BB 2008, 1383.

(85) *Heidinger, Andreas,* Der Kapitalschutz der GmbH auf dem Prüfstand, DNotZ 2005, 97.

(86) *Heinz, Kußmaul/Gräbe, Sebastian,* Der Maßgeblichkeitsgrundsatz vor dem Hintergrund des BilMoG, StB 2010, 107.

(87) *Heinzmann, Friedrich,* Die Neuordnung der Kapitalverhältnisse bei Sanierung der GmbH - Die Sanierungsklausel im Gesellschaftsvertrag der GmbH, BWNotZ 1994, 118.

(88) *Helios, Marcus/Birker, Christian,* Partiarisches Darlehen und Liquidität bei mezzaninen Finanzierungen, BB 2011, 2327.

(89) *Hennrichs, Joachim,* Basel II und das Gesellschaftsrecht, ZGR 2006, 563.

(90) *Henze, Hartwig,* Vermögensbindungsprinzip und Anlegerschutz, NZG 2005, 115.

(91) *Herzig, Norbert/Rieck, Ulrich/Gehring, Nicole,* Vermeidung steuerpflichtiger Zuschreibungen bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, BB 1999, 575.

(92) *Hilgard, Mark C.,* Berechnung des Schadens bei Verletzung einer Eigenkapitalgarantie beim Unternehmenskauf, BB 2013, 937.

(93) *Hofert, Sebastian /Arends, Volker,* Intelligente rechtliche Gestaltung von Mezzanine-Finanzierungen, ZIP 2005 1297.

(94) *Hofert, Sebastian/Möller, Christian,* GmbH-Finanzierung: Debt Mezzanine Swap - der bessere Debt Equity Swap für Unternehmen in der Krise, GmbHR 2009, 527.

(95) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* „Einlagen" von wertlosen Forderungen in die Kapitalgesellschaft in ökonomischer und rechtlicher Betrachtung - – Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des I. BFH-Senats vom 27. 7. 1994 –, Beihefter zu DStR 11, 1996, 3.

(96) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* Die Einlagen in Kapitalgesellschaften als Bilanzierungsproblem beim Einlegenden, BB Beilage 1996, Nr. 16 S. 1.

(97) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* Die Sanierung einer Kapitalgesellschaft durch Forderungsverzicht des Gesellschafters, BB 1991, 773.

(98) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* Fragen und Gestaltungshinweise zur BFH-Entscheidung über den Forderungsverzicht des Gesellschafters, DStR 1997, 1625.

(99) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* Kritische Anmerkungen zum sog Einlagebeschluss des Großen BFH-Senats, DB 1998, 1983.

(100) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* Sind wertlose Forderungen gegen Kapitalgesellschaften zum Nennwert einlagefähig?, BB 1992, 575.

(101) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* Verzicht und Einlage, BB 1995, 614.

(102) *Hoffmann, Wolf-Dieter,* Zur Frage der verdeckten Gewinnausschüttung bei Auflösung einer im Gesellschaftsverhältnis wurzelnden Pensionsrückstellung wegen Wegfall der Verpflichtung, GmbHR 2008, 47.

(103) *Höffner, Dietmar,* Überschuldung: Ein Tatbestandsmerkmal im Schnittpunkt von Bilanz-, Insolvenz- und Strafrecht (Teil I), BB 1999, 198.

(104) *Hölzle, Gerrit*, Die Sanierung von Unternehmen im Spiegel des Wettbewerbs der Rechtsordnungen in Europa, KTS 2011, 291.

(105) *Hommel, Michael/Berndt, Thomas,* Wertaufhellung und funktionales Abschlussstichtagsprinzip, DStR 2000, 1745.

(106) *Hommelhoff, Peter,* Die Ergebnisverwendung in der GmbH nach dem Bilanzrichtliniengesetz, ZGR 1986, 418.

(107) *Hultsch, Christoph/Roß, Norbert/Drögemüller, Steffen,* Zum Nachrangerfordernis beim Eigenkapitalausweis von Genussrechtskapital im handelsrechtlichen Jahresabschluss, BB 2007, 819.

(108) *Hummel, David,* Erweiterte Maßgeblichkeit der Handelsbilanz im Steuerrecht?, FR 2010, 163.

(109) *Jäger, Axel,* Die Entwicklung der Judikatur zur AG im Jahr 2006, NZG 2007, 286.

(110) Jänisch, Christian/Golland, Frank/Gehlhaar, Lars/ Grossmann, Klaus/Eickhoff-Kley, Xenia, Mezzanine-Kapital, BB 2005, Beilage Nr. 4, S. 1.

(111) *Jungmann, Carsten,* Zur bilanziellen Behandlung und summenmäßigen Begrenzung von Ansprüchen aus § 31 GmbHG, DStR 2004, 688.

(112) *Jürging, Hendrik,* „Fußstapfentheorie ermöglicht nachträgliche Begründung einer Organschaft bei Einbringung unter dem gemeinen Wert", Anmerkung zu BFH, Urteil vom 28.07.2010, Az I R 89/09, BB 2010, 2951.

(113) *Kahlert, Günter/Gehrke, Hans Dieter,* Der Rangrücktritt nach MoMiG im GmbH-Recht: Insolvenz- und steuerrechtliche Aspekte, DStR 2010, 227.

(114) *Kamp/Solmecke,* Mezzanine-Kapital: Ein Eigenkapitalsubstitut für den Mittelstand?, FB 2005, 618.

(115) *Karollus, Martin,* Die Umwandlung von Geldkrediten in Grundkapital - eine verdeckte Sacheinlage?, ZIP 1994, 589.

(116) *Katzorke, Björn/Hirdes, Mario,* Instrumente für Mezzanine-Kapital können individuell angepasst werden, Fleischwirtschaft 2006, 52.

(117) *Kestler, Matthias/Striegel, Andreas/Jesch, Thomas A.,* Distressed Debt Investments - Insolvenzrechtliche Instrumentarien der Unternehmenssanierung über Fremdkapital, NZI 2005, 417.

(118) *Kiethe, Kurt,* Mezzanine-Finanzierung und Insolvenzrisiko, DStR 2006, 1763

(119) *Kirnberger, Christian,* Sanierungsmaßnahmen bei (Tochter-) Kapitalgesellschaften, EStB 2002, 329.

(120) *Knebel, Andreas/Schmidt, Thomas,* Gestaltungen zur Eigenkapital-Optimierung vor dem Hintergrund der Finanzkrise, BB 2009, 430.

(121) *Knobbe-Keuk, Brigitte,* Gesellschaftsanteile in Handels- und Steuerbilanz, AG 1979, 293.

(122) *Knobbe-Keuk, Brigitte,* Gewinnausschüttungen auf Genussrechte, BB 1987, 341.

(123) *Koblenzer, Thomas,* Mezzanine-Kapital für den Mittelstand, ErbStB 2005, 282.

(124) *Koch, Dirk/Jürging, Hendrik,* Praxistipps für die Übertragung in das steuerbilanzielle Sonderbetriebsvermögen bei Einbringung nach § 24 UmwStG n.F., BB 2009, 710.

(125) *Koch, Karl/Vogel, Horst A.,* Zur handels- und steuerrechtlichen Behandlung von Optionsanleihen, BB Beilage 10 zu Heft 24/1986, S. 1

(126) *Kohlhepp, Ralf,* Rechtssystematische Aspekte der verdeckten Gewinnausschüttung: Replik zu Briese, FR 2009, 991; FR 2009, 996.

(127) *Kollruss, Thomas,* Convertible Bonds (Wandelanleihen) - ein mezzanines Finanzierungsinstrument zur Verlustverwertung im Kapitalgesellschaftskonzern, GmbHR 2005, 214.

(128) *Korn*, *Klaus,* Überblick zu § 6 Abs. 5 EStG idF des Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetzes, KÖSDI 2002, 13272.

(129) *Kratzsch, Alexander,* Die Behandlung von Genussrechten im Steuerrecht, BB 2005, 2603.

(130) *Kunst, Michael,* Anforderungen an die „Vollwertigkeit" der als Sacheinlage eingebrachten Gesellschafterforderung gegen die GmbH, in: Haarmann Hemmelrath & Partner, Gestaltung und Analyse in der Rechts-, Wirtschafts- und Steuerberatung von Unternehmen, S. 287.

(131) *Kußmaul, Heinz/Klein, Nicole,* Maßgeblichkeitsprinzip bei verdeckter Einlage und verdeckter Gewinnausschüttung? - Gleichzeitig Analyse der handels- und steuerrechtlichen Wirkungen von verdeckter Einlage und verdeckter Gewinnausschüttung, DStR 2001, 189.

(132) *Küting, Karlheinz,* Der Geschäfts- oder Firmenwert in der deutschen Konsolidierungspraxis 2007 - Ein Beitrag zur empirischen Rechnungslegungsforschung, DStR 2008, 1795.

(133) *Küting, Karlheinz/Dürr, Ulrike,* „Genüsse" in der Rechnungslegung nach HGB und IFRS sowie Implikationen im Kontext von Basel II, DStR 2005, 938.

(134) *Küting, Karlheinz/Dürr, Ulrike,* Mezzanine-Kapital - Finanzierungsentscheidung im Sog der Rechnungslegung, DB 2005, 1529.

(135) *Küting, Karlheinz/Kessler, Harald,* Eigenkapitalähnliche Mittel in der Handelsbilanz und im Überschuldungsstatus, BB 1994, 2103.

(136) *Küting, Karlheinz/Kessler, Harald/Harth*, *Hans-Jörg,* Genussrechtskapital in der Bilanzierungspraxis, BB Beilage 1996, Nr. 4, S. 1.

(137) *Lange, Knut Werner,* Corporate Governance in Familienunternehmen, BB 2005, 2585.

(138) *Laudenklos, Frank/Sester, Peter,* Mezzanine-Kapital als wirtschaftliches Eigenkapital im Ratingverfahren - Eine rechtliche Gestaltungsaufgabe, WM 2004, 2417.

(139) *Leopold, Kirsten/Reichling, Christian,* Alternative Finanzierungsformen: Mezzanine-Finanzierung für die Masse?, DStR 2004, 1360.

(140) *Lettau, Endrik/Telyatnykov, Rostyslav,* Immobilien in der Krise aus Investorensicht, NJOZ 2009, 1573.

(141) *Ley, Ursula,* Das Eigenkapital der abgeleiteten Steuerbilanz und der E-Bilanz, DStR 2013, 271.

(142) *Lindinger, Wolfgang,* Der Verlustabzug aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Achatz/Ehrke-Rabel/Heinrich/Leitner/Taucher (Hrsg.), Steuerrecht Verfassungsrecht Europarecht, Festschrift für Hans Georg Ruppe, Wien, 2007, S. 433.

(143) *Linscheidt, Astrid,* Die steuerliche Behandlung des Genussrechts-Kapitals der Kapitalgesellschaft, DB 1992, 1852.

(144) *Lion, Max,* Der Einkommensbegriff nach dem Bilanzsteuerrecht und die Schanz'sche Einkommenstheorie, in: Teschemacher (Hrsg.), Festgabe für Georg von Schanz zum 75. Geburtstag, Tübingen, 1928, Band II, S. 273.

(145) *Loitz, Rüdiger/Schulze, Jörn-Christian,* Jahresabschlussprüfung bei Vorliegen von Patronats-/Rangrücktrittserklärungen, DB 2004, 769.

(146) *Lutter*, *Marcus,* Ausgabe von Genussrechten und Jahresabschluss, in: Knobbe-Keuk/Klein/Moxter (Hrsg.), Festschrift für Georg Döllerer, 1988, S. 383.

(147) *Lutter, Marcus,* Verdeckte Leistungen und Kapitalschutz, in: Lutter/Oppenhoff/Sandrock/Winkhaus (Hrsg.), FS Stiefel zum 80. Geburtstag, München, 1987, S. 505.

(148) *Lutter, Marcus,* Zur Bilanzierung von Genussrechten, DB 1993, 2441.

(149) *Manz, Gerhard/Lammel, Stefan,* Stille Beteiligungen an Kapitalgesellschaften: Eigenkapitalcharakter und Rang in der Insolvenz nach Inkrafttreten des MoMiG, GmbHR 2009, 1121.

(150) *Martens, Klaus-Peter,* Die Bewertung eines Beteiligungserwerbs nach § 255 Abs. 2 AktG – Unternehmenswert kontra Börsenkurs, in: Westermann/Mock (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezzenberger zum 70. Geburtstag, Berlin, 2000, S. 267

(151) *Marx, Franz Jürgen/Dallmann, Holger,* Problembereiche und Anwendungsfragen der außerbilanziellen Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB, Stbg 2010, 453.

(152) *Marx, Jürgen/Nienaber, Mark,* Mezzanine Finanzierungsinstrumente im internationalen Steuerrecht, SteuerStud 2006, 304.

(153) *Mayer-Fiedrich, Matija/Müller, Stefan,* Perspektiven für die Anschlussfinanzierung/ -sanierung bei auslaufenden Mezzanine-Programmen mittelständischer Unternehmen, BB 2013, 171.

(154) *Meincke, Jens Peter,* Verhältnis von Steuerrecht und Zivilrecht, StuW 1992, 188.

(155) *Meyer, Heinrich/Degener, Jan-Moritz,* Debt-Equity-Swap nach dem RegE-ESUG, BB 2011, 846.

(156) Meyer-Löwy, Bernd/Bruder, Florian, *Beratung der Gläubiger einer GmbH in Krise und Insolvenz nach dem ESUG,* GmbHR 2012, 432.

(157) *Mihm, Asmus,* Steuerneutrale Sanierungen, CF law 2010, 435.

(158) *Möschel*, *Wernhard,* Eigenkapitalbegriff und KWG-Novelle von 1984, ZHR 149 (1985), S. 206.

(159) *Mückl, Norbert,* Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument im Steuerrecht, FR 2009, 497.

(160) *Mülbert, Peter,* Die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung im Recht des bürgerlichen Darlehensvertrags, WM 2002, 465.

(161) *Müller, Stefan/Wobbe, Christian,* Verbesserung der nachhaltigen Fremdkapitalaufnahmemöglichkeit durch die Integration eines Bonitätsmanagements in das Controllingsystem, BB 2007, 1491.

(162) *Müller, Welf,* Zweifelsfragen zum Umwandlungsrecht, WPg 1996, 857.

(163) *Munkert, Michael J.,* Finanzierungsberatung durch Steuerberater – Prozessschritte zur Qualitätssicherung, DStR 2008, 1546.

(164) *Mutscher, Axel,* Risiko der Entgeltlichkeit bei der Übertragung von Wirtschaftsgütern auf eine Personengesellschaft im Wege der Einlage(DStR 2009, 1625.

(165) *Orthmann, Sebastian/Weber, Philipp,* Leitfaden für die Bestellung von Kreditsicherheiten im Rahmen von Bankdarlehen, BB 2012, 1039.

(166) *Pentz, Andreas/Priester, Hans-Joachim/Schwanna, André,* Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR, Sonderheft 17, Berlin, 2006, S. 42.

(167) *Peters*, *Horst,* Mezzanine als Finanzierungsalternative für den Mittelstand, in: Finanzierung, Investition und Entscheidung: einzelwirtschaftliche Analysen zur Bank- und Finanzwirtschaft; Prof. Dr. Michael Bitz zum 65. Geburtstag gewidmet, Österreichische Bankwissenschaftliche Gesellschaft/Oehler/Terstege (Hrsg.), Wien/New York, 2008.

(168) *Pohl, Harald,* Kapital mit Schichtstruktur, ImmobilienManager 2007, 39.

(169) *Pöllath, Reinhard,* Sicherung des Steueraufkommens ist einfach, wenn man will, FR 2008, 1042.

(170) *Pöllath, Reinhard,* Steuerreform durch Besteuerung „privater" Veräußerungsgewinne, DB 1998, 2033.

(171) *Pöllath, Reinhard,* Veräußerungsgewinn-Besteuerung 2002 – was nun?, DB 2002, 1342.

(172) *Pöllath, Reinhard/Philipp, Christoph,* Unternehmenskauf und Verschmelzung: Pflichten und Haftung von Vorstand und Geschäftsführer, DB 2005, 1503.

(173) *Pougin*, *Erwin,* Genussrechte, in: Jagenburg/Maier-Reimer/Verhoeven (Hrsg.), Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München, 1985, S. 275.

(174) *Priester, Hans-Joachim,* Debt-Equity-Swap zum Nennwert?, DB 2010, 1445.

(175) *Priester, Hans-Joachim,* Die Erhöhung des Stammkapitals mit kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen, in: Knobbe-Keuk/Klein/Moxter (Hrsg.), Festschrift für Georg Döllerer, Düsseldorf, 1988.

(176) *Prinz, Ulrich,* Der bilanzielle Betriebsvermögensvergleich als Grundform leistungsfähigkeitsentsprechender Gewinnermittlung, FR 2010, 917.

(177) *Prinz, Ulrich,* Mittelstandsfinanzierung in Zeiten der Zinsschranke, FR 2008, 441.

(178) *Redeker, Rouven,* Kontrollerwerb an Krisengesellschaften: Chancen und Risiken des Debt-Equity-Swap, BB 2007, 673.

(179) *Reinhardt, Rudolf,* Die Umwandlung, ein Gegenstand zum Nachdenken, in: Harms/Heckelmann/Knöpfle/Teichmann, Gedanken zum Unternehmensschutz im Recht der Personenhandelsgesellschaft. Festschrift für Horst Bartholomeyczik, Berlin, 1973, 307.

(180) *Rödding, Adalbert/Bühring, Franziska,* Neue Transaktionsformen als Folge der Finanzmarktkrise – Überblick über die steuerlichen Aspekte, DStR 2009, 1933.

(181) *Rödding, Adalbert/Dann*, *Holger,* Partiarische Darlehen - Neuorientierung der Finanzierungspraxis nach BFH-Urteil zur Kapitalertragsteuer nötig?, DStR 2011, 342.

(182) *Rohler*, *Thomas,* Bilanzierung von Genussrechten, Bilanzen im Mittelstand 2013, 4.

(183) *Röhrig, Alfred P./Doege, Mirko,* Das Kapital der Personengesellschaften im Handels- und Ertragsteuerrecht - Begriff, Bedeutung, Gestaltungen, DStR 2006, 489.

(184) *Roser, Frank,* Gesellschaftereinlagen im Lichte des Beschlusses des Großen Senats des BFH v 09-06-1997 - 1 GrS 1/94, GmbHR 1998, 301.

(185) *Rottnauer, Achim E.,* Unternehmensübertragungen – 3. Praktikerseminar auf dem Österberg in Tübingen am 14. 10. 2011, NZG 2012, 339.

(186) *Rudolph, Bernd,* Tranchierte Mezzanine-Fonds: Neues Marktsegment in der Mittelstandsfinanzierung?, BB Beilage 2005, Nr. 15, 15.

(187) *Rusch, Konrad/Brocker, Till,* Debt Mezzanine Swap bei Unternehmensfinanzierungen - rechtliche und steuerliche Rahmenbedingungen, ZIP 2012, 2193.

(188) *Sarrazin*, *Viktor,* Genussscheine und Gesellschafterdarlehen – steuerlich günstige Finanzierungen?, StbJb 1985/86, S. 135.

(189) *Schaber, Mathias/Kuhn, Steffen/Eichhorn, Sonja,* Eigenkapitalcharakter von Genussrechten in der Rechnungslegung nach HGB und IFRS, BB 2004, 315.

(190) *Schall, Alexander,* Kapitalaufbringung nach dem MoMiG, ZGR 2009, 126.

(191) *Scheffler, Wolfram,* Korrektur von unangemessenen Vertragsbeziehungen zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihren Anteilseignern, BB 2002, 543.

(192) Scheunemann, Marc P./Hoffmann, Guido, Debt-Equity-Swap, DB 2009, 983.

(193) *Scheunemann, Marc P./Socher, Oliver,* Zinsschranke beim Leveraged Buy-out, BB 2007, 1144.

(194) *Schildknecht, Urs,* Passivierungsverbote nach Rangrücktrittsvereinbarungen, DStR 2005, 181.

(195) *Schlagheck, Markus,* Verzicht des Gesellschafters auf eine wertgeminderte Forderung gegen seine GmbH, GmbHR 2000, 363.

(196) *Schmeisser, Wilhelm/Clausen, Lydia,* Mezzanines Kapital für den Mittelstand zur Verbesserung des Ratings, DStR 2008, 688.

(197) *Schmidt, Karsten,* „Anwachsung": Was ist das, und ... gibt es das noch? – Gedanken zu § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB vor dem Hintergrund der „Gesamthandsdiskussion", in: Baums/Wertenbruch/Lutter/Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen, 2006, S. 969.

(198) *Schmidt, Karsten,* Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig - Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 vom 29. 1. 2001, NJW 2001, 993.

(199) *Schmidt, Karsten,* Die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen als rechtspolitisches Problem, JZ 1984, 771.

(200) *Schmidt, Karsten,* Quasi-Eigenkapital als haftungsrechtliches und als bilanzrechtliches Problem, in: Havermann (Hrsg.), Bilanz- und Konzernrecht. Festschrift für Reinhard Goerdeler, Düsseldorf, 1987, S. 487.

(201) *Schmidt, Lutz/Hageböke, Jens,* Offene Sacheinlagen als entgeltliche Anschaffungsvorgänge? - Zugleich kritische Anmerkungen u. a. zum BFH-Urteil vom 5. 6. 2002, I R 6/01, DStR 2003, 1813.

(202) *Schmidt, Mario/Schlitt, Michael,* Debt Equity Swap - Eine attraktive Form der Restrukturierung?, Der Konzern 2009, 279.

(203) *Schnauder, Franz,* Sachenrechtliche und wertpapierrechtliche Wirkungen der kaufmännischen Traditionspapiere, NJW 1991, 1642.

(204) *Schön, Wolfgang,* Ein allgemeiner Teil der Genussrechte, JZ 1993, 925.

(205) *Schrell, Thomas K., Kirchner, Andreas,* Mezzanine Finanzierungsstrategien, BKR 2003, 13.

(206) *Schulze zur Wiesche, Dieter,* Die Einbringung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft, FR 1999, 519.

(207) *Schulze zur Wiesche, Dieter,* Vermögensübertragungen im Rahmen einer Personengesellschaft nach den Änderungen durch das Steuerentlastungsgesetz 1999–2000–2002, DStR 1999, 917.

(208) *Schulze-Osterloh, Joachim,* Bilanzierung nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, ZGR 1993, 420.

(209) *Schwarze*, Gerhard/Heuermann, Friedo, Genussrechte, StBp 1983, 200.

(210) *Schweitzer, Roger/Volpert, Verena,* Behandlung von Genussrechten im Jahresabschluss von Industrieemittenten, BB 1994, 821.

(211) *Seppelt, Michael,* Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt in der Liquidationsschlussbilanz, BB 2010, 1395.

(212) *Sester, Peter,* Hybrid-Anleihen - Wirtschaftliches Eigenkapital für Aktiengesellschaften, ZBB 2006, 443.

(213) *Sethe, Rolf,* Genussrechte - Rechtliche Rahmenbedingungen und Anlegerschutz (I), AG 1993, 293.

(214) *Söffing*, *Günter,* Für und wider den Maßgeblichkeitsgrundsatz, in: Förschle/Kaiser/Moxter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München, 1995, S. 635.

(215) *Stadler, Markus,* Die Sanierung von Aktiengesellschaften unter Einsatz von Wandelgenussrechten, NZI 2003, 579.

(216) *Steck, Dieter,* Die Beibehaltung des Maßgeblichkeitsprinzips - Pro und Contra, StuB 2002, 487.

(217) *Stegemann, Dieter,* Verdeckte Einlage einbringungsgeborener Anteile in eine Personengesellschaft als Anwendungsfall von § 21 Abs. 4 UmwStG, BB 2003, 79.

(218) *Stöcker, Otmar/Heidinger, Andreas,* Zum Wesen des "Begebungsvertrages" im Wechselrecht, NJW 1992, 880.

(219) *Streim, Hannes,* Ein Plädoyer für die Einheitsbilanz, BFuP 1990, 527.

(220) *Terbrack, Christoph,* Kapitalherabsetzende Maßnahmen bei Aktiengesellschaften, RNotZ 2003, 90.

(221) *Thiel, Jochen,* Einlagen in Kapitalgesellschaften – Aktuelle Steuerfragen bei der Gesellschaft und beim Gesellschafter, DStR 1992, 1.

(222) *Thiel, Jochen,* Im Grenzbereich zwischen Eigen- und Fremdkapital - Ein Streifzug durch die ertragsteuerrechtlichen Probleme der Gesellschafter-Fremdfinanzierung, GmbHR 1992, 20.

(223) *Thiel, Rudolf,* Gedanken zur Methode der steuerlichen Rechtsfindung, StbJb 1963/64, S. 161.

(224) *Thiery*, *Gottfried,* Nachschüsse, Zuschüsse und Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der GmbH-Bilanz, in: Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts. Festschrift für Gerhard Frotz, Wien, 1993, S. 841.

(225) *Tipke, Klaus,* Zur Problematik einer rechtsformunabhängigen Besteuerung der Unternehmen, NJW 1980, 1079.

(226) *Uelner*, *Adalbert,* Die Unternehmensbesteuerung aus der aktuellen Sicht des Gesetzgebers, der Verwaltung und der Rechtsprechung, in: JbFStR 1986/87, S. 11.

(227) *Ulmer, Peter,* Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?, in: Hadding/Immenga/Mertens/Pleyer/Schneider (Hrsg.), Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis. Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag, Berlin/New York, 1984, S. 911.

(228) *Veil, Rüdiger,* Die Reform des Rechts der Kapitalaufbringung durch den RegE MoMiG, ZIP 2007, 1241.

(229) *Vetter, Eberhard,* Gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz quo vadis?, BB Die erste Seite 2006, Nr. 36.

(230) *Volk, Gerrit,* Das Informationsinteresse der Jahresabschlussadressaten, BB 1987, 723.

(231) *Vollmer, Lothar,* Der Genussschein - ein Instrument für mittelständische Unternehmen zur Eigenkapitalbeschaffung an der Börse, ZGR 1983, 445.

(232) *Vollmer, Lothar,* Eigenkapitalbeschaffung für die GmbH durch Börsenzugang, GmbHR 1984, 329.

(233) *Vollmer*, *Lothar,* Mezzanine Finanzierung von Kapitalgesellschaften: Bilanz-, insolvenz- und steuerrechtliche Probleme, in: Siegel/Kirchhof/Schneeloch et. alt. (Hrsg.), Steuertheorie, Steuerpolitik und Steuerpraxis, Festschrift für Peter Bareis, Stuttgart, 2005, S. 397.

(234) *Von Einem, Christoph/Schmid, Stefanie/Pütz, Silke,* Mittelstandsfinanzierung mittels Private Debt: Welche Form ist die richtige aus rechtlicher, steuerlicher und bilanzrechtlicher Sicht?, BB Beilage 2005, Nr. 15, S. 9.

(235) *Wachter, Thomas,* Leitlinien der Kapitalaufbringung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 2010, 1240.

(236) *Wansleben, Till*, Werthaltigkeitsprüfung und Offenlegung beim Debt Equity Swap, WM 2012, 2083.

(237) *Wassermeyer*, *Franz,* Streitfragen bei der Bilanzierung verdeckter Gewinnausschüttungen, in: Schön (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln, 1997, S. 541.

(238) *Wassermeyer, Franz,* Verdeckte Gewinnausschüttung: Veranlassung, Fremdvergleich und Beweisrisikoverteilung, DB 2001, 2465.

(239) *Wassermeyer, Franz,* Zur Einlage nicht mehr werthaltiger Gesellschafter-Forderungen in das Vermögen einer Kapitalgesellschaft, DB 1990, 2288.

(240) *Weber, Heike,* "Beteiligung am Kapital der Gesellschaft" im Sinne von § 17 EStG – Genussrechte, BB 2005, 2448.

(241) *Weber-Grellet, Heinrich,* Die verdeckte Einlage, DB 1998, 1532.

(242) *Weber-Grellet, Heinrich,* Zur Abschaffung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes, StuB 2002, 700.

(243) *Weitnauer, Wolfgang,* Der „GAU" der Unternehmensfinanzierung durch Dritte - Die Umqualifizierung in Eigenkapital, BKR 2005, 43.

(244) *Weitnauer, Wolfgang,* Die Akquisitionsfinanzierung auf dem Prüfstand der Kapitalerhaltungsregeln, ZIP 2005, 790.

(245) *Welp, Marcus,* Steuerrechtliche Auswirkungen des Forderungsverzichts eines Gesellschafters gegenüber seiner Kapitalgesellschaft, BB 1997, 1716.

(246) *Weng, Björn,* Aktienrechtliche Differenzhaftung bei Sacheinlagen - Anmerkungen zum BGH-Urteil vom 6. 12. 2011, II ZR 149/10, DStR 2012, 862.

(247) *Wengel, Torsten,* Genussrechte im Rahmen der Bilanzanalyse, DStR 2000, 395.

(248) *Westerfelhaus, Herwarth,* KG und steuerliche Mitunternehmerschaft - ein ständiges Ringen auch weiterhin, DB 1990, 1531.

(249) *Wichmann, Gerd,* Einlagen in Gesellschaften?, Stbg 2000, 314.

(250) *Wichmann, Gerd,* Einlagen und Entnahmen im Zusammenhang mit verdeckten Gewinnausschüttungen, BB 1998, 20.

(251) *Widmayer, Gerhard,* Genussrechte als Instrument für grenzüberschreitende Finanzierungen, IStR 2001, 337.

(252) *Wiese, Tobias/Dammer, Thomas,* Zusammengesetzte Finanzinstrumente der AG - Hybride Kapitalmaßnahmen, strukturierte Anleihen und Kreditderivate im Bilanz-, Ertragsteuer- und Aktienrecht - Ein Überblick, DStR 1999, 867.

(253) *Wiese, Götz Tobias/Schäfer, Peter,* Die betriebswirtschaftlichen, steuerrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen von Kapitalmaßnahmen bei Börsengängen, DStR 1999, 2084.

(254) *Winter, Willi,* GmbH-Praxis GmbH von A – Z, GmbHR 1993, 31.

(255) *Wirsch, Stefan A,* Debt Equity Swap und Risiko der Insolvenzanfechtung, NZG 2010, 1131.

(256) *Wittig, Arne,* Rangrücktritt - Antworten und offene Fragen nach dem Urteil des BGH vom 8. 1. 2001, NZI 2001, 169.

(257) *Wittmann, Markus/Ruß, Stephan,* Bilanzierung alternativer Finanzierungsformen nach HGB, Stbg 2011, 127.

(258) *Wünsch, Horst,* Der Genussschein i.S.d. § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in:
Schwarz/Spielbüchler/Martinek/Grillberger/Jabornegg, Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung, Festschrift für Rudolf Strasser, Wien, 1983, S. 871.

(259) *Würdinger, Hans,* Anmerkung zu BGH vom 29. 10. 1952, JZ 1953, 226.

(260) *Ziebe, Jürgen,* Rechtsnatur und Ausgestaltung von Genussrechten, DStR 1991, 1594.

III. Kommentare

1. BGB

(1) Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), BGB, 3. Aufl., München, 2012.

(2) *Bassenge, Peter/Diederichsen, Uwe/Grüneberg, Christian/Thorn, Karsten/Brudermüller, Gerd/Ellenberger, Jürgen/Sprau, Hartwig/Weidenkaff, Walter/Weidlich, Dietmar (Bearb.),* Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., 2013.

(3) *Erle, Bernd/Sauter, Thomas,* Körperschaftsteuergesetz, 3. Aufl., Heidelberg, 2010.

(4) Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter, (Hrsg.), Erman, BGB, 13. Aufl., 2011.

(5) *Jauernig, Othmar (Hrsg.),* Jauernig. Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage 2011.

(6) *Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.),* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., 2012.

(7) *Schulze, Reiner u.a.,* Bürgerliches Gesetzbuch, 7. Aufl., 2012.

(8) *Staudinger,* BGB,
Band §§ 311, 311a, 312, 312a-i - (Vertragsabschluss) - Neubearbeitung 2012
Band §§ 362-396 - (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung) - Neubearbeitung 2011
Band §§ 433-487; (Kaufrecht und Leasingrecht) - Neubearbeitung 2004

2. AktG

(1) *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff (Hrsg.),* Kommentar zum Aktiengesetz, München 1994.

(2) *Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (Hrsg.),* Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., München, 2008 (Bände 1, 2), 2010 (Band 5), 2011 (Bände 4, 6), 2012 (Band 7), 2013 (Band 3).

(3) *Hölters, Wolfgang,* Aktiengesetz, 1. Aufl., München, 2011.

(4) *Hopt, Klaus/Wiedemann, Herbert, (Hrsg.),* Großkommentar Aktiengesetz, 4. Aufl., 2008.

(5) *Hüffer, Uwe,* Aktiengesetz, 10. Aufl., München, 2012.

(6) *Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.),* Aktiengesetz, 2. Auflage, München, 2010.

(7) *Zöllner, Wolfgang (Hrsg.),* Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl./3. Aufl., Köln.

3. GmbHG

(1) *Bayer, Walter/Hommelhoff, Peter/Kleindiek, Detlef/Lutter, Marcus (Hrsg.),* Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz, 18. Aufl., Köln, 2012.

(2) *Beurskens, Michael/Fastrich, Lorenz/Haas, Ulrich/Noack, Ulrich (Bearb.),* Baumbach/Hueck, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Auflage, München, 2013.

(3) *Fleischer, Holger/Goette, Wulf,* Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl., München, 2010 (Band 1), 2011 (Band 3), 2012 (Band 2).

(4) *Michalski, Lutz,* Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2. Aufl., München, 2010.

(5) *Roth, Günter H./Altmeppen, Holger,* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 7. Aufl., München, 2012.

(6) *Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian, (Hrsg.)* GmbHG, 5. Aufl., 2013.

(7) *Scholz, Franz (Hrsg.),* Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Köln, 10. Aufl., 2007.

(8) *Wicke, Hartmut,* Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), München, 2. Auflage 2011.

(9) *Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten,* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, , Stand: 01.03.2013, Edition: 14.

4. EStG, KStG

(1) *Gosch, Dietmar (Hrsg.),* Körperschaftsteuergesetz, 2. Auflage 2009.

(2) *Heuermann, Bernd/Brandis, Peter (Hrsg.),* Blümich. EStG KStG GewStG, 117. Aufl., München, 2012.

(3) *Hey, Johanna/Prinz, Ulrich/Wendt, Michael, (Hrsg.),* Herrmann/Heuer/Raupach, Loseblatt, Stand: Lieferung 255 (März 2013).

(4) *Kirchhof, Paul (Hrsg.),* Einkommensteuergesetz, 12. Aufl., 2013.

(5) *Kirchmayr, Sabine/Mayr, Gunter/Zorn, Nikolaus (Hrsg.),* Doralt, Einkommensteuergesetz, Loseblatt, Stand: 16. Lieferung (1.01.2013).

(6) *Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.),* Schmidt, Einkommensteuergesetz, München, 32. Aufl., 2013.

5. AO

Pahlke, Armin/Koenig, Ulrich (Hrsg), Abgabenordnung, 2. Aufl., 2009

6. InsO

(1) *Braun, Eberhard (Hrsg.),* Insolvenzordnung, München, 5. Auflage 2012.

(2) *Kirchhof, Hans-Peter/Lwowski, Hans-Jürgen/Stürner, Rolf (Hrsg.),* Münchener Kommentar Insolvenzordnung, 2. Aufl., 2007 (Band 1), 2008 (Bände 2, 3).

(3) *Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz, (Hrsg.),* Uhlenbruck, Insolvenzordnung, München, 13. Aufl., 2010.

7. HGB

(1) *Claussen, Carsten Peter/Scherrer, Gerhard, (Hrsg.),* Kölner Kommentar zum Rechnungslegungsrecht (§§ 238-342e HGB), Köln, 2010.

(2) *Ellrott, Helmut/Förschle, Gerhart/Grottel, Bernd/Kozikowski, Michael/Schmidt, Stefan/Winkeljohann, Norbert (Hrsg.),* Beck'scher Bilanz-Kommentar, Handelsbilanz, Steuerbilanz, München, 8. Aufl., 2012.

(3) *Hennrichs*, *Joachim*/*Kleindiek*, *Detlef*/*Watrin, Christoph, (Hrsg.),* Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, 1. Aufl., 2012.

(4) *Hopt, Klaus/Merkt, Hanno/Roth, Markus (Hrsg.),* Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 35. Aufl., München, 2012.

(5) *Joost, Detlev/Strohn, Lutz, (Hrsg.),* Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, München, 2. Aufl., 2008 (Band 1), 2009 (Band 2).

(6) Koller, *Ingo/Roth, Wulf-Henning/Morck, Winfried, (Hrsg.),* Handelsgesetzbuch, München, 7. Aufl., 2011.

(7) *Küting, Karlheinz/Pfitzer, Norbert/Weber, Claus-Peter (Hrsg.),* Handbuch der Rechnungslegung – Einzelabschluss – Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, Stuttgart, 5. Aufl., Loseblatt, Stand: November 2012.

(8) *Schmidt, Karsten (Hrsg.),* Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2010 (Band 1), 2011 (Band 2), 2012 (Band 3), 2013 (Band 4); 2. Aufl. 2007 (Band 6), 2009 (Bände 5, 7).

8. KWG

Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, *Hermann, (Hrsg.),* Kreditwesengesetz, München, 4. Aufl., 2012.

9. UmwStG

Haritz, Detlef/Menner, Stefan (Hrsg.), UmwandlungssteuerG, München, 3. Auflage, 2010.

10. BewG

Halaczinsky, Raymond/Eisele, Dirk, (Bearb.), Rössler/Troll, Bewertungsgesetz, 17. Auflage 2012.

11. UBGG

Vollmer, Lothar/Elser, Thomas, UBGG: Kommentar zum Unternehmensbeteiligungsgesellschaftsgesetz mit Erläuterungen zur Besteuerung der Kapital-, Unternehmensbeteiligungsgesellschaften, Berlin, 2005.

IV. Lexika

Birle, Jürgen Paul/Fey, Achim/Haas, Rudolf/Heil, Michael/Heß, Ines/ Hottmann, Jürgen/ Janetzko, Annette/Kremer, Thomas/Leicht, Edgar/Maier, Walter/ Melchior, Jürgen/ Rauh, Wolfgang/Scheel, Thomas/Vogl, Elmar/Walter, Volkmar/Weber, Sandra/Wirfler, Norbert/ Zimmermann-Hübner, Petra, (Bearb.), Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Edition 1/13.