

Discussion Paper No. 08-079

**Bilanzielle und steuerliche Behandlung
von hybriden Finanzinstrumenten:
Eine Übersicht**

Michael Schröder, Julia Gans
und Natalia Shekemova

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH

Centre for European
Economic Research

Discussion Paper No. 08-079

**Bilanzielle und steuerliche Behandlung
von hybriden Finanzinstrumenten:
Eine Übersicht**

Michael Schröder, Julia Gans
und Natalia Shekemova

Download this ZEW Discussion Paper from our ftp server:

<ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp08079.pdf>

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen Verbreitung von
neueren Forschungsarbeiten des ZEW. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung
der Autoren und stellen nicht notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.

Discussion Papers are intended to make results of ZEW research promptly available to other
economists in order to encourage discussion and suggestions for revisions. The authors are solely
responsible for the contents which do not necessarily represent the opinion of the ZEW.

Discussion Paper No. 08-079

**Bilanzielle und steuerliche Behandlung
von hybriden Finanzinstrumenten:
Eine Übersicht**

Michael Schröder, Julia Gans
und Natalia Shekemova

Download this ZEW Discussion Paper from our ftp server:

<ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp08079.pdf>

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen Verbreitung von
neueren Forschungsarbeiten des ZEW. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung
der Autoren und stellen nicht notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.

Discussion Papers are intended to make results of ZEW research promptly available to other
economists in order to encourage discussion and suggestions for revisions. The authors are solely
responsible for the contents which do not necessarily represent the opinion of the ZEW.

Nichttechnische Zusammenfassung

Im Zusammenhang mit den neuen „Basel-II“-Regelungen, die die Kreditvergabe an Unternehmen verändern, wächst das Interesse besonders kleiner und mittlerer Unternehmen an hybriden Finanzierungsinstrumenten. Diese Finanzierungsform wird auch als Mezzanine-Finanzierung bezeichnet. Je nach Ausgestaltung weist sie mehr Eigenkapital- oder mehr Fremdkapitalcharakter auf. Aufgrund einer Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten bieten hybride Finanzierungsinstrumente den Emittenten eine große Flexibilität bei der Kapitalbeschaffung. Gleichzeitig stellen sie für Investoren aufgrund der höheren Renditen eine attraktive Anlageform dar, die in Konkurrenz zu traditionellen Anlageinstrumenten tritt. Jedoch ist bei der Handhabung der hybriden Instrumente eine Vielzahl betriebswirtschaftlicher, steuerlicher, bilanzieller und rechtlicher Fragen zu beachten.

Die Ergebnisse der Studie können als Thesen folgendermaßen zusammengefasst werden:

- Die Voraussetzungen für die Qualifizierung als wirtschaftliches Eigenkapital, das eine besondere Rolle in den Basel II-Regelungen spielt, sind Rangrücktrittsvereinbarung, langfristige Kapitalüberlassung, Ausschluss ordentlicher Kündigungsrechte, erfolgsabhängige Vergütung und fehlende Besicherung durch das emittierende Unternehmen.
- Für eine Einstufung als handelsrechtliches Eigenkapital muss noch zusätzlich eine Verlustteilnahme bis zur vollen Höhe des Kapitals vereinbart werden, sowie eine qualifizierte Nachrangabrede anstelle einer einfachen Nachrangabrede. Bei der Betrachtung der einzelnen Finanzierungsinstrumente ist festzustellen, dass Genussrechte nach dem Handelsrecht i. d. R. Eigenkapital darstellen. Hybridanleihen werden handelsrechtlich immer als Fremdkapital eingestuft, da sie keine Teilnahme am Gewinn und Verlust voraussetzen. Nachrangdarlehen und partiarische Darlehen sind immer, unabhängig von dem vertraglich vereinbarten Rangrücktritt, nach HGB als Fremdkapital zu qualifizieren.
- Nach IAS/IFRS werden Hybridinstrumente als Eigenkapital eingestuft, wenn keine Rückzahlungsverpflichtung oder keine Verpflichtung, andere finanzielle Vermögenswerte abzugeben, besteht. Diese Verpflichtung liegt vor bei im Vorfeld vereinbarten festen Ausschüttungen, Rückzahlungsmöglichkeit/Kündigung durch den Inhaber des Finanzinstruments und vertraglich vereinbarten, beschränkten Laufzeiten. Genussrechte können nach IAS/IFRS als Eigenkapital qualifiziert werden, wenn laut BFH eine so genannte „ewige Laufzeit“ vereinbart wird. Hybridanleihen werden nach IAS als Eigenkapital eingestuft. Nachrangdarlehen und partiarisches Darlehen sind analog HGB immer als Fremdkapital zu qualifizieren.
- Nach dem Steuerrecht erfolgt die Einstufung als Eigenkapital, wenn eine Gewinnabhängigkeit und Teilnahme am Liquidationserlös des Investors vereinbart werden. In diesem Fall sind die gezahlten Vergütungen Gewinnausschüttungen und stellen beim Emittenten nicht-abzugsfähige Ausgaben dar. Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, werden die gezahlten Vergütungen für das hybride Kapital als Zinseinnahmen eingestuft und stellen beim Emittenten abzugsfähige Ausgaben dar. Genussrechte können steuerlich durch Vereinbarung eines Fehlens der Teilnahme am Liquidationserlös die steuerliche Abzugsfähigkeit der Vergütungen erreichen. Hybridanleihen sind analog HGB immer als Fremdkapital qualifiziert, entsprechendes gilt für Nachrangdarlehen und partiarisches Darlehen.

- Bei Wandelschuldverschreibungen erfolgt i. d. R. zum Zeitpunkt der Umwandlung eine Umbuchung von Fremdkapital in Eigenkapital.
- Mit der Einführung der Unternehmensteuerreform 2008 kommt es zu Änderungen bei der Besteuerung des hybriden Kapitals. Grundsätzlich werden dabei Einkünfte aus Kapitalvermögen privater Anleger einer Abgeltungssteuer i. H. v. 25% unterworfen. Des Weiteren ist die Gewerbesteuer nicht mehr steuerlich als Betriebsausgabe abzugsfähig (§4 Abs.5b, §52 Abs.12 S.7 EStG). Im Gegenzug wird der Anrechnungsfaktor der Gewerbesteuer bei der Einkommensteuer von 1,8 auf 3,8 erhöht. Außerdem wird der Körperschaftsteuersatz ab dem 01.01.2008 statt 25% nur noch 15% betragen (§23 Abs.1 KStG i. V. m. §34 Abs.11a KStG).

Bilanzielle und steuerliche Behandlung von hybriden Finanzinstrumenten: Eine Übersicht

Michael Schröder,
Julia Gans und Natalia Shekemova

Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW)

September 2008

JEL-Klassifikation: G32, M40

Keywords: Hybride Finanzinstrumente, Mezzanine-Kapital, Bilanzierung, Besteuerung

Ansprechpartner:

Dr. Michael Schröder
Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
L7,1
D-68161 Mannheim
Email: schroeder@zew.de
Tel. 0621 1235-140

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	1
2. Grundlagen der wirtschaftlichen, bilanziellen und steuerlichen Behandlung von hybriden Finanzinstrumenten.....	1
2.1. <i>Wirtschaftliche Stellung von hybridem Kapital.....</i>	<i>1</i>
2.2. <i>Handelsrechtliche Stellung von hybridem Kapital.....</i>	<i>3</i>
2.3. <i>Bilanzierung hybrider Finanzinstrumente nach IFRS.....</i>	<i>4</i>
2.4. <i>Steuerrechtliche Behandlung von hybridem Kapital.....</i>	<i>5</i>
2.5. <i>Neue Regelung durch die Unternehmensteuerreform 2008</i>	<i>9</i>
2.6. <i>Bilanzrechtmodernisierungsgesetz.....</i>	<i>13</i>
3. Zivilrechtliche, bilanzrechtliche und steuerrechtliche Beurteilung der verschiedenen Mezzanine-Finanzierungsinstrumente	14
3.1. <i>Genussrechte.....</i>	<i>14</i>
3.2. <i>Hybridanleihen.....</i>	<i>17</i>
3.3. <i>Wandelschuldverschreibungen.....</i>	<i>20</i>
3.4. <i>Nachrangdarlehen.....</i>	<i>26</i>
3.5. <i>Partiarisches Darlehen</i>	<i>29</i>
4. Zusammenfassung.....	31
Literaturverzeichnis.....	32

1. Einleitung¹

Im Zusammenhang mit den neuen „Basel-II“-Regelungen, die die Kreditvergabe an Unternehmen verändern, wächst das Interesse besonders kleiner und mittlerer Unternehmen an hybriden Finanzierungsinstrumenten. Diese Finanzierungsform wird auch als Mezzanine-Finanzierung bezeichnet. Je nach Ausgestaltung weist sie mehr Eigenkapital- oder mehr Fremdkapitalcharakter auf.

Auf Grund einer Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten bieten diese Finanzierungsinstrumente den Emittenten eine große Flexibilität bei der Kapitalbeschaffung. Sie stellen für Investoren, aufgrund der höheren Rendite von Mezzanine-Kapital, eine attraktive Anlageform dar, die in Konkurrenz tritt zu traditionellen Anlageinstrumenten. Jedoch ist bei der Handhabung der hybriden Instrumente eine Vielzahl betriebswirtschaftlicher, steuerlicher, bilanzieller und rechtlicher Fragen zu beachten.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den zentralen zivilrechtlichen, bilanziellen und steuerlichen Problemen, die bei der Anwendung von hybriden Instrumenten, sowohl auf der Emittenten- als auch auf der Investorensseite auftreten. Eine detaillierte Darstellung der wichtigsten Gestaltungsalternativen sowie einen Marktüberblick finden sich in Piaskowski und Kaczmarczyk (2008).

In Kapitel 2 erfolgt die Darstellung der wirtschaftlichen, bilanziellen (nach HGB und IAS/IFRS) und steuerlichen Voraussetzungen für die Qualifizierung des Hybridkapitals als Eigen- oder Fremdkapital. Die ausgewählten Finanzierungsinstrumente Genussrechte, Hybridanleihen, Wandelschuldverschreibungen und Nachrangdarlehen werden gesondert in Kapitel 3 behandelt, da diese am Finanzmarkt die gängigsten Finanzierungsinstrumente darstellen. Anhand der im Kapitel 2 beschriebenen Kriterien werden sie entweder als Eigen- oder Fremdkapital qualifiziert. Auch die daraus folgenden Konsequenzen in wirtschaftlicher, bilanzieller und steuerlicher Hinsicht werden thematisiert. Kapitel 4 fasst die Ergebnisse zusammen.

2. Grundlagen der wirtschaftlichen, bilanziellen und steuerlichen Behandlung von hybriden Finanzinstrumenten

2.1. Wirtschaftliche Stellung von hybridem Kapital

Bilanziell nehmen hybride Finanzinstrumente eine Stellung zwischen der klassischen Eigenkapitalfinanzierung durch Beteiligungen der Gesellschafter bzw. Aktien und der klassischen Fremdkapitalfinanzierung durch Bankkredite bzw. Anleihen ein. Hybride Finanzinstrumente weisen sowohl Merkmale von Eigenkapital als auch von Fremdkapital auf. Die charakteristischen Merkmale der hybriden Finanzinstrumente sind:²

1. Nachrang bei der Rückzahlung und /oder
2. Nachrang bei der Besicherung und /oder
3. Gewinnbeteiligung.

¹ Wir danken dem Förderkreis Wissenschaft und Praxis am ZEW für die Finanzierung dieser Studie.

² CMS Report XIII, Februar 2007: 360° denken, S. 3.

Im Rahmen der Unternehmensfinanzierung werden hybride Finanzierungsinstrumente aus unterschiedlichen Gründen eingesetzt:³

- Verbesserung des Ratings
- Beschaffung von Eigenkapital ohne Ausgabe von Anteilen
- Optimierung der Kapitalstruktur
- Diversifikation des Fremdkapitals
- Fremdkapitalschnitt bei Sanierungen.

Der Oberbegriff der „hybriden Finanzierungen“ umfasst zahlreiche unterschiedliche Instrumente wie Genussrechte (mit und ohne Wandlungs- und Optionsrecht), Wandel- oder Optionsanleihen, partiarische Darlehen, Gewinnschuldverschreibungen, stille Beteiligungen oder nachrangige Darlehen. Auf internationalen Märkten sind die gängigsten hybriden Finanzierungsinstrumente die Hybridanleihen.

Eine Stärkung der Eigenkapitalquote, die auf das Rating der Unternehmen einen wesentlichen Einfluss ausübt, kann ebenfalls durch Ausgabe von hybriden Finanzinstrumenten vollzogen werden. Dabei muss zwischen wirtschaftlichem und bilanziellem Eigenkapital unterschieden werden.

Wirtschaftliches Eigenkapital, welches für die Zwecke der Ratingverbesserung eine primäre Rolle spielt, liegt vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. *Rangrücktrittsvereinbarung*: Das bedeutet, dass der Eigenkapitalgeber im Liquidationsfall erst nach Befriedigung der Interessen aller anderen Gläubiger, deren Kapitalüberlassung dem Fremdkapitalausweis genügt, einen Anspruch auf die Rückzahlung bekommt.
2. *Langfristige Kapitalüberlassung*: Für die Klassifizierung als wirtschaftliches Eigenkapital in Deutschland ist eine Mindestlaufzeit von 5 Jahren erforderlich. Die Restlaufzeit am Bilanzstichtag muss außerdem mehr als ein Jahr betragen.
3. *Ausschluss ordentlicher Kündigungsrechte*: Das bedeutet, dass weder Kapitalgeber noch Kapitalnehmer den Kapitalüberlassungsvertrag während der Laufzeit der Kapitalüberlassung kündigen dürfen.
4. *Erfolgsabhängige Vergütung*: Dabei geht es nicht darum, dass die auf das Kapital zu zahlenden Zinsen direkt gewinnabhängig sein müssen. Verträge sollten aber mindestens eine Zinsstundungsklausel besitzen, damit Zinszahlungen bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage aufschiebbar sind. Somit bleibt das Haftungsvermögen erhalten; es ist keine Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe des Kapitals erforderlich.
5. *Keine Besicherung durch das Unternehmen*: Sollte eine Besicherung des Mezzanine-Kapitals durch das Unternehmen stattfinden, würde dies dem eigenkapitalähnlichen Charakter widersprechen.⁴

³ CMS Report XIII, Februar 2007: 360° denken, S. 7.

⁴ Brezski, E./Böge H./Lübbehüsen, T./Rohde T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 184.

2.2. Handelsrechtliche Stellung von hybridem Kapital

2.2.1. Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital

Die folgende Tabelle fasst die Kriterien des wirtschaftlichen und handelsrechtlichen Eigenkapitals kurz zusammen:⁵

Tabelle 1 Die Kriterien für handelsrechtliches und wirtschaftliches Kapital

Kriterien	Handelsrechtliches Eigenkapital	Wirtschaftliches Eigenkapital
Qualifizierte Nachrangabrede	X	
Nachrangabrede		X
Verzicht auf ordentliches Kündigungsrecht	X	X
Verzicht auf außerordentliches Kündigungsrecht bei Verschlechterung wirtschaftlicher Verhältnisse	X	X
Erfolgsabhängige Vergütung	X	X
Mindestlaufzeit 5 Jahre	X	X
Mindestrestlaufzeit 1 Jahr	X	X
Keine Besicherung durch das Unternehmen	X	X
Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe des Kapitals	X	

Voraussetzungen für die handelsrechtliche Anerkennung des hybriden Kapitals als Eigenkapital sind folgende Kriterien:

1. *Qualifizierter, insolvenzfester Rangrücktritt*: Im Insolvenz- oder Liquidationsfall besitzt der Eigenkapitalgeber einen Rückzahlungsanspruch erst dann, wenn die Interessen aller anderen Gläubiger befriedigt werden, deren Kapitalüberlassung dem Fremdkapitalausweis genügt.
2. *Langfristige Kapitalüberlassung*: Laut der HFA-Stellungnahme 1/1994 entspricht ein Zeitraum von 5 Jahren der handelsrechtlichen Klassifizierung von „Langfristigkeit“. Langfristige Kapitalüberlassung bedeutet auch, dass keiner der Vertragspartner, d.h. weder der Kapitalgeber, noch der Kapitalnehmer den Kapitalüberlassungsvertrag während der Laufzeit kündigen darf.
3. *Erfolgsabhängige Vergütung*: Eine Kapitalüberlassungsvergütung darf nur dann gezahlt werden, wenn das Eigenkapital dadurch nicht gesenkt wird. Besonders in Zeiten schlechter wirtschaftlicher Lage soll dadurch gewährleistet werden, dass durch eine Zahlung von Garantievergütungen nicht das Eigenkapital und somit der Substanz des Unternehmens geschadet wird. Oft werden die hybriden Finanzinstrumente in Form einer erfolgsunabhängigen Mindestvergütung plus einer erfolgsabhängigen Vergütung ausgestattet. Der erfolgsabhängige Teil ist für die Qualifizierung als Eigenkapital schädlich, da die Haftungssubstanz entzogen wird. Die Auszahlung der Mindestvergü-

⁵ Brezski, E./Böge H./Lübbehüsen, T./Rohde T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 185.

tung muss in diesen Fällen an die Existenz frei verfügbarer Eigenkapitalbestandteile geknüpft werden.

4. *Verlustteilnahme bis zur vollen Höhe*: Überlassenes Kapital muss spätestens zum Zeitpunkt seiner Rückzahlung in voller Höhe an den angelaufenen Verlusten partizipieren, wenn die Verluste nicht von anderen, frei zur Ausschüttung stehenden Eigenkapitalbestandteilen, getragen werden können.⁶

2.2.2. Bewertungsvorschriften nach HGB

Die Bewertung des Mezzanine-Kapitals erfolgt nach §283 HGB mit dem Nennbetrag. Bei Vorliegen eines Disagios erfolgt die Einstellung des Kapitals zum niedrigeren Ausgabekurs. Das Hybridkapital mit Fremdkapitalcharakter ist nach §253 I 2 HGB zum Rückzahlungsbetrag zu bewerten.

2.3. Bilanzierung hybrider Finanzinstrumente nach IFRS

2.3.1. Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital

Gemäß Artikel 4 der IAS/IFRS-Verordnung⁷ sind die internationalen Rechnungslegungsgrundsätze IAS/IFRS seit dem 01.01.2005 für konsolidierte Abschlüsse von kapitalmarktorientierten Unternehmen verbindlich. Die IAS 32.18 knüpft für die „Klassifizierung“ in der Bilanz eines Unternehmens nicht an die „rechtliche Gestaltung“ eines Finanzinstrumentes, sondern an seine „wirtschaftliche Substanz“ an. IAS 32.11 definiert ein Finanzinstrument als „ein Vertrag, der gleichzeitig bei dem einen Unternehmen zu einem finanziellen Vermögenswert und bei dem anderen Unternehmen zu einer finanziellen Verbindlichkeit oder einem Eigenkapitalinstrument führt“.

Alle hybriden Finanzierungsformen fallen unter diese Definition. IAS 32.11 definiert ein Eigenkapitalinstrument als „einen Vertrag, der einen Residualanspruch an den Vermögenswerten eines Unternehmens nach Abzug aller dazugehörigen Schulden begründet“. Gemäß IAS 32.11 liegt eine finanzielle Verbindlichkeit vor, wenn eine vertragliche Verpflichtung, ein finanzieller Vermögenswert an ein anderes Unternehmen abgegeben wird oder die finanziellen Vermögenswerte mit einem anderen Unternehmen zu potentiell nachteiligen Bedingungen ausgetauscht werden.⁸

Ein Hauptmerkmal für die Abgrenzung des Eigenkapitals gegenüber der finanziellen Verbindlichkeit liegt in dem Bestehen einer Rückzahlungsverpflichtung oder in einer Verpflichtung, andere finanzielle Vermögenswerte abzugeben.

Diese Verpflichtung liegt vor bei:⁹

1. Im Vorfeld vereinbarte *feste Ausschüttungen*: Deutlich wird dieses Kriterium durch Gegenüberstellung von Gewinnausschüttungen und Zinsen. Während für den Emittenten keine vertragliche Verpflichtung für die Gewinnausschüttung besteht, existiert eine solche für Zinsen– unabhängig von der Ertragslage.
2. Rückforderungsmöglichkeit durch den Inhaber des Finanzinstruments (*kündbares Instrument*): Es muss keine ausdrückliche vertragliche Verpflichtung vorliegen, sondern

⁶ Brezski, E./Böge H./Lübbehüsen, T./Rohde T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 183-184.

⁷ Verordnung Nr. 2002/1606/EG, Amtsblatt EG Nr. L 243/1 vom 11.09.2002.

⁸ CMS Report XIII, Februar 2007: 360° denken, S. 21.

⁹ Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O., Mezzanine-Kapital: 2006, S. 45.

es genügt, wenn sich die faktische Verpflichtung „indirekt über die Vertragsbedingungen begründen“ lässt.

3. *Vertraglich vereinbarte, beschränkte Laufzeit*: Nach IAS 32.11 ergibt sich, dass die Festlegung einer bestimmten Laufzeit für das Finanzinstrument dem Ausweis als bilanzielles Eigenkapital des Emittenten entgegensteht.

2.3.2. Bewertung nach IAS/IFRS

Die Bewertung des Hybridkapitals für die Fremdkapitalinstrumente erfolgt nach IAS 39.43 mit den Anschaffungskosten, die dem Zeitwert (*fair value*) entsprechen, einschließlich direkt zurechenbarer Transaktionskosten. Eine Folgebewertung nach IAS 39.47 erfolgt mit fortgeführten Anschaffungskosten unter Anwendung der Effektivzinsmethode. Bei einer Zuordnung zum Eigenkapital unterbleibt eine Folgebewertung, da das Eigenkapital als Residualgröße definiert ist.¹⁰

2.4. Steuerrechtliche Behandlung von hybridem Kapital

Als Abgrenzungskriterien zwischen der Qualifizierung als Eigen- oder Fremdkapital gelten die zivil- und gesellschaftsrechtlichen Merkmale (z.B. Ausgestaltung unternehmerischer Mitbestimmungsrechte), sowie wirtschaftliche Merkmale (z.B. Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös).

2.4.1. Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital nach dem Steuerrecht

Ausschüttungen auf Mezzanine-Kapital dürfen das körperschaftssteuerliche Einkommen der Gesellschaft dann nicht mindern, wenn die Finanzierung, sowohl eine Beteiligung am *Liquidationserlös*, als auch eine *Gewinnbeteiligung* vorsieht.

Beide Voraussetzungen müssen vorliegen, damit Ausschüttungen auf ein Finanzierungsinstrument bei Kapitalgesellschaften als Gewinnausschüttungen angesehen werden. Daraus folgt, dass diese das körperschaftliche Einkommen nicht mindern. Umgekehrt folgt, dass bei Vorliegen nur einer der beiden Voraussetzungen der Betriebsausgabenabzug auf Ebene der auszahlenden Gesellschaft zu gewähren ist.

Eine *Beteiligung am Liquidationserlös* nach §8 Abs.3 S.2 KStG ist gegeben, wenn der Inhaber eines Finanzinstrumentes eine Rückzahlung des der Gesellschaft gegebenen Kapitals nicht vor der Liquidation der Gesellschaft verlangen kann. Dies liegt vor, wenn weder ein Kündigungsrecht noch eine Befristung der Kapitalüberlassung vereinbart wurde.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung liegt dann *keine* Beteiligung am Liquidationserlös vor, wenn der Anspruch auf Rückzahlung wirtschaftlich keine Bedeutung mehr hat, da die Rückzahlung erst in ferner Zukunft fällig wird. Dies ist bei Laufzeiten von bis zu 30 Jahren der Fall. Dies begründet die Finanzverwaltung damit, dass auch Anleihen mit solchen Laufzeiten emittiert werden.

Eine Beteiligung am Liquidationserlös liegt somit *nicht* vor, wenn

- die Laufzeit der Kapitalüberlassung auf maximal 30 Jahre begrenzt ist und keine Beteiligung am Liquidationserlös vereinbart wurde,
- dem Inhaber des Finanzierungsinstrumentes ein Kündigungsrecht zur Rückzahlung des Nennwertes eingeräumt und keine Beteiligung am Liquidationserlös vereinbart wurde.

¹⁰ Brezski, E./Böge H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 46.

Eine *Gewinnbeteiligung* im Sinne von §8 Abs.3 S.2 KStG ist jede Art der Teilnahme am wirtschaftlichen Erfolg einer Unternehmung. Dadurch unterscheidet sich die Ausschüttung auf Finanzierungsinstrumente von Zinsen, die unabhängig vom Unternehmenserfolg, d.h. auch im Verlustfall gezahlt werden müssen. Sofern die Zahlung der Festzinsen nur unter dem Vorbehalt eines ausreichend großen Gewinns gezahlt wird, liegt eine Gewinnbeteiligung im Sinne des §8 Abs.3 S.2 KStG vor.

Ein Problem mit dieser Definition der Gewinnbeteiligung liegt dann vor, wenn neben einem garantierten Mindestzins eine gewinnabhängige Zusatzvergütung vereinbart wurde. Für die Rechtsprechung ist entscheidend, ob aufgrund dieser Vereinbarung die wirtschaftliche Belastung der Ausschüttung auf der Ebene der Unternehmung eher einer Dividende oder eher einer Zinszahlung entspricht. Somit muss in diesen Fällen festgestellt werden, welche wirtschaftliche Belastung die Zinsgarantie im Rahmen der Gewinnbeteiligung einnimmt. Eine hohe Mindestverzinsung spricht für eine anleiheähnliche Ausgestaltung des Finanzinstrumentes, da auch bei geringeren Gewinnen eine anleihevergleichbare Vergütung gezahlt wird. Ähneln die Vergütung des Finanzinstrumentes der einer Aktie, dann ist diese Ausschüttung als Gewinnbeteiligung zu qualifizieren.

2.4.2. Steuerliche Behandlung des Mezzanine-Kapitals mit Eigenkapitalcharakter

Weist das Mezzanine-Kapital aus steuerlicher Sicht Eigenkapitalcharakter auf, dürfen die vom Mezzanine-Kapitalnehmer für die Kapitalüberlassung zu zahlenden Vergütungen nach §8 Abs.3 S.2 KStG sein steuerliches Einkommen nicht mindern.¹¹ Demnach darf der Kapitalnehmer die geleisteten Auszahlungen nicht steuerlich als Betriebsausgaben abziehen. Diese Vergütungen unterliegen auf der Ebene der finanzierten Kapitalgesellschaft der Körperschaftsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag und der Gewerbesteuer.

Der Kapitalgeber erzielt Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. v. §20 Abs.1 Nr.1 EStG, bei Kapitalgesellschaften i. V. m. §8 Abs.1 S.1 KStG. Ist der Kapitalgeber eine Kapitalgesellschaft, bleiben die Kapitaleinkünfte bei der steuerlichen Einkommensermittlung außer Ansatz (§8b Abs.1 S.1 KStG). Allerdings gelten 5% der steuerfreien Beträge nicht als abzugsfähige Betriebsausgaben nach §8b Abs.5 S.1 KStG. Im Ergebnis werden 95% der bezogenen Vergütungen freigestellt. Die bei der Kapitalgesellschaft im Zusammenhang mit der Beteiligung anfallenden Aufwendungen sind steuerlich in voller Höhe abzugsfähig.

Ist der Kapitalgeber ein Einzelunternehmer oder eine Personengesellschaft, kommt auf die Beteiligungsbeträge das Halbeinkünfteverfahren zum Ansatz (§3 Nr.40 S.1d, S.2 EStG). Nach diesem Verfahren wird die Hälfte der Beteiligungserträge freigestellt und die Aufwendungen, die im wirtschaftlichen Zusammenhang mit den Beteiligungserträgen stehen, sind nur zur Hälfte steuerlich abzugsfähig.

Grundsätzlich unterliegen alle Vergütungen für eigenkapitalähnliches Mezzanine-Kapital in voller Höhe einem 20%-igen Kapitalertragssteuerabzug (§43 Abs.1 Nr.1, §43a Abs.1 Nr.1 EStG). Den Abzug der Kapitalertragssteuer kann der Inhaber des Finanzierungsinstrumentes entweder durch die Erteilung eines Freistellungsauftrages oder durch die Vorlage einer Nichtveranlagungsbescheinigung verhindern.

Zusammenfassend kann man konstatieren, dass die für das Mezzanine-Kapital zu zahlenden Vergütungen auf der Ebene des Kapitalnehmers grundsätzlich nicht als Betriebsausgaben ab-

¹¹ Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 47.

zugsfähig sind. Beim Mezzanine-Kapitalgeber sind die erhaltenen Vergütungen steuerbefreit, indem sie entweder ganz oder zur Hälfte der Besteuerung unterliegen.

Die gewerbsteuerliche Behandlung des Mezzanine-Kapitals mit Eigenkapitalcharakter erfolgt grundsätzlich ähnlich der einkommenssteuerlichen bzw. körperschaftsteuerrechtlichen Behandlung.¹²

2.4.3. Steuerliche Behandlung des Mezzanine-Kapitals mit Fremdkapitalcharakter (Debt Mezzanine)

Wird das Mezzanine-Kapital als Fremdkapital anerkannt, sind die vom Mezzanine-Kapitalnehmer zu leistenden Aufwendungen regelmäßig als Betriebsausgaben steuerlich abzugsfähig. Einen Sonderfall stellt die steuerliche Abzugsfähigkeit der Aufwendungen bei einer Kapitalgesellschaft dar, sofern eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt (§8 Abs.3 S.2 KStG).

Bei der gewerbsteuerlichen Abzugsfähigkeit der Aufwendungen ist zu beachten, dass die Hälfte der Vergütungen für sogenannte Dauerschulden dem gewerbsteuerpflichtigen Gewinn hinzugerechnet werden (§8 Nr.1 GewStG). Dauerschulden sind im gewerbsteuerlichen Sinne Schulden, die nicht nur der vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals dienen. Eine nicht nur vorübergehende Verstärkung des Betriebskapitals wird dabei regelmäßig bei Schulden mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr angenommen.¹³

Die erhaltenen Vergütungen beim Mezzanine-Kapitalgeber stellen regelmäßig Zinserträge i. S. v. §20 Abs.1 Nr.4 oder 7 EStG (bei Kapitalgesellschaften i. V. m. §8 Abs.1 S.1 KStG) dar. Die Zinserträge unterliegen der regulären Einkommens- bzw. Körperschaftbesteuerung, zzgl. Solidaritätszuschlag, sowie der Gewerbesteuer. Für die Zinserträge werden keine steuerlichen Begünstigungen gewährt. Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Klassifizierung des Eigen- und Fremdkapitals im Steuerrecht.

¹² Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 48.

¹³ R 45 Abs. 3 GewStR 1998.

Tabelle 2: Behandlung des Eigen- und Fremdkapitals nach dem Steuerrecht

<p align="center">Eigenkapitalähnliches Mezzanine-Kapital</p>	<p align="center">Fremdkapitalähnliches Mezzanine-Kapital</p>
<p align="center"><u>Voraussetzungen:</u> Gewinnbeteiligung und Beteiligung am Liquidationserlös (§8 III 2 KStG)</p>	<p align="center"><u>Voraussetzungen:</u> Keine Gewinnbeteiligung oder Keine Beteiligung am Liquidationserlös</p>
<p align="center"><u>Steuerliche Folgen beim Emittent:</u> Vergütungen für Mezzanine-Kapital gelten beim Emittent als Gewinnausschüttungen (keine Be- triebsausgaben und daher nicht abzugsfähig)</p>	<p align="center"><u>Steuerliche Folgen beim Emittent:</u> Vergütungen für Mezzanine-Kapital gelten beim Emittent als Zinszahlungen und sind als Be- triebsausgaben abzugsfähig</p>
<p align="center"><u>Steuerliche Folgen beim Investor:</u> 1. Investor ist eine <i>natürliche Person</i> Halbeinkünfteverfahren (§3 Nr.40 EStG) → Hälfte der Vergütungen unterliegt der EStG</p> <p align="center">2. Investor ist eine <i>juristische Person</i> (Kapitalgesellschaft) 95% der Vergütungen steuerfrei (§8b I 1 i. V. m., §8b V KStG)</p>	<p align="center"><u>Steuerliche Folgen beim Investor:</u> 1. Investor ist eine <i>natürliche Person</i> Zinseinnahmen nach §20 EStG, keine steuerliche Begünstigung</p> <p align="center">2. Investor eine ist <i>juristische Person</i> Zinseinnahmen stellen gewerbliche Einkünfte dar und sind KStG- und GewSt-pflichtig, Solidaritätszuschlag, keine Vergünstigungen</p>

Quelle: ZEW

2.5. Neue Regelung durch die Unternehmensteuerreform 2008

Durch das neue Unternehmenssteuerreformgesetz ergeben sich Änderungen im Bereich der Körperschaft-, Gewerbe- und Einkommensteuer, die die Besteuerung von Kapitalgesellschaften und deren Anteilseignern, von Personengesellschaften und Privatpersonen mit Kapitaleinkünften betreffen. Den Kernpunkt des neuen Besteuerungssystems bildet die Einführung einer Abgeltungssteuer auf sämtliche Kapitaleinkünfte privater Anleger.

2.5.1 Einführung der Abgeltungssteuer

2.5.1.1 Das bisherige Besteuerungssystem

Im Rahmen des bisherigen Besteuerungssystems werden Kapitalerträge nach dem Nettoprinzip, also unter Berücksichtigung der Werbungskosten gem. §20 EStG regelmäßig mit dem individuellen Steuersatz – max. 45% zzgl. Solidaritätszuschlag – versteuert. Resultieren Gewinne aus Veräußerungen von Kapitalanlagen, die im Privatvermögen gehalten werden, sind diese nur nach den §§17, 23 EStG zu versteuern. §23 EStG erlaubt dabei die Steuerfreiheit nach Ablauf der einjährigen Haltefrist.¹⁴

2.5.1.2 Das neue Besteuerungssystem

Mit der Einführung der Abgeltungssteuer zum 1. Januar 2009 sind sämtliche Kapitalerträge unabhängig von ihrer Anlageform – gleichgültig ob es sich um Gewinne aus Kurssteigerungen, Zinserträge oder Dividenden handelt – pauschal bereits an ihrer Quelle einem Steuersatz i. H. v. 25% zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer zu unterwerfen. Die Bemessungsgrundlage für die Abgeltungssteuer bilden dabei die laufenden Bruttoerträge sowie die Veräußerungsgewinne aus Kapitalanlagen – ungeachtet der Haltedauer. Damit soll die Besteuerung privater Kapitalerträge vereinheitlicht werden. Mit der 25%-Pauschale ist die Steuerschuld auf Kapitalerträge abgegolten, so dass diese in der Steuererklärung nicht mehr auftauchen. Es sei denn, ein Anleger beantragt seine Kapitalerträge zu verlagern, weil sein persönlicher Steuersatz unterhalb der Abgeltungspauschale liegt (Günstigerprüfung). In §32d Abs.6 S.1 EStG (n.F.) ist das Günstigkeitsprinzip verankert. Demnach ist das Finanzamt verpflichtet auf Antrag des Steuerpflichtigen zu prüfen, welche der beiden Varianten sich für den Steuerpflichtigen günstiger auswirkt und diese dann der Besteuerung zugrunde zu legen.¹⁵

Die Abgeltungssteuer gilt nur für natürliche Personen, welche die entsprechenden Finanzanlagen im Privatvermögen halten, nicht jedoch für diejenigen, die die Finanzprodukte in einem Einzelunternehmen oder über eine gewerblich tätige, infizierte bzw. geprägte Personengesellschaften halten. Die Abgeltungssteuer gilt ebenfalls nicht für Körperschaften als Anleger.¹⁶

Aufgrund der Einführung der Abgeltungssteuer ergeben sich ab 1.1.2009 zusammengefasst die folgenden Änderungen zu den bisherigen Regeln:

¹⁴ Glutsch, S./Otte I./Schult, B.: Das neue Unternehmensteuerrecht, S. 60.

¹⁵ Glutsch, S./Otte I./Schult, B.: Das neue Unternehmensteuerrecht, S. 61.

¹⁶ Ernst&Young: Die Unternehmensteuerreform 2008.

Bis zum 31.12.2008	Abgeltungssteuer – ab dem 01.01.2009
Unterscheidung der Kapitaleinkünfte	Besteuerung sämtlicher Kapitaleinkünfte mit 25%
Sparerfreibetrag und Werbungskostenpauschale	Sparerpauschbetrag
Stückzinstopf	Verrechnungstopf

Anmerkungen zur Besteuerung von Kapitaleinkünften

Bis zum 31.12.2008 erfolgt eine Unterscheidung der Kapitaleinkünfte in Zinsen und Dividenden. Während Dividenden bei Ausschüttung und Thesaurierung nur zur Hälfte steuerpflichtig sind, sind Zinsen in voller Höhe steuerpflichtig. Des Weiteren sind Kursgewinne steuerfrei, wenn zwischen dem Zeitpunkt des An- und des Verkaufs mindestens ein Jahr liegen. Die bisherigen Steuersätze für den Kapitalertragsteuerabzug betragen 20% bei Dividenden, 25% bspw. bei Wandelanleihen und 30% bei Zinsen. Diese unterschiedlichen Steuersätze werden gem. §43a Abs.1 S.1 Nr.1 EStG durch eine einheitliche Pauschale i. H. v. 25 % ersetzt.¹⁷

Mit der Abgeltungssteuer schafft der Gesetzgeber eine pauschale Regelung für alle Einkunftsarten. Der Tatbestand der Kapitaleinkünfte wird dabei gem. §20 Abs.2 EStG (n.F.) um Veräußerungsgeschäfte erweitert.¹⁸ Damit besteht eine einheitliche Besteuerung für alle im Privatvermögen zufließenden Kapitaleinkünfte i. H. v. 25% der Kapitaleinkünfte (§32d EStG (n.F.)) zzgl. 5,5% Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer. Sämtliche Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Körperschaften sind, soweit sie nicht bereits als wesentliche Beteiligung nach §17 EStG gelten (ab 1%), keine privaten Veräußerungsverkäufe mehr, sondern Einkünfte aus Kapitalvermögen (ebd.).

Die folgenden Einkünfte aus Kapitalvermögen sind im Sinne des §20 Abs.1 EStG von der Abgeltungssteuer betroffen:

- Bezüge aus *aktienähnlichen Genussrechten*, die eine Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös gewähren (§20 Abs.1 Nr.1 EStG (a.F.))
- Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Höhe der Rückzahlung oder des Entgelts von einem ungewissen Ergebnis abhängt (*Hybridanleihen*)
- Einnahmen aus *Wandelanleihen* und *anleiheähnliche Genussrechte*¹⁹ (§20 Abs.1 Nr.4 EStG (a.F.))
- Einnahmen aus *partiarischem Darlehen* und *Nachrangdarlehen* (§20 Abs.1 Nr.4 EStG (a.F.)) – es sei denn, dass der Gesellschafter oder Darlehensgeber als Mitunternehmer anzusehen ist

Auf die genannten Einkünfte hat der Schuldner der Kapitalerträge in dem Zeitpunkt, in dem die Kapitalerträge dem Gläubiger zufließen, Abgeltungssteuer i. H. v. 25% zzgl. Solidaritätszuschlag einzubehalten.

Die Einkommensteuer ist mit der Erhebung der Kapitalertragsteuer gem. §43 Abs.5 S.2 EStG abgegolten. Dies gilt allerdings nicht, wenn die Kapitaleinkünfte gem. §20 Abs.8 EStG einer anderen Einkunftsart zuzuordnen sind (§43 Abs.5 S.2 EStG) oder ein Fall des §32d Abs.2

¹⁷ Ernst&Young: Die Unternehmensteuerreform 2008, S.221.

¹⁸ Glutsch, S./Otte I/Schult, B.: Das neue Unternehmensteuerrecht, S. 40.

¹⁹ Anleiheähnliche Genussrechte: Genussrechte ohne Beteiligung am Gewinn und/oder Liquidationserlös.

EStG vorliegt. Bei welchen Kapitalerträgen i. S. d. §20 EStG ein Kapitalertragsteuerabzug vorzunehmen ist (Kapitalertragsteuerpflicht) regelt §43 Abs.1 EStG.

Die vollen Kapitalerträge ohne jeden Abzug unterliegen gem. §43 Abs.2 S.1 EStG der Kapitalertragsteuer. Die Bemessungsgrundlage für den Steuerabzug bei Gewinnen aus der Veräußerung von Kapitalbeteiligungsgesellschaften i. S. d. §20 Abs.2 Nr.1 EStG bildet dabei gem. §43a Abs.2 S.2 EStG der Gewinn nach §20 Abs.4 EStG.²⁰

Anmerkungen zum Sparerpauschbetrag

Nach bisherigem Recht müssen Zinseinkünfte gem. des Sparerfreibetrags (§20 Abs.4 EStG (a.F.)) bis zu einer Höhe von 750EUR bzw. 1500EUR bei Zusammenveranlagung von Eheleuten überhaupt nicht versteuert werden. Zusätzlich können Werbungskosten wie Depotgebühren und Finanzierungszinsen steuerlich geltend gemacht werden. Hat man solche Werbungskosten nicht, bleibt die Werbungskostenpauschale i. H. v. 51 EUR bzw. 102 EUR (§9a Nr.2 EStG (a.F.)).

Im Rahmen der Abgeltungssteuer bleiben Sparerfreibetrag und Werbungskostenpauschale in modifizierter Form erhalten, indem sie unter dem Sparerpauschbetrag gem. §20 Abs.9 EStG (n.F.) zusammengelegt werden. Die Höhe bleibt gleich – insgesamt 801EUR, bei Verheirateten 1602EUR. Allerdings gibt es eine Änderung: der neue Sparerpauschbetrag wird nicht nur für Zins- und Dividendeneinkünfte gelten, sondern auch für alle anderen Kapitalerträge, die von der Abgeltungssteuer betroffen sind. Des Weiteren ist der Ansatz der tatsächlichen Werbungskosten gem. §20 Abs.9 EStG (n.F.) ab 2009 ausgeschlossen.

Vom Sparerpauschbetrag sind Zinserträge aus Genussrechten, Nachrang-, partiarischen Darlehen und Hybridanleihe betroffen.

Anmerkungen zum Verrechnungstopf

Bei Hybridanleihen, Nachrang- und partiarischen Darlehen werden dem Darlehensgeber Zinsen gezahlt. Bis zum 31.12.2008 werden gezahlte Stückzinsen und Zwischengewinne in einem Stückzinstopf mit Zinseinnahmen verrechnet (§43a Abs.3 EStG).²¹ Dieser Stückzinstopf wird nun mit der Einführung der Abgeltungssteuer in einen (Verlust-) Verrechnungstopf umgewandelt (§43a Abs.3 EStG). Darin werden der Abgeltungssteuer unterliegende Kapitalerträge („positive Kapitaleinnahmen“) mit negativen Kapitalerträgen wie gezahlte Stückzinsen, gezahlte Zwischengewinne und Veräußerungsverluste („negative Kapitaleinnahmen“) aus dem gleichen Jahr gem. §43a Abs.3 EStG verrechnet.

Bei der Verrechnung von negativen und positiven Kapitaleinnahmen ist zu berücksichtigen, dass negative Kapitalerträge ausschließlich mit gleichartigen positiven Kapitalerträgen verrechnet werden dürfen (§20 Abs.6 S.2 EStG (n.F.)). Ein nicht ausgeglichener Verlust wird automatisch in den Verlusttopf des nächsten Jahres übertragen.

2.5.2 Einkommensteuer

Für Personenunternehmen und Kapitalgesellschaften erfolgt eine Einschränkung des Betriebsaufwendungsabzugs von Zinsaufwendungen für sämtliche Fremdfinanzierungen durch die Einführung der sog. *Zinsschranke* (§4 EStG (n.F.)).²² Damit werden die Regelungen des §8a KStG zur Gesellschafterfremdfinanzierung, die bisher nur auf Körperschaften Anwendung fand, zum 01.01.2008 abgeschafft. Diese Zinsschranke beschränkt gleichermaßen bei Körper-

²⁰ Barth: Unternehmensteuerreform 2008, S.188/189.

²¹ Universal-Investment-GmbH – Unternehmensteuerreform 2008.

²² Glutsch, S./Otte I./Schult, B.: Das neue Unternehmensteuerrecht, S. 37.

schaften und Personenunternehmen die Abzugsfähigkeit von Zinsaufwendungen. Angestrebt wird dabei eine Erhöhung der Eigenkapitalquote deutscher Unternehmen, indem die neuen Vorschriften eine deutliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs im Vergleich zu §8a KStG (a.F.) beinhalten. Die wesentliche Änderung besteht darin, dass künftig jegliche Art der Fremdfinanzierung erfasst wird – nicht mehr nur Gesellschafterdarlehen, sondern auch jegliche Bankfinanzierung.

Die Auswirkungen des §4h EStG äußern sich darin, dass die Zinsaufwendungen und Zinserträge des Unternehmens zueinander in Relation gesetzt werden. Gemäß §4h Abs.1 S.1 EStG sind Zinsaufwendungen eines Betriebes nur in Höhe des Zinsertrags abziehbar. Begrenzt wird die Abzugsfähigkeit der Zinsaufwendungen des Weiteren dadurch, dass sie nur bis zu einer Höhe von 30% des um die Zinsaufwendungen erhöhten und um die Zinserträge verminderten maßgeblichen Gewinns abgezogen werden dürfen.²³ Damit wird eine Mindestbemessungsgrundlage i. H. v. 70% des steuerlichen EBIT festgesetzt. Für nicht zum Abzug zugelassene Zinsen wird ein Zinsvortrag eingeführt. Demnach sind diese Zinsaufwendungen gem. §4h Abs.1 S.2 EStG in die folgenden Wirtschaftsjahre vorzutragen.²⁴

Diese Finanzierungsformen sind von der Zinsschranke betroffen:²⁵

- Obligationenartige Genussrechte
- Nachrangdarlehen
- Partiarische Darlehen
- Wandel- und Optionsanleihen

§4h Abs.2 EStG beinhaltet Ausschlussgründe, bei deren Vorliegen die Zinsschranke keine Anwendung findet. Die Zinsschranke ist nicht anzuwenden, wenn

- die die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen weniger als 1 Million EUR betragen.
- der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört. Bei einer nicht zu einem Konzern gehörende Kapitalgesellschaften kommen gem. §8a Abs.2 KStG bei einer Gesellschafterfremdfinanzierung der unbeschränkte Zinsabzug nur in Betracht, wenn die dafür aufgewendeten Zinsen nicht mehr als 10% der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen betragen.
- der Betrieb zu einem Konzern gehört und seine Eigenkapitalquote am Schluss des vorangegangenen Abschlussstichtages diejenige des Gesamtkonzerns nicht um mehr als 1% unterschreitet (sog. Escape-Klausel).

2.5.3. Gewerbesteuer

Gemäß der Unternehmensteuerreform 2008 entfällt sowohl für Personenunternehmen als auch für Kapitalgesellschaften für Erhebungszeiträume, die nach dem 31.12.2007 enden, die Abzugsfähigkeit der Gewerbesteuer als Betriebsausgabe (§§4 Abs.5b, 52 Abs.12 S.7 EStG).²⁶ Die dadurch verursachte Erhöhung der Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer wird ausgeglichen, indem für alle Gewerbetriebe die Messzahl für die Berechnung der Gewerbesteuer nach §11 Abs.2 GewSt ab dem 01.01.2008 (§36 Abs.9a GewSt) von 5% auf einheitliche 3,5%

²³ Ernst&Young: Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 114.

²⁴ Barth, A.: Unternehmensteuerreform 2008, S.159.

²⁵ Ernst&Young; Diebel, H.: Steuerliche Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen, S.4.

²⁶ PriceWaterhouseCoopers: Steueränderungen 2007/2008, S. 536.

verringert wird.²⁷ Des Weiteren wird der Anrechnungsfaktor der Gewerbesteuer bei der Einkommensteuer gem. §35 EStG von vormals 1,8 auf nunmehr 3,8 erhöht.

2.5.4. Körperschaftsteuer

Der Körperschaftsteuersatz wird ab dem 01.01.2008 statt 25% nur noch 15% betragen (§23 Abs.1 KStG i.V.m. §34 Abs.11a KStG).²⁸

2.6. Bilanzrechtmodernisierungsgesetz

Der Referentenentwurf des Bilanzrechtmodernisierungsgesetzes (BilMoG) wurde am 8. November 2007 vom Bundesministerium der Justiz veröffentlicht. Mit diesem Gesetz soll zum einen das kostengünstige und einfache HGB-Bilanzrecht beibehalten und gleichzeitig das deutsche Bilanzrecht für den Wettbewerb mit internationalen Rechnungslegungsstandards gestärkt werden. Des Weiteren wird eine Verbesserung der Informationsfunktion des Jahresabschlusses angestrebt, die den Abschlusslesern realistischere Einblicke in die Vermögenssituation des Unternehmens vermittelt. Dabei bleibt die HGB-Bilanz sowohl Grundlage der steuerlichen Gewinnermittlung und als auch der Ausschüttungsbemessung.

Die Vorteile des neuen Bilanzrechts sollen in den geringen Kosten, in der einfachen Handhabbarkeit in der Praxis, in einem höheren Informationsniveau des handelsrechtlichen Jahresabschlusses und in einer Annäherung an IFRS liegen. Besonders die mittelständischen Unternehmen sollen von dieser Veränderung profitieren.

Im Rahmen des BilMoG strebt der Gesetzgeber eine Beschränkung der Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechte und eine Abschaffung der Rückwirkung des Steuerrechts auf die Handelsbilanz (sog. umgekehrte Maßgeblichkeit) an. Damit soll im deutschen Bilanzrecht weiterhin die Steuerbilanz maßgeblich sein.

Gegenwärtig wird von der Bundesregierung nicht beabsichtigt, im Hinblick auf hybride Finanzierungsinstrumente Bilanzierungsvorschriften im Wege des BilMoG in das HGB-Bilanzrecht zu integrieren.²⁹

²⁷ PriceWaterhouseCoopers: Steueränderungen 2007/2008, S. 534.

²⁸ PriceWaterhouseCoopers: Steueränderungen 2007/2008, S. 531.

²⁹ Information (per Email) von Dr. Holger Seidler, Bundesministerium der Justiz, August 2008.

3. Zivilrechtliche, bilanzrechtliche und steuerrechtliche Beurteilung der verschiedenen Mezzanine-Finanzierungsinstrumente

Im Folgenden wird ausführlich auf diejenigen hybriden Finanzierungsinstrumente eingegangen, die an den Finanzmärkten von größerer Bedeutung sind.

3.1. Genussrechte

3.1.1. Zivilrechtliche Beurteilung

Ein Genussrecht ist ein schuldrechtliches Kapitalüberlassungsverhältnis. Durch den Abschluss des Genussrechtsvertrages verpflichtet sich der Genussrechtsinhaber das Kapital dem Emittenten zur Verfügung zu stellen. Dem Genussrechtsinhaber werden die Vermögensrechte gewährt, die i. d. R. den Gesellschaftern des Emittenten zustehen, wie z.B. eine gewinnabhängige Vergütung, eine Beteiligung am Liquidationserlös oder Optionsrechte. In den deutschen Gesetzen wird der Begriff Genussrecht mehrfach verwendet, allerdings fehlt eine gesetzliche Definition. Da das Genussrecht auf der einen Seite rein schuldrechtlicher Natur ist, auf der anderen Seite allerdings mit Vermögenswerten ausgestattet ist, die üblicherweise den Gesellschaftern zustehen, hat das Genussrecht wirtschaftlich eine Stellung zwischen Eigenkapital und Fremdkapital.

3.1.2. Handelsrechtliche Beurteilung

Solange die Genussrechte mit den Merkmalen ausgestattet werden, die unabdingbar sind, damit nach HGB eine Qualifizierung als Eigenkapital erfolgen kann, werden die Genussrechte als eigenkapitalähnliches Mezzanine klassifiziert. Ansonsten erfolgt die Behandlung als Fremdkapital (siehe oben die Abschnitte 2.1 und 2.2).

3.1.3. IAS/IFRS-Beurteilung

Generell ist es schwierig, Genussrechte als Eigenkapital nach IAS zu qualifizieren. Eine Möglichkeit besteht jedoch darin, die Laufzeit nicht vertraglich zu beschränken und die Auszahlungen gänzlich ins Ermessen des Emittenten zu stellen.

3.1.4. Steuerliche Beurteilung

3.1.4.1. Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital nach dem Steuerrecht

Ausschüttungen auf Genussrechte dürfen das körperschaftliche Einkommen der Gesellschaft nicht mindern, wenn das Genussrecht sowohl mit einer Beteiligung am *Liquidationserlös*, als auch mit einer *Gewinnbeteiligung* ausgestattet ist. Beide Voraussetzungen müssen vorliegen, damit Ausschüttungen auf Genussrechte bei Kapitalgesellschaften als Gewinnausschüttungen angesehen werden, mit der Folge, dass diese das körperschaftliche Einkommen nicht mindern.

Umgekehrt bedeutet dies aber, dass bei Vorliegen nur einer der beiden Voraussetzungen der Betriebsausgabenabzug auf Ebene der auszahlenden Gesellschaft zu gewähren ist. Da i. d. R. Genussrechte mit einer Beteiligung am Gewinn ausgestattet sind, kommt der Beteiligung am Liquidationserlös für die Beurteilung ob eine Gewinnausschüttung vorliegt, eine entscheidende Bedeutung zu. Sofern das Genussrecht neben der Beteiligung am Gewinn auch eine Beteiligung am Liquidationserlös vorsieht, können auf der Ebene der Gesellschaft die Ausschüttungen nicht mehr als Betriebsausgaben abgezogen werden.

3.1.4.2. Steuerliche Behandlung von Eigenkapital und Fremdkapital

Steuerliche Behandlung der Genussrechte mit fremdkapitalähnlichem Charakter

Steuerliche Behandlung auf der Ebene der zahlenden Gesellschaft

Sofern die Auszahlungen auf die Genussrechte bei der Gesellschaft als *Betriebsausgaben* anzuerkennen sind, mindern sie im Grundsatz sowohl die körperschaftliche als auch die gewerbsteuerliche Bemessungsgrundlage. Aufgrund ihrer gewerbsteuerlichen Einordnung als Dauerschuldzinsen erfolgt die hälftige Hinzurechnung der Auszahlungen zu der gewerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage.

Der Empfänger ist eine natürliche Person

Der Empfänger der Genussrechtsausschüttungen hat diese, im Fall des Betriebsausgabenabzugs auf der Ebene der Gesellschaft als Zinsen im Sinne des §20 Abs.1 Nr.7 EStG in voller Höhe steuerpflichtig. Das Halbeinkünfteverfahren kommt nicht zur Anwendung. Daneben unterliegen diese Ausschüttungen nach §43 Abs.1 Nr.2 EStG einem Kapitalertragssteuerabzug i. H. v. 25% des Ausschüttungsbetrages. Den Abzug der Kapitalertragssteuer kann der Genussrechtsinhaber entweder durch die Erteilung eines Freistellungsauftrages oder durch die Vorlage einer Nichtveranlagungsbescheinigung verhindern. Der Sparerfreibetrag i. H. v. 1370 EUR und die Werbungskostenpauschale kommen zur Anwendung. Der Verlust kann bei einem privaten Halten nicht berücksichtigt werden.

Der Empfänger ist eine juristische Person

Ist der Genussrechtsinhaber eine unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaft, werden die Vergütungen nach §20 Abs.1 Nr.7 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen, bzw. nach §20 Abs.3 EStG i. V. m. §7 Abs.1 KStG als gewerbliche Einkünften qualifiziert und somit in voller Höhe der Steuer unterworfen. Die Aufwendungen können dafür im Gegenzug auch in voller Höhe nach §4 Abs.4 EStG angesetzt werden.

Wertminderungen und Teilwertabschreibungen können – wenn die Beteiligung im Betriebsvermögen gehalten wird und im Gegensatz zu einer Klassifikation als steuerliches Eigenkapital – ebenfalls angerechnet werden. Die Kapitalertragssteuer kann ebenfalls nach §43 EStG auf die Körperschaftssteuer angerechnet werden. Der Veräußerungsgewinn wird beim Verkauf des Genussrechtes der KStG und der Gewerbesteuer unterzogen.

Steuerliche Behandlung der Genussrechte mit eigenkapitalähnlichem Charakter

Steuerliche Behandlung auf der Ebene der zahlenden Gesellschaft

Ausschüttungen auf die Genussrechte, die dem Genussrechtsinhaber sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch eine Beteiligung am Liquidationserlös vermitteln, mindern nach §8 Abs.3 S.1 KStG weder die gewerbsteuerliche noch die körperschaftssteuerliche Bemessungsgrundlage auf der Ebene der Gesellschaft. Sie sind damit *Gewinnausschüttungen* gleichgestellt.

Der Empfänger ist eine natürliche Person

Der Empfänger der Genussrechtsausschüttungen hat diese i. d. R. seit dem 01.01.2002 unter Geltung des Halbeinkünfteverfahrens nach §20 Abs.1 Nr.1 i. V. m. §3 Nr.40d EStG zur Hälfte zu versteuern. Daneben unterliegen diese Ausschüttungen nach §43 Abs.1 Nr.1 EStG dem Kapitalertragsteuerabzug i. H. v. 25%. Auch hier kann der Genussrechtsinhaber den Abzug

der Kapitalertragssteuer entweder durch die Erteilung eines Freistellungsauftrags oder durch die Vorlage einer Nichtveranlagungsbescheinigung verhindern.

Der Empfänger ist eine juristische Person

Vergütungen und der Erlös *bei der Veräußerung* sind nach §8b Abs.1 KStG bzw. §8b Abs.2 KStG steuerfrei. Aufwendungen bzw. Wertminderungen können nach §6 Abs.1 Nr.1 S.2 EStG, nach §3c Abs.1 EStG i. V. m. §8 Abs.3 S.1 KStG grundsätzlich nicht anerkannt werden. Des Weiteren werden bei den Vergütungen nach §8b Abs.1 KStG 5% der Einnahmen von der Ausschüttung aus Genussrechten als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben gem. §8b Abs.5 KStG behandelt und unterliegen somit der Körperschaftsteuer.

Die Vergütungen unterliegen der Gewerbesteuer, außer wenn der Kapitalgeber zu mehr als 10% am Nennkapital beteiligt ist, im Sinne der Bestimmungen nach §9 Nr.2a, §8 Nr.5 bzw. §7 GewStG. Die einbehaltene Kapitalertragssteuer kann der Kapitalgeber gem. §43a Abs.1 Nr.1 EStG i. H. v. 20% - zzgl. Solidaritätszuschlags – im Rahmen seiner Einkommens- oder Körperschaftssteuerveranlagung mit der Einkommens- bzw. Körperschaftsteuer verrechnen.

Steuerliche Behandlung bei der Veräußerung von Genussrechten

Genussrechte ohne Beteiligung am Liquidationserlös unterliegen der Besteuerung als Zinseinkünfte. Fraglich ist, ob Wertänderungen im Fall der Einlösung bzw. Veräußerung des Genussrechts ebenfalls steuerpflichtig sind.

Besteuerung im Fall der Einlösung

Bei Genussrechten, die sowohl eine Gewinn- als auch eine Verlustbeteiligung vorsehen, ohne dabei den Anleger am Liquidationserlös zu beteiligen, ist es fraglich, ob neben den Zinseinnahmen auch die Wertänderungen des Genussscheines zum Zeitpunkt der Einlösung als Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des §20 Abs.1 Nr.7 EStG der Einkommensteuer unterliegen. Da diese Form des Genussscheines sowohl bzgl. der Höhe der Erträge als auch Rückzahlung unsicher sind, dürfen die Wertänderungen nicht unter die Regelung des §20 Abs.1 Nr.7 EStG fallen. Somit ist der Verlust aus der verminderten Rückzahlung des Kapitalbetrages weder als Werbungskosten noch als negative Einnahmen aus Kapitalvermögen steuerlich abzugsfähig. Demzufolge sind auch spätere, ganz oder teilweise erfolgte Nachzahlungen des Kapitals ebenfalls steuerlich unbeachtlich, d.h. nicht steuerpflichtig.

Besteuerung im Fall der Veräußerung

Da die laufenden Ausschüttungen eines Genussscheines Zinseinnahmen darstellen, käme eine Zwischengewinnbesteuerung, wie dies z.B. bei Zerobonds der Fall ist, bei einer Veräußerung in Betracht. Danach würde der Zinsertrag entweder durch die Marktmethode, d.h. dem Unterschied aus Veräußerungserlös und Anschaffungskosten oder dem Zins, der auf die Haltezeit entfällt, mit Hilfe der Emissionsrendite ermittelt.

Diese Zwischengewinnbesteuerung wird allerdings für *sämtliche Genussscheine ausgeschlossen*, deren Ausschüttungen beim Empfänger als Zinseinnahmen nach §20 Abs.1 Nr.7 EStG versteuert werden. Damit werden auch Kursgewinne, die sich aufgrund der Zinsansammlung während der Ausschüttungsperiode ergeben, bei der Veräußerung steuerfrei, solange kein privates Veräußerungsgeschäft nach §23 Abs.1 Nr.2 EStG ausgelöst wird.³⁰

³⁰ Hoereth, U./Zipfel, L.: Genussscheine, 2001, S. 6-13.

3.1.4.3 Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008

Für Genussscheine die ab dem 01.01.2009 gekauft werden gilt, dass sowohl die Ausschüttungen als auch die beim Verkauf erzielten Kursgewinne – unabhängig von der Haltedauer – gem. §20 Abs.1 Nr.1 S.1 EStG (n.F.) steuerpflichtig sind.

Werden die Genussscheine im Privatvermögen gehalten, unterliegen die nach dem 31.12.2008 zufließenden Gewinnanteile der Abgeltungssteuer i. H. v. 25% zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer gem. §32d Abs.1 S.1, §52a Abs.1 EStG (n.F.). Diese Steuer wird ohne weitere Erklärung durch den Steuerpflichtigen als Kapitalertragsteuer vom Ausschüttungsbetrag inkl. Solidaritätszuschlag einbehalten und durch den Schuldner der Kapitalerträge an das Finanzamt gem. §43 Abs.1 S.1 Nr.1 S.1 EStG (n.F.) abgeführt. Der Einbehalt der Steuer hat gem. §43 Abs.5 S.1 EStG (n.F.) abgeltende Wirkung.

Sollte der persönliche Einkommensteuersatz des Steuerpflichtigen unter 25% liegen, kann dieser beantragen, seine sämtlichen Gewinneinkünfte nach diesem ihm günstigeren Steuersatz gem. §32d Abs.6 S.1 i. V. m. §43 Abs.5 S.3 EStG zu versteuern. Unverändert kann für Kapitalerträge bis zur Höhe des Sparer-Pauschbetrags (§20 Abs.9 S.1 EStG (n.F.)) i. H. v. 801EUR bzw. 1602EUR bei Zusammenveranlagung durch den Steuerpflichtigen ein Freistellungsauftrag erteilt werden, in dessen Folge dann keine Kapitalertragsteuer bei der Ausschüttung einbehalten wird (§44a Abs.1 Nr.1, Abs.2 Nr.1 EStG (n.F.)). Bei Genussrechten finden die neuen Regelungen der Zinsschranke Anwendung (siehe dazu 2.2).

Die Möglichkeit, steuerfreie Kursgewinne durch den Verkauf von Genussscheinen zu erzielen, entfällt mit der Einführung der Abgeltungssteuer. Dennoch profitieren Genussscheinhaber auch von der Abgeltungssteuer. Denn die Inhaber müssen maximal den Abgeltungssteuersatz für die Ausschüttungen zahlen, aber auf keinen Fall mehr.

Werden im Privatvermögen gehaltene Anteile an Kapitalgesellschaften veräußert und war der Verkäufer am Kapital der Gesellschaft zu mehr als 1% innerhalb der letzten fünf Jahre beteiligt, sind die Gewinne aus dem Verkauf hingegen weiterhin gem. §17 Abs.1 S.1, §20 Abs.8 EStG (n.F.) gewerbliche Einkünfte. Sie unterliegen somit nicht dem einheitlichen Steuersatz von 25%, vielmehr kommt der persönliche Einkommensteuersatz zur Anwendung.

Angewendet werden die neuen Regelungen der Verkaufsgewinnbesteuerung bei Anteilsverkäufen, soweit Kapitaleinkünfte vorliegen, nur auf diejenigen Fälle, bei denen die verkauften Anteile nach dem 31.12.2008 erworben werden (§52a Abs.10 S.1 EStG). Für alle vor diesem Zeitpunkt erworbenen Anteile verbleibt es bei den bisherigen Regelungen.

3.2. Hybridanleihen

3.2.1. Zivilrechtliche Beurteilung

Hybridanleihen weisen sowohl Merkmale von Eigen- als auch von Fremdkapital auf. Sie sind nachrangige Schuldverschreibungen und verfügen über eine unendliche oder zumindest sehr lange Laufzeit (z.B. 100 Jahre).³¹ Für Hybridanleihen gelten marktübliche Festzinsbindungen von sieben bis zehn Jahren. Anschließend erfolgt eine variable Verzinsung, bei der der Emittent eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit besitzt. Die Investoren haben dagegen keine Kündigungs-

³¹ Vater, H., FB 2006, S. 45.

rechte. Nach dem Ende der Zinsbindungen ist eine Margenanhebung („Step-Up“) vertraglich vorgesehen.³²

3.2.2. Handelsrechtliche Beurteilung

Nach dem Handelsrecht werden Hybridanleihen auch im Fall der „ewigen Laufzeit“ als Fremdkapital qualifiziert, da die Voraussetzungen für das Vorliegen von Verbindlichkeiten nach dem Handelsrecht erfüllt sind:

- rechtlich begründete Außenverpflichtung,
- wirtschaftliche Belastung,
- Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme.

Es ist keine Erfassung als Eigenkapital gem. IDW HFA 1/1994 möglich, da eine Gewinnsabhängigkeit der Verzinsung sowie eine Verlustbeteiligung fehlen. Außerdem ist aus wirtschaftlicher Sicht eine ewige Anleihe mit Emittentenkündigungsrecht und Step-up-Regelung als Verbindlichkeit mit befristeter Laufzeit anzusehen.³³

3.2.3 IAS/IFRS Beurteilung

Bei der entsprechenden Ausgestaltung einer Hybridanleihe erfolgt die Passivierung als Eigenkapital nach IAS/IFRS. Die folgenden Kriterien zeigen, wie eine IAS-kompatible Ausgestaltung von Hybridanleihen auszusehen hat:³⁴

- **Laufzeit und Tilgung**
 - Unbestimmte Laufzeit ohne Fälligkeitstag
 - Rückzahlung der Anleihe nur im Falle der Liquidation oder Insolvenz
 - Schuldnerkündigungsrecht (*optional redemption*): i. d. R. nach 10 Jahren, dann an jedem (halbjährlichen) Zinszahlungstermin
 - Recht auf vorzeitige Kündigung (*early redemption*) bei Steuer- oder Rechnungslegungsereignis
 - Recht zu jederzeitigem Rückkauf aus dem Markt
 - Rückzahlung zum Nennbetrag ohne Teilhabe am Liquidationserlös
- **Verzinsung**
 - Festverzinsung für die ersten 10 Jahre (*fixed interest period*)
 - Variable Verzinsung für die Folgejahre (*floating interest period*)
 - Regelmäßige Zinsverpflichtungen, unabhängig vom Gewinn oder Verlust des Emittenten
- **Aussetzen von Zinszahlungen**
 - Emittent kann nach seinem Ermessen die Begleichung der Zinsen aussetzen (*interest deferral option*)
 - Keine *interest deferral option* besteht, wenn die Gesellschaft
 - eine Dividende beschließt, oder

³² Vgl. Nölling, P./Jendruschewitz, B., FB 2006, S. 435.

³³ Vgl. Feyerabend, H.-J.: Hybridanleihen, 2007.

³⁴ Vgl. Feyerabend, H.-J.: Hybridanleihen, 2007.

- auf gleich- oder nachrangige Anleihen Zinsen zahlt, oder
- gleich- oder nachrangige Anleihen zurückkauft
- Wurde von der *interest deferral option* Gebrauch gemacht, sind die Zinsen grundsätzlich nachzahlbar (*cumulative*)
- Die Zinsen sind effektiv spätestens dann zu zahlen, wenn
 - kein Recht zum *interest deferral* besteht, oder
 - die Anleihe wegen der Kündigung zur Rückzahlung fällig wird, oder
 - die Emittentin in Liquidation oder Insolvenz geht
- Keine Verzinsung von „ausgefallenen“ Zinsen

3.2.4. Steuerrechtliche Beurteilung

Steuerlich gelten Hybridanleihen als Finanzinnovationen gem. §20 Abs.2 Nr.4 EStG. Perpetu- als³⁵, „innovative Genussrechte“ oder jedes andere Finanzinstrument, das nicht nach deutschem Gesellschaftsrecht und Steuerrecht als formelles Eigenkapital einzuordnen ist, ist gem. §8 Abs.3 S.2 KStG hinsichtlich der Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös zu überprüfen. Dieser Vorgang wird auch als „Genussrechts-Test“ bezeichnet.

Da keine gewinnbasierte Vergütung bei den Hybridanleihen gewährt wird und die Anleihe im Liquidationsfall zum Nominalbetrag zurückzuzahlen ist, sind die Voraussetzungen der Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös nicht erfüllt. Somit stellen Hybridanleihen kein Eigenkapital dar. Die Vergütungen beim Emittenten sind abzugsfähige Betriebsausgaben nach §4 Abs.4 EStG, bei Kapitalgesellschaften i. V. m. §8 Abs.1 S.1 KStG, die das steuerliche Ergebnis entsprechend mindern.

Beim Investor stellen die Vergütungen für Hybridanleihen nach §20 Abs.2 Nr.4 EStG Kapitaleinkünfte dar. Bei Kapitalgesellschaften werden diese Kapitaleinkünfte gem. §20 Abs.3 EStG i. V. m. §7 Abs.1 KStG als gewerbliche Einkünfte qualifiziert und somit in voller Höhe der Steuer unterworfen.

3.2.5 Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008

Laufende Zinserträge

Mit der Einführung der Abgeltungssteuer zum 01.01.2009 werden die Banken 25% der Zinsen zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer einbehalten und an das Finanzamt abführen. Anleger, deren persönlicher Steuersatz unter 25% liegt, können die Zinsen im Rahmen einer Einkommensteuerveranlagung erklären, um die Erträge aus der Hybridanleihe ebenfalls nur mit dem niedrigeren Steuersatz zu belegen. Außerdem ist ein einheitlicher Sparer-Pauschbetrag von 801 EUR für Ledige und 1.602 EUR für Verheiratete vorgesehen.

Zwischenveräußerung

Anleger, die ihre Schuldverschreibungen vor dem Rückzahlungstermin verkaufen, haben die bis zum Verkaufstermin aufgelaufenen Zinsen (Stückzinsen) gem. §20 Abs.2 S.1 Nr.3 EStG, und die Einnahmen aus dem Verkauf gem. § 20 Abs.2 S.1 Nr.4 EStG zu versteuern. Der Grund dafür liegt darin, dass Hybridanleihen als Finanzinnovationen klassifiziert werden. Die Zinsen hängen

³⁵ Bezeichnung für Schuldverschreibungen ohne Laufzeitbegrenzung.

vom wirtschaftlichen Erfolg des emittierenden Unternehmens („ungewisses Ereignis“) ab und die Anleihebedingungen sehen vor, dass Zinsen in unterschiedlicher Höhe gezahlt werden. Mit diesen Bedingungen erfüllen sie den Tatbestand des §20 Abs.2 S.1 Nr.4c, d EStG. Sind die Hybridanleihen allerdings mit einem einheitlichen Zinskupon über die gesamte Laufzeit ausgestattet, ist die Hybridanleihe als Festzinsanleihe zu klassifizieren.

Verluste aus Finanzinnovationen können künftig nicht mehr beliebig mit anderen Einkünften verrechnet werden. Ab dem 01.01.2009 gilt, dass solche Verluste nur noch mit entsprechenden positiven Kapitaleinkünften verrechenbar sind, nicht aber bspw. mit positiven Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit oder aus Vermietung und Verpachtung.

3.3. Wandelschuldverschreibungen

3.3.1. Zivilrechtliche Beurteilung

Gem. §221 Abs.1 S.1 AktG sind Wandelschuldverschreibungen Schuldverschreibungen, die den Gläubigern ein Umtausch oder Bezugsrecht auf Aktien einräumen. Dabei wird zwischen Wandel- und Optionsanleihen unterschieden.

„**Wandelanleihen** sind Schuldverschreibungen i. S. v. §§793ff. BGB, die einen – in aller Regel verzinslichen – Zahlungsanspruch verbrieften und dem Gläubiger das Recht gewähren, seinen Anspruch auf Rückzahlung des Anleihebetrages gegen eine bestimmte Zahl von Aktien der emittierenden Aktiengesellschaft (bzw. einer Drittgesellschaft) einzutauschen“³⁶. Somit erfolgt der Aktienbezug im Austausch gegen die Schuldverschreibung und unter Aufgabe der in ihr verbrieften Rechte.

„**Optionsanleihen** sind ebenfalls Schuldverschreibungen i. S. v. §§793ff. BGB, die von der Aktiengesellschaft zur Kapitalbeschaffung ausgegeben werden und gegenüber der Aktiengesellschaft den Anspruch auf Verzinsung, sowie auf Rückzahlung des Nennbetrages nach Ablauf der Laufzeit verbrieften“³⁷.

Der Unterschied zu Wandelanleihen besteht darin, dass der Zeichner einer Optionsanleihe zusätzlich zu seinem Rückzahlungsanspruch – und nicht anstelle des Rückzahlungsanspruches – das Recht bekommt, innerhalb einer bestimmten Zeit zu einem zuvor festgelegten Preis eine bestimmte Zahl von Aktien der emittierenden Gesellschaft zu kaufen.³⁸

3.3.2. Handelsrechtliche Beurteilung

Das Wandlungsrecht ist während der Laufzeit der Wandelanleihe an die Rückzahlung gekoppelt und kann bis zur Fälligkeit nicht selbständig ausgeübt werden. Bei einer Optionsanleihe wird dagegen, unabhängig von der Bedingung der Rückzahlungsansprüche, ein selbständiges Recht eingeräumt, unter bestimmten Bedingungen Anteile am Eigenkapital des Unternehmens zu beziehen.³⁹

Grundsätzlich werden bei Wandel- und Optionsanleihen wirtschaftlich zwei Rechte vermittelt, die aus Bilanzierungs- und Bewertungssicht getrennt zu behandeln sind:

- Recht auf Rückzahlung des Nominalbetrages der Anleihe,

³⁶ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S. 198.

³⁷ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S. 199.

³⁸ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S. 199.

³⁹ Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 126.

- Recht zum Aktienbezug des Emittenten

Vor der Wandlung soll der Emittent die Anleihe mit dem Rückzahlungsbetrag in dem Posten „Anleihen, davon konvertibel“ gem. §266 Abs.3 HGB anzusetzen. Für bilanzielle Zwecke sind der Anleiheteil und das Wandlungsrecht gesondert zu bewerten. Zunächst wird der Wert des Anleiheteils durch Vergleich mit einer ähnlich niedrig verzinslichen Schuldverschreibung, bei ansonsten gleichen Merkmalen, bestimmt. Anschließend wird dieser Wert mittels der Differenzmethode vom Gesamtbetrag, der für die Zeichnung entrichtet worden war, abgezogen. Dadurch wird der Wert des Wandlungs- bzw. Optionsrechts ermittelt.

Das Agio, welches der Anleihegläubiger für das Wandlungsrecht bezahlt hat, ist gem. §272 Abs.2 HGB in die Kapitalrücklage einzustellen. Auf der Seite des Emittenten liegt ein Disagio gegenüber dem auf der Passivseite zu bilanzierenden Nominalbetrag der Anleihe vor. Für dieses Disagio besteht handelsrechtlich ein Aktivierungswahlrecht gem. §250 Abs.3 HGB. Alternativ kann ein sofort wirksamer Aufwand bei Ausgabe der Anleihe gebucht werden. In den Folgeperioden sind die laufenden Zinszahlungen als Zinsaufwand zu buchen. Wurde ein Disagio aktiviert, dann ist dies planmäßig über die Laufzeit zu verteilen.

3.3.3. IAS/IFRS-Beurteilung

Wandelschuldverschreibungen stellen nach IAS 32 Finanzinstrumente dar. Soll ein Finanzinstrument nach IAS/IFRS als Eigenkapital klassifiziert werden, erfolgt der bilanzielle Ansatz zum Zeitpunkt der Begebung der Anleihe zum *fair value* (IAS 39.43). In diesem Fall erfolgt keine Folgebewertung in nachfolgenden Perioden.

Wird ein Finanzinstrument als Fremdkapital klassifiziert, erfolgt der Ansatz nicht konstant mit dem Rückzahlungsbetrag, sondern jeweils zum *fair value*. Dies macht die Aktivierung eines Disagios als Gegenposten entbehrlich. In den Folgeperioden wird die Verbindlichkeit jeweils nach der Effektivzinsmethode nach IAS 39 neu bewertet.

Wandelschuldverschreibungen sind nach IAS 32.28 „*compound instruments*“, da beide Komponenten der Wandelschuldverschreibungen aus zwei verschiedenen Rechten bestehen. Beide Komponenten der Wandelanleihe sind nach IFRS separat zu bewerten.

Sowohl bei freistehenden Derivaten (z.B. eigenständigen Optionsrechten), als auch bei nicht selbständigen Finanzinstrumenten, sogenannten „*embedded derivatives*“ (z.B. Wandlungsrechte von Wandelanleihen) ist eine Prüfung erforderlich, ob Rechte die Einordnung als Eigenkapitalderivat erfüllen oder ob sie als Fremdkapital (IAS 39) zu klassifizieren sind.

Sofern die folgenden Kriterien erfüllt sind, sind Options- bzw. Wandlungsrecht als Eigenkapitalderivat zu klassifizieren (siehe IAS):

- Nach Ausübung des Wandlungsrechts wird eine fest vereinbarte Anzahl von Aktien (festes Wandlungsverhältnis) gegen den auf Geld gerichteten festen Rückzahlungsanspruch (Nominalbetrag der Anleihe) gewandelt („*net share settlement*“⁴⁰).
- Die Aktien werden physisch geliefert und es besteht kein nur auf Wertausgleich gerichteter Anspruch.
- Es bestehen auch keine Wahlrechte (z.B. bzgl. *net share-* oder *net cash settlements*) des Emittenten oder des Inhabers bzgl. der Erfüllungsart, die die Voraussetzungen einer Eigenkapitalklassifizierung nicht erfüllen (IAS 32.26).

⁴⁰ Net cash settlement: Emittent (oder Inhaber) hat das Wahlrecht dem Inhaber des Wandlungsrechts bei Ausübung anstelle von Aktien den Kurswert dieser in flüssigen Mitteln zu liefern.

Sofern die oben beschriebenen Kriterien nicht erfüllt werden, ist das Derivat als Fremdkapital-Komponente zu erfassen. Es ist zu beachten, dass eine Anleihe in einer fremden Währung wegen des bestehenden Wechselkursrisikos nicht das Kriterium des „festen Geldbetrags“ erfüllt (siehe IFRIC Update vom 03.06.2005). Unabhängig davon, ob die Inhaber das Wandlungsrecht ausüben, bleibt der in das Eigenkapital gebuchte Betrag unverändert im Eigenkapital stehen.

Die Bewertung des Derivats als finanzielle Verbindlichkeit, die in der Kategorie „Held for Trading“ einzustufen ist, erfolgt im Zeitpunkt der Emission, sowie in der Folgezeit mit dem *fair value*. Ein Ansatz zu fortgeführten Anschaffungskosten des Derivats ist nur möglich, wenn kein aktiver Markt für das Wandlungsrecht besteht, was bei nicht börsennotierten Gesellschaften im Regelfall anzunehmen ist.⁴¹

3.3.4. Steuerrechtliche Beurteilung

Die Wandelanleihe stellt beim Emittenten zum Wandlungszeitpunkt eine Verbindlichkeit und beim Gläubiger eine Forderung dar. Das bedeutet, dass die auf die Wandelanleihe bis zum Wandlungszeitpunkt zu zahlenden Vergütungen beim Emittenten steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben gem. §4 Abs.4 EStG, §8 Abs.1 S.1 KStG darstellen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Wandelanleihe später in Anteile der Gesellschaft (Eigenkapital) gewandelt wird.

Gewerbsteuerlich ist die Wandelanleihe bei einer Laufzeit von größer als einem Jahr grundsätzlich als Dauerschuld i. S. v. §8 Nr.1 GewStG anzusehen. Somit sind die für die Wandelanleihe bis zum Wandlungszeitpunkt zu zahlenden Vergütungen für Gewerbesteuerzwecke nur zur Hälfte abzugsfähig.

Besteuerung beim Gläubiger der Wandelanleihe

Die bis zum Wandlungszeitpunkt auf die Wandelanleihe gezahlten Vergütungen führen beim Anleihegläubiger grundsätzlich zu Einkünften aus Kapitalvermögen in Form von Zinserträgen i. S. v. §20 Abs.1 Nr.7 EStG; bei Körperschaften i. V. m §8 Abs.1 S.1 KStG. Die Vergütungen zählen bei Körperschaften aufgrund des Subsidiaritätsprinzips zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb. Die vom Emittenten der Wandelanleihe einbehaltene und abgeführte Kapitalertragssteuer kann der Gläubiger der Wandelanleihe im Rahmen seiner Einkommen- oder Körperschaftsteuerveranlagung zur Anrechnung bringen bzw. sich erstatten lassen.

Bei einer Zuordnung der Vergütungen zu den gewerblichen Einkünften unterliegen diese grundsätzlich auch der Gewerbesteuer. Eine laufende Verlustbeteiligung des Anteilsgläubigers bis zum Wandlungszeitpunkt scheidet bei einer Wandelanleihe aus. Ein Wertverlust ist bei privaten Steuerpflichtigen nicht zu berücksichtigen, weil Wertminderungen an dem Vermögensstamm im Privatvermögen unberücksichtigt bleiben.

Erfolgt die Darlehensgewährung aus einem Betriebsvermögen, kann der Verlust bei einer voraussichtlich dauernden Wertminderung im Wege der Teilwertabschreibung steuerlich geltend gemacht werden. Eine voraussichtlich dauernde Wertminderung erfordert ein voraussichtlich nachhaltiges Absinken des Wertes der Wandelanleihe unter den maßgeblichen Buchwert. Die Refinanzierungskosten sind im Betriebsvermögen abzuziehen, im Privatvermögen werden sie als Werbungskosten abgezogen.

Bei Veräußerung der Wandelanleihe vor Ausübung des Wandlungsrechts, ist für steuerliche Zwecke eine Trennung notwendig in:

⁴¹ Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 130.

- Veräußerung der Wandelanleihe selbst
- Veräußerung der bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Zinsforderung (Stückzinsen).

Die Veräußerung der Zinsforderung führt zu Einkünften aus Kapitalvermögen gem. §20 Abs.2 Nr.3 EStG unabhängig davon, ob die Anteile im Privat- oder im Betriebsvermögen gehalten werden. Ein Gewinn aus der Veräußerung der Wandelanleihe selbst unterliegt der regulären Einkommens- bzw. Körperschaftsbesteuerung, wenn Anteile im Betriebsvermögen sind. Wird die Anleihe aus dem Privatvermögen veräußert, ist ein Veräußerungsgewinn nur dann steuerpflichtig, wenn es sich um ein privates Veräußerungsgeschäft i. S. v. §23 Abs.1 Nr.2 EStG handelt.

3.3.5 Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008

Mit der Einführung der Abgeltungssteuer werden laufende Erträge und Veräußerungsgewinne beim Privatanleger einheitlich mit 25% besteuert⁴² und damit die bisher unterschiedlichen Kapitalertragsteuersätze gem. §43a EStG (a.F.) vereinheitlicht. Es existiert demnach keine Differenzierung der Kapitalertragsteuersätze – 20% bei Dividenden, 25% bei Wandelanleihen und 30% bei Zinsen gem. §43a Abs.1 S.1 Nr.1 EStG – mehr.⁴³

Für den Fall, dass Kursverluste entstanden sind, können diese mit Gewinnen aus „positiven Kapitaleinkünften“ verrechnet werden. Es ist zu beachten, dass Kursgewinne von Wandelanleihen, die vor dem 01.01.2009 erworben wurden, noch steuerfrei sind.

Grundsätzlich sind die laufenden Erträge beim Schuldner als Betriebsausgaben abzugsfähig. Regeln über Finanzinnovationen gelten für Wandelanleihen nicht. Sowohl bei Wandel- als auch Optionsanleihen finden die neuen Regelungen der Zinsschranke Anwendung (siehe dazu 2.5).

Die Ausübung des Wandlungsrechts führt zu einem Wechsel von Fremd- zu Eigenkapital, jedoch zu keiner Gewinnrealisierung. Es liegt durch die Ausübung des Wandels kein Tauschvorgang vor und deshalb kein steuerauslösender Vorgang. Die spätere Veräußerung der aufgrund der Wandlung erhaltenen Anteile durch eine Kapitalgesellschaft ist grundsätzlich nach §8b Abs.2 KStG steuerfrei.

⁴² Ernst&Young: Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 219.

⁴³ Ernst&Young: Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 221.

Die folgende Übersicht zeigt die *steuerliche Behandlung* von Wandelanleihen.⁴⁴

Tabelle 3: Übersicht über die steuerliche Behandlung von Wandelanleihen

Emittent	Anleihegläubiger
Vor Wandlung	
Zinsen sind Betriebsausgaben (ggf. Einschränkungen aus §8 Nr.1 GewStG und §8a KStG)	Zinsen: steuerpflichtig Veräußerungsgewinne: steuerpflichtig Refinanzierungsaufwand: abzugsfähig <u>Privatvermögen:</u> i. d. R. §§17, 20 Abs.2 Nr.4, §23 EStG Halbeinkünfteverfahren nur bei §17 EStG <u>Betriebsvermögen:</u> Verlustfall: voll steuerwirksame Abschreibung
Bei Wandlung	
steuerneutral	steuerneutral
Nach Wandlung	
Zahlungen sind Gewinnausschüttungen Abgeltungssteuer 25%	Besteuerung von Ausschüttungen und Veräußerungsgewinnen nach allgemeinen Regeln für Kapitalgesellschaftsanteile Einschränkung der Abziehbarkeit von Refinanzierungsaufwand

⁴⁴ Bösl, K./ Sommer, M.: Mezzanine-Finanzierung, 2006, S. 223.

Die folgende Tabelle gibt eine Übersicht über die *Bilanzierung* von Wandelanleihen.⁴⁵

Tabelle 4: Übersicht über die Bilanzierung von Wandelanleihen

Emittent	Anleihegläubiger
Vor Wandlung	
<p style="text-align: center;">Handelsbilanz Nominalbetrag = Verbindlichkeit Wert des Wandlungsrechtes in Kapitalrücklage und als aktiver RAP oder Sofortaufwand mit Anhangsangabe</p> <p style="text-align: center;">Steuerbilanz Nominalbetrag = Verbindlichkeit Wert Wandlungsrecht als Passivposten „Anzahlung“ (nicht Kapitalrücklage) und als aktiver RAP</p> <p style="text-align: center;">IAS / IFRS getrennte Passivierung Anleihe (Fremdkapital) Optionsrecht (Eigenkapital)</p>	<p style="text-align: center;">Handels- und Steuerbilanz Aktivierung Anschaffungskosten als Wertpapier; ggf. steuerwirksame Abschreibungen und Wertaufholungen</p> <p style="text-align: center;">IAS/IFRS Getrennte Aktivierung: Anleihe und Optionsrecht Erstbewertung zum <i>fair value</i> Anschaffungskosten + direkt zurechenbare Transaktionskosten, Folgebewertung zu fortgeführten Anschaffungskosten</p>
Bei Wandlung	
<p style="text-align: center;">Handels- und Steuerrecht, IAS/IFRS Umbuchung Fremdkapital in Eigenkapital</p>	<p style="text-align: center;">Handels- und Steuerbilanz Kein Anschaffungsvorgang Aktien zum Buchwert der Anleihe + Zuzahlungen anzusetzen</p> <p style="text-align: center;">IAS/IFRS Anschaffungsvorgang Anschaffungskosten = <i>fair value</i> des Wandlungsrechtes, ausnahmsweise <i>fair value</i> der Aktien</p>
Nach Wandlung	
<p style="text-align: center;">Ausgegebene Anteile sind Eigenkapital, keine Besonderheiten</p>	<p style="text-align: center;">Handels- und Steuerbilanz Ausweis Aktien als Anteile an verbundenen Unternehmen oder Beteiligungen Ggf. Abschreibungen und Wertaufholungen (nur eingeschränkt steuerwirksam)</p> <p style="text-align: center;">IAS/IFRS Weitere Bewertungen mit Fortgeführten Anschaffungskosten, wie bei Wandlung determiniert</p>

⁴⁵ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S. 230-231.

3.4. Nachrangdarlehen

3.4.1. Zivilrechtliche Beurteilung

Die am meisten verbreitete Form der Mezzanine-Finanzierung ist die Gewährung eines Darlehens durch Banken oder institutionelle Investoren in der Form eines Nachrangdarlehens, d.h. eines Darlehens, dessen Bedienung (Zins und Tilgung) auf der Grundlage einer Rangrücktrittserklärung hinter die Forderungen bestimmter Dritter zurücktritt.⁴⁶

3.4.2. Handelsrechtliche Beurteilung⁴⁷

Nachrangdarlehen werden üblicherweise mit einer langfristigen Laufzeit vereinbart und in Form einer laufenden Zinszahlung vergütet. Eine Verlustbeteiligung ist in aller Regel ausgeschlossen. Allein der vertraglich vereinbarte Rangrücktritt rechtfertigt keinen Ausweis als handelsrechtliches Eigenkapital. Mit der Vergabe eines Nachrangdarlehens verzichtet der Darlehensgeber – anders als beim Forderungsverzicht – nicht auf seine Forderung. Auch ein qualifizierter Rangrücktritt vermag an der handelsrechtlichen Beurteilung nichts zu ändern.

Der Bundesfinanzhof definiert die Begriffe *einfacher* Rangrücktritt und *qualifizierter* Rangrücktritt folgendermaßen:

- *Einfacher Rangrücktritt* bedeutet, dass die Rückzahlung der Verbindlichkeit an den Gläubiger nur dann erfolgt, wenn der Schuldner aus zukünftigen Gewinnen, aus einem Liquidationserlös oder aus anderem freiem Vermögen künftig in der Lage ist, die Vergütungen an den Darlehensgeber zu leisten. Bei dieser Vereinbarung handelt es sich um einen Rangrücktritt, der mit einer Besserungsabrede verbunden wird. Der Darlehensgeber tritt im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurück, hat dann aber dennoch die Rechte eines normalen Gläubigers.
- Bei dem *qualifizierten Rangrücktritt* erklärt der Gläubiger, dass seine Forderung erst nach Befriedigung sämtlicher anderer Gläubiger der Gesellschaft beglichen wird, als handle es sich bei seiner Forderung um statutarisches Kapital.⁴⁸ Das Ziel der Vereinbarung eines qualifizierten Rangrücktritts ist, die Verbindlichkeit in der insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz der Gesellschaft nicht auszuweisen. Die Passivierung der Darlehensverbindlichkeit wird vermieden, da der Darlehensgeber wie ein Gesellschafter behandelt wird.

Mit der festen Verzinsung, dem nominalen Vermögensanspruch und der befristeten Kapitalüberlassung sind alle Merkmale des idealtypischen Fremdkapitals erfüllt. Die Bewertung erfolgt nach §253 Abs.1 S.2 HGB zum Rückzahlungsbetrag. Der Bedeutung des Rangrücktritts kann durch einen gesonderten Ausweis der Verbindlichkeit oder eine entsprechende Anhangsangabe Rechnung getragen werden.⁴⁹

3.4.3. IFRS-Beurteilung

Da die typischen Fremdkapitalkriterien (nominaler Rückzahlungsbetrag, befristete Überlastung, etc.) vorliegen, werden Darlehen im IFRS-Abschluss des Darlehensnehmers regelmäßig als Fremdkapital qualifiziert. Die Bewertung erfolgt zu fortgeführten Anschaffungskosten. Diese entsprechen dem beizulegenden Zeitwert des überlassenen Kapitals zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung, abzüglich der bis zum Bilanzstichtag bereits geleisteten Tilgungen.⁵⁰

⁴⁶ Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 76.

⁴⁷ Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O.: Mezzanine-Kapital, 2006, S. 82-84.

⁴⁸ Urteil des BGH vom 08.01.2001, BGHZ 146, 264-280.

⁴⁹ BMF-Schreiben vom 08.09.2006 - IV B 2 - S 2133 - 10/06.

⁵⁰ IASB: IAS 39.43, IAS 39.47 ff.

3.4.4. Steuerliche Beurteilung

Darlehensgeber

Alle Vergütungen, die auf die Darlehenssumme gewährt werden, sind bei den Investoren grundsätzlich als Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen gem. §20 Abs.1 Nr.7 EStG anzusehen und über §20 Abs.3 EStG den gewerblichen Einkünften zuzuordnen.⁵¹

Für den Fall, dass die Vergütungen des Nachrangdarlehens den gewerblichen Einkünften aufgrund deren Vorrangigkeit zuzuordnen sind, unterliegen die Vergütungen beim Darlehensgeber der regulären Einkommens- bzw. Körperschaftbesteuerung und grundsätzlich auch der Gewerbesteuer. Eine Ausnahme ist die so genannte Unternehmensbeteiligungsgesellschaft (UBG).

Beim Darlehensgeber anfallende Aufwendungen für die Refinanzierung des Nachrangdarlehens sind bei Zugehörigkeit des Darlehens zum Betriebsvermögen als Betriebsausgaben abzugsfähig.

a) Betriebsvermögen

Erfolgt die Darlehensgewährung aus dem Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft, einer Personengesellschaft oder eines Einzelunternehmens, kann der Verlust bei einer voraussichtlich dauernden Wertminderung im Wege einer Teilwertabschreibung steuerlich geltend gemacht werden.

Für den Fall, dass es sich bei dem Darlehensgeber um einen „fremden Dritten“ handelt, der ansonsten nicht gesellschaftsrechtlich mit dem Unternehmen verbunden ist, muss dieser steuerrechtlich nachweisen, dass der Wert seiner Forderung dauerhaft gemindert ist. Dies richtet sich nach den allgemeinen Bewertungsregeln des §6 Abs.1 Nr.1 EStG.⁵² Demnach wird von einer dauerhaften Wertminderung gesprochen, wenn der niedrigere Teilwert für mindestens die Hälfte der Restlaufzeit der Finanzierung den vorliegenden Buchwert des Darlehens unterschreitet.⁵³ Ist dies gegeben, kann eine entsprechende Teilwertabschreibung steuerlich voll zum Abzug gebracht werden. Zu einer Wertaufholung bis maximal zum Nennbetrag der Forderung kommt es dann, wenn zu einem späteren Zeitpunkt werterhöhende Tatsachen vorliegen.⁵⁴

Handelt es sich bei dem Darlehensgeber gleichzeitig um einen *Gesellschafter*, dann ist eine Unterscheidung folgender zwei Fälle notwendig:

- Ist dem Darlehensgeber zum Zeitpunkt der Darlehensvergabe bewusst, dass sich die Gesellschaft in einer Krise befindet und aufgrund dieser absehbar ist, dass eine Rückzahlung des Darlehens gefährdet oder sogar unwahrscheinlich ist, dann ist eine aufwandswirksame Abschreibung aus steuerlicher Sicht nicht möglich.
- Befindet sich die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensvergabe für den Darlehensgeber nicht in erkennbaren Schwierigkeiten, dann ist eine Teilwertabschreibung bei nachfolgend negativem Geschäftsverlauf grundsätzlich steuerwirksam möglich.

b) Privatvermögen

Hält der Investor das Darlehen im Privatvermögen, liegen grundsätzlich Einkünfte aus Kapitalvermögen vor. Die anfallenden Aufwendungen für das Darlehen sind als Werbungskosten abziehbar, wenn langfristig ein Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erwarten ist.

⁵¹ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S.258.

⁵² Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S.259.

⁵³ Schmidt/Glanegger § 6 EStG Rn. 218.

⁵⁴ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S.259.

Die für das Nachrangdarlehen zu zahlenden Vergütungen sind bei der finanzierten Gesellschaft grundsätzlich als Betriebsausgaben gem. §4 Abs.4 EStG abziehbar; bei Kapitalgesellschaften i. V. m §8 Abs.1 S.1 KStG.

Das Darlehen ist trotz der Nachrangigkeit regelmäßig weiterhin handels- und steuerbilanziell auszuweisen, da der Schuldnercharakter der Verbindlichkeit trotz der Nachrangvereinbarung erhalten bleibt.

Im Privatvermögen scheidet die Berücksichtigung des Wertverlustes des Darlehens als Werbungskosten oder im Rahmen einer Abschreibung aus, da Wertminderungen am Vermögensstamm im Privatvermögen unberücksichtigt bleiben.

a) *Gewerbsteuer*

Für gewerbsteuerliche Zwecke ist ein Nachrangdarlehen bei entsprechend langer Laufzeit (größer als ein Jahr) regelmäßig als Dauerschuld i. S. v. §8 Nr.1 GewStG anzusehen. Die vom Darlehensnehmer gezahlten und als Betriebsausgaben abgezogenen Vergütungen sind in diesem Fall gem. §8 Nr.1 GewStG bei der Ermittlung des Gewerbeertrags zur Hälfte wieder anzurechnen.⁵⁵ Im Ergebnis sind die auf Nachrangdarlehen zu zahlenden Vergütungen somit nur zur Hälfte bei der Gewerbesteuer abzugsfähig.

b) *Kapitalertragsteuer*

Für alle anderen Mezzanine-Kapitalformen bestehen entsprechende Vorschriften zum Einbehalt der Kapitalertragsteuer. Diese sind jedoch nicht insgesamt auf Vergütungen des Nachrangdarlehens anwendbar, da es sich um reine Kapitalforderung gem. §20 I Nr.7 EStG handelt. Bei Nachrangdarlehen gelten die folgenden Regelungen bzgl. der Kapitalertragsteuer:

- *Registrierte oder verbrieft Kapitalforderungen; Schuldner der Kapitalerträge ist inländisches Kreditinstitut oder inländisches Finanzdienstleistungsinstitut i. S. d. KWG:* auf Vergütungen der Nachrangdarlehen ist gemäß §43 Abs.1 S.1 Nr.7 EStG i. V. m. §43a Abs.1 Nr.3 EStG vom Darlehensnehmer ein Kapitalertragsteuerabzug in Höhe von 30% des Kapitalertrags vorzunehmen.
- *Darlehensnehmer ist ein gewerbliches Unternehmen:* es existiert keine Verpflichtung zum Kapitalertragsteuerabzug.

c) *Gesellschafterfremdfinanzierung*

Aufgrund der Regelungen der Gesellschafterfremdfinanzierung gem. §8a KStG können Vergütungen auf Fremdkapital grundsätzlich in Ausschüttungen umqualifiziert werden, wenn

- der Darlehensgeber gleichzeitig Gesellschafter ist,
- der Darlehensgeber ein nicht nur kurzfristiges Darlehen zur Verfügung stellt und
- der Darlehensgeber an der Gesellschaft zu mindestens 25% beteiligt ist.⁵⁶

Tritt der Fall einer Umqualifizierung ein, so ist ein wesentlicher Aspekt des Nachrangdarlehens verfehlt, da beim Darlehensnehmer nicht abzugsfähige Ausschüttungen an den Anteilseigner entstehen, während dieser entsprechende Ausschüttungen zu versteuern hat.

⁵⁵ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S.260-261.

⁵⁶ Bösl, K./Sommer, M.: Mezzanine Finanzierung, 2006, S.261.

3.4.5 Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008

a) Gewerbesteuer

Mit der Einführung der Unternehmensteuerreform ergibt sich eine Änderung bzgl. der Gewerbesteuer bei Nachrangdarlehen. Die vom Darlehensnehmer gezahlten Vergütungen sind gem. §8 Nr.1 GewSt dem Gewerbeertrag zu einem Viertel wieder hinzuzurechnen. Die Hinzurechnung erfolgt nunmehr unabhängig davon, ob die Gewinnanteile auf Seiten des Darlehensgebers der Gewerbesteuer unterliegen.

b) Kapitalertragsteuer

Die Kapitalertragsteuer beträgt künftig grundsätzlich einheitlich 25% gem. §43 Abs.5 S.1 EStG. Mit der Erhebung der Kapitalertragsteuer ist gem. §43 Abs.5 S.1 EStG die Einkommensteuer abgegolten.

c) Gesellschafterfremdfinanzierung

Rechtsgrundlagen der Zinsschrankenregelung sind die Vorschriften des §4h EStG und §8a KStG. Danach wird die Abziehbarkeit von Zinsaufwendungen in Abhängigkeit von der Höhe des Gewinns beschränkt. Die bisherigen Regelungen zur Gesellschafterfremdfinanzierung in §8a KStG (a.F.) wird durch die entsprechenden Neuregelung ersetzt. Mit der Zinsschranke soll das inländische Steuersubstrat gesichert werden.⁵⁷

3.5 Partiarisches Darlehen

3.5.1. Zivilrechtliche Beurteilung

Das partiarische Darlehen stellt, ebenso wie das Nachrangdarlehen, ein Darlehen im Sinne der §§488 ff. BGB dar. Im Unterschied zum Nachrangdarlehen erhält der Darlehensgeber des partiarischen Darlehens keine Vergütung in Form regelmäßig laufender oder endfälliger Verzinsung, sondern in Form einer vertraglich vereinbarten prozentualen Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des Darlehensnehmers.⁵⁸

3.5.2 Handelsrechtliche Beurteilung

Die üblichen Ausgestaltungsmerkmale sind:

- erfolgsabhängige Vergütung verbunden mit einer festen Mindestverzinsung,
- nominaler Vermögensanspruch,
- längerfristige Kapitalüberlassung,
- Verlustbeteiligung ist i. d. R. ausgeschlossen.

Selbst wenn keine Mindestverzinsung vereinbart ist, verhindert fehlende Haftung und befristete Kapitalüberlassung den Ausweis als bilanzielles Eigenkapital. Die Bewertung erfolgt gem. §253 Abs.1 S.2 HGB mit dem Rückzahlungsbetrag. Aufgrund der Zuordnung zum bilanziellen Fremdkapital stellen die auf das Darlehen entfallenen Vergütungen Aufwand dar, der gem. §275 HGB in der Gewinn- und Verlustrechnung unter „Zinsen und ähnliche Aufwendungen“ auszuweisen ist.

⁵⁷ Barth, A.: Unternehmensteuerreform 2008, S.152-153.

⁵⁸ Brezski, E./Böge, H./Lübbehüsen, T./Rohde, T./Tomat, O., Mezzanine-Kapital, 2006, S. 88.

3.5.3 Beurteilung nach IAS/ IFRS

Trotz bestimmter Eigenkapitalmerkmale hat das partiarische Darlehen typischen Fremdkapitalcharakter. Die Bewertung erfolgt zu fortgeführten Anschaffungskosten. Diese entsprechen dem beizulegenden Zeitwert des überlassenen Kapitals im Zeitpunkt der Gewährung, abzgl. der bis zum Stichtag bereits geleisteten Tilgungen. Der Ausweis erfolgt unter „langfristige Verbindlichkeiten“.

3.5.4. Steuerliche Behandlung

Partiarische Darlehen werden für steuerliche Zwecke ebenfalls als Fremdkapital eingestuft. Die für das partiarische Darlehen zu zahlenden Vergütungen stellen bei der finanzierten Gesellschaft, dem *Darlehensnehmer*, Betriebsausgaben gem. §4 Abs.4 EStG dar, bei Kapitalgesellschaften i. V. m. §8 Abs.1 S.1 KStG, die das steuerliche Ergebnis entsprechend mindern.

Gewerbesteuerlich ist das partiarische Darlehen bei einer Laufzeit über einem Jahr grundsätzlich als Dauerschuld i. S. v. §8 Nr.1 GewStG anzusehen. Das hat zur Folge, dass die Hälfte der abgezogenen Betriebsausgaben wieder hinzugerechnet wird. Die Regelungen für die Kapitalertragssteuer gelten entsprechend. Wird für das partiarische Darlehen Unverzinslichkeit vereinbart, ist die Darlehensverbindlichkeit für steuerliche Zwecke mit einem Zinssatz von 5,5% abzuzinsen, wenn das Darlehen am Bilanzstichtag noch eine Laufzeit von mindestens 12 Monaten hat.

Beim *Darlehensgeber* führen die Vergütungen auf das partiarische Darlehen grundsätzlich zu Einkünften aus Kapitalvermögen (§20 Abs.1 Nr.4 EStG), bei Körperschaften (vgl. §8 Abs.1 S. 1 KStG). Die Vergütungen sind jedoch vorrangig den gewerblichen Einkünften zuzuordnen, wenn sie zu diesen gehören. Die Vergütungen unterliegen der regulären Besteuerung mit Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer (inkl. Solidaritätszuschlag). Steuerliche Begünstigungen (Halbeinkünfteverfahren) finden nicht statt. Die vom Darlehensnehmer einzubehaltende und abgeführte Kapitalertragssteuer kann der Darlehensgeber auf seine Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer anrechnen, bzw. sich erstatten lassen.

3.5.5 Auswirkungen der Unternehmensteuerreform 2008

Nach derzeitigem Recht werden laufende Erträge aus partiarischen Darlehen mit dem persönlichen Steuersatz besteuert. Bei Zustandekommen der Darlehensbeziehung nach dem 31.12.2008 werden Einnahmen aus partiarischen Darlehen als Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. §20 Abs.1 Nr.4 EStG (a.F.) pauschal mit 25% besteuert.⁵⁹

Die Neuregelung ist erstmals auf Gewinne anzuwenden, bei denen die zugrunde liegenden Darlehen nach dem 31.12.2008 erworben oder geschaffen werden (§52a Abs.10 S.4 EStG). Existiert die Darlehensbeziehung bereits vor dem 01.01.2009 sind die Zahlungen über dem Nennwert durch den Darlehensnehmer als sonstiger Vorteil steuerpflichtig zum allgemeinen Einkommenssteuertarif.

Von der Abgeltungssteuer sollen gem. §32d Abs.2 EStG die Kapitalerträge aus partiarischen Darlehen nicht erfasst werden,

- wenn Darlehensgeber und Darlehensnehmer einander nahestehende Personen sind,
- wenn Gesellschafterdarlehen vorliegen, bei denen der Darlehensgeber zu mindestens 10% an der darlehensnehmenden Kapitalgesellschaft beteiligt ist.⁶⁰

⁵⁹ Ernst&Young: Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 219.

⁶⁰ Ernst&Young: Die Unternehmensteuerreform 2008, S. 245.

Auch bei partiarischen Darlehen findet die neue Regelung der Zinsschranke Anwendung (siehe dazu Abschnitt 2.5).

4. Zusammenfassung

Die wesentlichen Ergebnisse der Analyse der bilanziellen und steuerlichen Eigenschaften von hybriden Instrumenten sind:

- Die Voraussetzungen für die Qualifizierung als wirtschaftliches Eigenkapital, das eine besondere Rolle bei den Basel-II-Regelungen spielt, sind Rangrücktrittsvereinbarung, langfristige Kapitalüberlassung, Ausschluss ordentlicher Kündigungsrechte, erfolgsabhängige Vergütung und fehlende Besicherung durch das Unternehmen.
- Für eine Qualifizierung als handelsrechtliches Eigenkapital muss noch zusätzlich eine Verlustteilnahme bis zur vollen Höhe des Kapitals vereinbart werden, außerdem ist statt einer einfachen Nachrangabrede eine qualifizierte Nachrangabrede erforderlich. Es zeigt sich, dass Genussrechte nach handelsrechtlicher Qualifizierung i. d. R. Eigenkapital darstellen. Hybridanleihen werden handelsrechtlich immer als Fremdkapital qualifiziert, da sie keine Teilnahme am Gewinn und Verlust voraussetzen. Nachrangdarlehen und partiarisches Darlehen sind immer unabhängig von dem vertraglich vereinbarten Rangrücktritt nach HGB als Fremdkapital einzustufen.
- Nach IAS/IFRS wird das Hybridinstrument als Eigenkapital qualifiziert, wenn keine Rückzahlungsverpflichtung oder keine Verpflichtung, andere finanzielle Vermögenswerte abzugeben, besteht. Diese Verpflichtung liegt etwa vor bei im Vorfeld vereinbarten festen Ausschüttungen, Rückzahlungsmöglichkeit durch den Inhaber des Finanzinstruments (kündbares Instrument) und vertraglich vereinbarter, beschränkter Laufzeit. Genussrechte können nach IAS/IFRS als Eigenkapital eingestuft werden, wenn laut BFH eine so genannte „ewige Zeit“ vereinbart wird. Hybridanleihen werden nach IAS als Eigenkapital eingestuft. Nachrangdarlehen und partiarische Darlehen sind analog HGB immer als Fremdkapital zu qualifizieren.
- Nach dem Steuerrecht erfolgt die Einstufung als Eigenkapital, wenn eine Gewinnbeteiligung und Teilnahme am Liquidationserlös des Investors vereinbart werden. In diesem Fall sind die gezahlten Vergütungen Gewinnausschüttungen und stellen beim Emittenten nicht-abzugsfähige Ausgaben dar. Wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt sind, werden die gezahlten Vergütungen für das hybride Kapital als Zinseinnahmen qualifiziert und stellen beim Emittenten abzugsfähige Ausgaben dar. Genussrechte können steuerlich durch Vereinbarung eines Fehlens der Teilnahme am Liquidationserlös die steuerliche Abzugsfähigkeit der Vergütungen erreichen. Hybridanleihen sind analog HGB immer als Fremdkapital qualifiziert. Entsprechendes gilt für Nachrangdarlehen und partiarische Darlehen.
- Bei Wandelschuldverschreibungen erfolgt i. d. R. zum Zeitpunkt der Umwandlung eine Umbuchung von Fremdkapital in Eigenkapital.
- Mit der Einführung der Unternehmensteuerreform 2008 kommt es zu Änderungen bei der Besteuerung des hybriden Kapitals. Grundsätzlich werden dabei Einkünfte aus Kapitalvermögen privater Anleger einer Abgeltungssteuer i. H. v. 25% unterworfen. Des Weiteren ist die Gewerbesteuer nicht mehr steuerlich als Betriebsausgabe abzugsfähig (§4 Abs.5b, §52 Abs.12 S.7 EStG). Im Gegenzug wird der Anrechnungsfaktor der Gewerbesteuer bei der Einkommensteuer von 1,8 auf 3,8 erhöht. Außerdem wird der Körperschaftsteuersatz ab dem 01.01.2008 statt 25% nur noch 15% betragen (§23 Abs.1 KStG i. V. m. §34 Abs.11a KStG).

Literaturverzeichnis

- Barth, Alexander: Unternehmensteuerreform 2008. Leuphana Universität Lüneburg, 2008.
- BMF-Schreiben vom 08.09.2006 - IV B 2 - S 2133 - 10/06.
- Bösl, Konrad und Sommer, Michel: Mezzanine Finanzierung. Betriebswirtschaft – Zivilrecht – Steuerrecht – Bilanzrecht. München, 2006.
- Brezski, Eberhardt/ Böge, Holger/ Lübbehüsen, Thomas/ Rohde, Thilo/ Tomat, Oliver: Mezzanine-Kapital für den Mittelstand – Finanzierungsinstrumente, Prozesses, Rating, Bilanzierung, Recht. Stuttgart, 2006.
- CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte Steuerberater: Report XIII – 360° denken. Februar 2007.
- Ernst&Young und BDI: Die Unternehmensteuerreform 2008 – Änderungen, Zweifelsfragen, Gestaltungsmöglichkeiten, Berlin. September 2007.
- Ernst&Young; Diebel, Harald: Steuerliche Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwendungen – Wie entkommt man der Zinsschranke. 2007.
- Feyerabend, Hans-Jürgen, A.: Steuerliche und bilanzielle Behandlung von Hybridanleihen, KPMG, Seminar des Deutschen Aktieninstituts. 2007.
- Glutsch, Siegfried/ Otte, Ines/ Schult, Bernd: Das neue Unternehmenssteuerrecht – Richtig beraten nach der Unternehmensteuerreform 2008. Berlin, September 2007.
- Habersack, Mathias: Münchener Kommentar Aktiengesetz, Band 6, 2. Auflage. München, 2005.
- Hoereth, Ulrike/ Zipfel, Lars: Genussscheine als Alternative zu Aktien, Ernst & Young. 2001.
- Isert, Dietmar/ Schaber, Mathias: Bilanzierung von Wandelanleihen nach IFRS. 2005.
- Lüdenbach, Norbert/ Hoffmann Wolf-Dieter: PriceWaterhouseCoopers IFRS-Kommentar. Freiburg, 2005.
- Lutter, Marcus: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 5/1, 2. Auflage. Köln, Berlin, 1995.
- Nölling, Phillip/ Jendruschewitz, Boris: Hybrid-Anleihen – Dauerhafte Alternative in der Unternehmensfinanzierung in Finanz Betrieb. 2006.
- Piaskowski, Wojtek/ Kaczmarczyk, Jakub: Hybridkapital - Eine Marktübersicht. ZEW Diskussionspapier 08-003, 2008.
- PriceWaterhouseCoopers: Steueränderungen 2007/2008. Frankfurt, Januar 2008.
- Steuergesetze: Einkommenssteuer, Körperschaftssteuer etc., Textsammlung und Sachverzeichnis. München, Stand: 01.02.2007.
- Vater, Hendrik: „Ewige Anleihen“ – Funktionsweise, Einsatzzweck und Ausgestaltung im Finanzbetrieb, Ausgabe vom 4.1.2006, S. 44-53.
- Verordnung Nr. 2002/1606/EG, Amtsblatt EG Nr. L 243/1 vom 11.09.2002.
- Werner, Horst S.: Das Private Placement zur Kapitalbeschaffung. Köln, 2006.