

# Urteil vom 11. November 2014, I R 53/13

**Ausgabe von Wandelanleihen mit unter dem Kapitalmarktzins liegendem Zinssatz und sofortigem Wandlungsrecht - Ermittlung des nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB in die Kapitalrücklage einzustellenden Vorteils der nicht marktüblichen Anleiheverzinsung - Geltung der handelsrechtlichen Begrenzung der Eigenkapitalqualifikation für den steuerrechtlichen Einlagenausweis**

BFH I. Senat

EStG § 4 Abs 1 S 1, EStG § 5, GewStG § 7 S 1, KStG § 8 Abs 1, KStG § 47 Abs 1, KStG § 47 Abs 2, HGB § 272 Abs 2 Nr 2, EStG § 4 Abs 1 S 5, EStG § 5 Abs 6

vorgehend Finanzgericht Berlin-Brandenburg, 10. Juni 2013, Az: 8 K 8326/10

## Leitsätze

NV: Kann das Umtauschrecht auf Aktienbezug während der Laufzeit der Wandelschuldverschreibung ausgeübt werden, ist für die Ermittlung des nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB in die Kapitalrücklage einzustellenden Vorteils der nicht marktüblichen Anleiheverzinsung (sog. verdecktes Aufgeld) auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem das Optionsrecht erstmals ausgeübt werden kann mit der Folge, dass bei Einräumung eines jederzeitigen Wandlungsrechts (American Call) eine Dotierung der Rücklage nicht in Betracht kommt. Diese handelsrechtliche Begrenzung der Eigenkapitalqualifikation gilt gleichermaßen für den steuerrechtlichen Einlagenausweis.

## Tenor

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Finanzgerichts Berlin-Brandenburg vom 11. Juni 2013 8 K 8326/10 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## Tatbestand

- 1 A. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine AG, hat am 20. Februar 1997 Namenswandelschuldverschreibungen über einen Gesamtnennbetrag von 27 Mio. US-Dollar (USD) an institutionelle Anleger ausgegeben. Für die in Höhe von jährlich 2 % verzinslichen Schuldverschreibungen, deren Laufzeiten zwischen fünf und sieben Jahren betragen, erzielte die Klägerin einen Erlös von insgesamt 22.898.292 USD (38.257.115,97 DM). Die Klägerin war nur im Falle einer sog. bedingten Emission ("Qualified Public Offering" --QPO--), deren Voraussetzungen im Einzelnen in § 3 der Anleihebedingungen geregelt sind, zur vorzeitigen Rückzahlung berechtigt. Den Inhabern der Wandelschuldverschreibungen wurde das Recht eingeräumt, die Schuldverschreibungen innerhalb der Wandlungsfrist in Stammaktien der Klägerin umzuwandeln. Als Wandlungsfrist war der Zeitraum vom 20. Februar 1997 bis 30 Tage nach einer QPO-Ankündigung oder aber bis zum 20. Februar 2002 vorgesehen. Die Anzahl der zu liefernden Aktien ergab sich aus der Teilung des bei der Ausgabe der Anleihen festgelegten Wandlungsbetrags durch den jeweils gültigen Wandlungspreis. Als Wandlungspreis war ein Betrag von 1.000 USD pro Aktie bestimmt, der aber in Abhängigkeit von dem im Jahr 1997 erzielten Nettogewinn angepasst werden sollte. Die Höhe des Wandlungsbetrags richtete sich nach dem Zeitpunkt der Ausübung des Wandlungsrechts. Nur für den Fall einer Wandlung am Ende der Laufzeit war der Wandlungsbetrag auf 1.000 USD festgelegt, im Falle einer Wandlung vor diesem Zeitpunkt waren jeweils auf den Wandlungszeitraum bezogene abgezinste Wandlungsbeträge vereinbart.
- 2 In ihrer Bilanz passivierte die Klägerin den Rückzahlungsbetrag zum Tageskurs (45.110.012 DM) als Verbindlichkeit. In Höhe der Differenz zwischen dem Rückzahlungsbetrag und dem tatsächlich erhaltenen Betrag --Disagio in Höhe von 6.852.896,03 DM-- bildete die Klägerin einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten (aktiver RAP I), den sie während der Laufzeiten der Wandelschuldverschreibungen linear auflöste. Weiterhin errechnete die Klägerin unter

Berücksichtigung der gegenüber den Anleihebedingungen höheren Kapitalmarktzinsen einen Zinsvorteil in Höhe von 1.741.725,64 DM ("verdecktes Aufgeld"), den sie zum einen nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 des Handelsgesetzbuchs (HGB) in ihre Kapitalrücklage einstellte; zum anderen wies sie den Zinsvorteil ebenfalls in einem aktiven Rechnungsabgrenzungsposten aus (aktiver RAP II), den sie gleichfalls zeitanteilig auflöste.

- 3 Am 27. Mai 1998 erklärten die Inhaber der Schuldverschreibungen die Wandlung. Die Klägerin löste daraufhin die zum 31. Mai 1998 verbliebenen Rechnungsabgrenzungsposten aufwandswirksam auf (aktiver RAP I = Disagio: 5.398.013 DM; aktiver RAP II = Zinsvorteil: 1.412.987,34 DM).
- 4 Entsprechend ihrer Erklärung zur Körperschaftsteuer 1998 (Streitjahr) hat die Klägerin bei der Ermittlung ihres zu versteuernden Einkommens den Jahresüberschuss um einen Korrekturbetrag nach § 60 Abs. 2 der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung 1997 in Höhe von 1.522.566 DM gekürzt. Der Betrag setzte sich aus der im Jahr 1998 vorgenommenen Abschreibung des aktiven RAP II (Zinsvorteil) in Höhe von 109.578 DM und dessen --durch die Ausübung der Wandlungsrechte bedingte-- Auflösung in Höhe von 1.412.988 DM zusammen. Sowohl der Körperschaftsteuerbescheid 1998 als auch der Gewerbesteuermessbescheid (jeweils vom 8. November 1999) sind insoweit erklärungskonform unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 der Abgabenordnung --AO--) ergangen.
- 5 Dem Änderungsantrag vom 31. Januar 2001 (§ 164 Abs. 2 Satz 2 AO), den die Klägerin darauf stützte, dass die Abschreibung und Auflösung des aktiven RAP II --entgegen der bisherigen Handhabung-- auch steuerrechtlich zu berücksichtigen sei, hat der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) nicht entsprochen. Er vertrat die Ansicht, dass zwar die Ausbuchung des "vertragsmäßig nicht zurückzuzahlenden" Emissionsdisagios (aktiver RAP I) steuerrechtlich anzuerkennen sei. Anders sei hingegen die Auflösung des aktiven RAP II zu beurteilen. Da die Berücksichtigung dieses Zinsvorteils nur bis zur Ausübung des Wandlungsrechts zu einer insgesamt angemessenen Verzinsung der Anleihe führe, hätte der verbliebene Restbetrag (1.412.988 DM) nicht aufwandswirksam gebucht, sondern gewinnneutral mit der Verbindlichkeit aus der Schuldverschreibung verrechnet werden müssen. Da jedoch hiervon abweichend der volle Nennbetrag an die bezugsberechtigten Neugesellschafter ausgekehrt worden sei (hier: Ausgabe von Stammaktien), sei in Höhe des nach zeitanteiliger Abschreibung verbleibenden Restbetrags von einer verdeckten Gewinnausschüttung (vGA) auszugehen.
- 6 Die Körperschaftsteuer wurde hiernach mit Bescheid vom 24. April 2007 auf ./ 219.446 DM (./ 112.200,96 €) festgesetzt; der Betrag ergibt sich aus der Tarifbelastung in Höhe von 80.554 DM einerseits sowie der durch die vGA bedingten Körperschaftsteuerminderung in Höhe von 300.000 DM andererseits. Zudem wurden mit dem Bescheid "Feststellungen nach § 47 Abs. 2 des Körperschaftsteuergesetzes" sowohl bezüglich des Einkommens (179.010 DM) als auch der Tarifbelastung und der Körperschaftsteuerminderung in Höhe der vorgenannten Beträge verbunden. Gleichfalls am 24. April 2007 hat das FA einen Bescheid über die gesonderten Feststellungen gemäß § 47 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes 1996 --KStG 1996-- (betreffend die Teilbeträge des verwendbaren Eigenkapitals (vEK) sowie den für Ausschüttungen verwendbaren Teil des Nennkapitals) erlassen sowie des Weiteren den Gewerbesteuermessbetrag auf 167.240 DM festgesetzt.
- 7 Mit der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage hat die Klägerin sich gegen alle vorgenannten Bescheide mit dem Ziel gewandt, dass die Hinzurechnung einer vGA unterbleibt. In seinem daraufhin zunächst ergangenen Gerichtsbescheid hat das Finanzgericht (FG) die Ansicht vertreten, dass Gegenstand der Anfechtung --neben dem Gewerbesteuermessbescheid-- nicht die Festsetzung der negativen Körperschaftsteuer, sondern die Feststellungen gemäß § 47 Abs. 2 KStG 1996 zur Höhe des Einkommens, der Tarifbelastung sowie der Körperschaftsteuerminderung sei. Die Klägerin hat im Anschluss daran zwar die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt (§ 90a Abs. 2 und 3 der Finanzgerichtsordnung --FGO--), jedoch ihre Klageanträge grundsätzlich der vom FG vertretenen Ansicht angepasst (Änderung der Feststellung zur Tarifbelastung auf 0 DM sowie des Einkommens auf ./ 1.220.990 DM; Änderung des Gewerbesteuermessbetrags auf 97.240 DM). Zugleich hat sie schriftsätzlich erläutert, dass über das (verfahrensrechtliche) Verhältnis von Körperschaftsteuer- und Feststellungsbescheiden "gegebenenfalls der Bundesfinanzhof entscheiden möge". In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin die gegen die Feststellungen gemäß § 47 Abs. 1 KStG 1996 gerichtete Klage zurückgenommen; nach Abtrennung hat das FG das Verfahren insoweit eingestellt.
- 8 Die Klage wurde vom FG abgewiesen (FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juni 2013 8 K 8326/10, juris). Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt, dass die Klägerin nur den bis zur Ausübung des Wandlungsrechts erzielten Zinsvorteil in die Kapitalrücklage habe einstellen und auch nur in dieser Höhe einen aktiven RAP II habe bilden dürfen. Der RAP II sei deshalb im Wandlungszeitraum bereits vollständig abgeschrieben gewesen und könne keinen

darüber hinaus gehenden Betriebsausgabenabzug vermitteln. Mangels Minderung des steuerbilanziellen Vermögens scheidet damit die Annahme einer vGA aus.

- 9 Mit der Revision beantragt die Klägerin sinngemäß, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, die angefochtenen Bescheide unter Abschreibung und Auflösung des aktiven RAP II in Höhe von 1.522.566 DM abzuändern.
- 10 Das FA beantragt sinngemäß, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

- 11 B. Die Revision ist nicht begründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).
- 12 Entgegen der Einschätzung der Vorinstanz richtet sich die Klage auch gegen den Körperschaftsteuerbescheid 1998. Gleichwohl hat die Revision keinen Erfolg, weil --in Übereinstimmung mit der Ansicht des FG-- das von der Klägerin berechnete verdeckte Aufgeld in Höhe von 1.412.988 DM weder ihren der Körperschaftsteuer zugrunde zu legenden Gewinn (§ 4 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes 1996 --EStG 1996-- i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG 1996) noch ihren Gewerbeertrag (§ 7 des Gewerbesteuergesetzes 1991 --GewStG 1991--) mindert.
- 13 I. Soweit das FG davon ausgegangen ist, dass sich die Klage nicht gegen den Körperschaftsteuerbescheid 1998 vom 24. April 2007, sondern --isoliert-- gegen die Feststellungen zur Tarifbelastung sowie zum Einkommen der Klägerin richtet, kann der Senat dem nicht beipflichten. Die Vorinstanz hat hierbei nicht berücksichtigt, dass nach ständiger Rechtsprechung die Feststellungen gemäß § 47 Abs. 2 KStG 1996 nicht Gegenstand eines selbständigen Verwaltungsakts, sondern "im" Körperschaftsteuerbescheid zu treffen sind (z.B. Senatsurteile vom 16. Dezember 1998 I R 36/98, BFHE 188, 17, BStBl II 1999, 366; vom 16. Dezember 1998 I R 137/97, BFH/NV 1999, 1250; vom 3. Dezember 1996 I R 121/95, BFH/NV 1997, 265). Nur dies entspricht dem eindeutigen Wortlaut des § 47 Abs. 2 Nr. 1 KStG 1996, nach dem der Körperschaftsteuerbescheid selbst --nämlich soweit die in dieser Vorschrift genannten Besteuerungsgrundlagen fingiert festgestellt werden-- Grundlagenbescheid für die nach § 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG 1996 gebotene Feststellung des vEK ist (Senatsurteile vom 12. Oktober 2010 I R 99/09, BFH/NV 2011, 650, betreffend das zu versteuernde Einkommen; vom 21. September 2011 I R 7/11, BFHE 235, 273, BStBl II 2014, 616, betreffend das Einkommen gemäß § 47 Abs. 2 Nr. 3 KStG 1996; ebenso BTDrucks 12/1108, 68). Demgemäß ist auch der Klageantrag der Klägerin unbeschadet der entgegenstehenden Einschätzung des FG dahin auszulegen, dass er sich gegen den Körperschaftsteuerbescheid 1998 richtet. Zu dieser Auslegung ist auch das Revisionsgericht befugt; das anderslautende Rubrum des finanzgerichtlichen Urteils ist zu berichtigen (Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 23. April 2009 IV R 24/08, BFH/NV 2009, 1427). Die Klageabweisung der Vorinstanz erfasst damit --neben der Entscheidung zum Gewerbesteuermessbetrag 1998-- auch den im Wege der Auslegung bestimmten Antrag auf Änderung des Körperschaftsbescheids 1998.
- 14 II. Das FG hat zu Recht eine gewinnmindernde Abschreibung des in der Bilanz der Klägerin ausgewiesenen (Rest-)Aufgelds (in Höhe von 1.412.988 DM) abgelehnt.
- 15 1. Nach dem gemäß § 8 Abs. 1 KStG 1996 sowie § 7 GewStG 1991 auch für die Klägerin zu beachtenden § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG 1996 ist der von ihr im Streitjahr (1998) erzielte Gewinn der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen. Das jeweilige Betriebsvermögen richtet sich gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG 1996 nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung. Diese ergeben sich vornehmlich aus den für alle Kaufleute geltenden Vorschriften der §§ 238 ff. HGB. Für Kapitalgesellschaften sind zusätzlich die einschlägigen "Ergänzenden Vorschriften für Kapitalgesellschaften" der §§ 264 ff. HGB heranzuziehen. Darunter fallen, soweit ihnen materielle Bedeutung zukommt, auch die Vorschriften über die Gliederung der Bilanz (§§ 266 ff. HGB) und der Gewinn- und Verlustrechnung (§§ 275 ff. HGB). Unter das bei Kapitalgesellschaften auszuweisende Eigenkapital fallen gemäß § 266 Abs. 3 A.II. HGB auch Kapitalrücklagen. Hierzu gehört nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB der Betrag, der von der Gesellschaft bei der Ausgabe von Schuldverschreibungen für Wandlungsrechte und Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen erzielt wird.
- 16 2. Mit Urteilen vom 30. November 2005 I R 3/04 (BFHE 211, 339, BStBl II 2008, 809) und I R 26/04 (BFH/NV 2006, 616) hat der Senat entschieden, dass bei der Ausgabe von Optionsanleihen vereinnahmte Aufgelder nicht nur nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB als Kapitalrücklagen auszuweisen, sondern auch steuerrechtlich als Einlage anzusetzen sind.

Unter den erzielten Betrag i.S. von § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB fielen alle Entgelte im Zusammenhang mit der Begebung von Wandlungs- und Optionsrechten, damit nicht nur offene, sondern --entsprechend der Gesetzesbegründung zu § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB i.d.F. des Gesetzes zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinien-Gesetz) vom 19. Dezember 1985 (BGBl I 1985, 2355, BStBl I 1996, 94)-- auch verdeckte Aufgelder in Form einer unter dem Kapitalmarktzins liegenden Verzinsung (BTDrucks 10/4268, 106). Auch ein solches bei der Ausgabe der Optionsanleihe verdeckt erzielt Entgelt sei, entsprechend dem Wortlaut des § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB, im Fall der späteren Nichtausübung der Option nicht aufzulösen, sondern weiterhin als Kapitalrücklage auszuweisen. Wenngleich die Steuerbilanz gemäß § 5 Abs. 6 EStG 1996 (i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG 1996) nicht über den Maßgeblichkeitsgrundsatz an den handelsrechtlichen Einlagebegriff gebunden sei, führe das Aufgeld auch steuerrechtlich zu einer Einlage. Die Kapitalgesellschaft erziele das Aufgeld, das ihr entweder offen --d.h. zusätzlich zum Nennbetrag der Anleihe-- gewährt wird oder durch Aufteilung des erzielten Ausgabeerlöses in ein Entgelt für die Schuldverschreibung einerseits sowie einen verdeckten Betrag für das Optionsrecht andererseits zu errechnen ist, nicht im Wege eines betrieblichen Austauschverhältnisses, da sie hierfür keine Leistung zu Lasten ihres eigenen Vermögens erbringe. Vielmehr sei der Erhalt des Aufgelds auch dann dem gesellschaftsrechtlichen Bereich zuzuordnen, wenn es von einem (Noch-)Nichtgesellschafter für die Erlangung der unentziehbaren Anwartschaft auf eine Gesellschafterstellung erbracht werde. Darüber hinaus sei das Aufgeld Gegenstand einer zumindest mittelbaren Einlage der Alt-Gesellschafter, da diese --bedingt durch ihr Gesellschaftsverhältnis-- den Optionserwerb ihre Aktienbezugsrechte zur Verfügung stellen und damit eine Verwässerung ihrer bisherigen Gesellschaftsrechte in Kauf nehmen. Bilanziell sei allerdings auch bei einem verdeckten Aufgeld zu beachten, dass die Schuldverschreibung nicht zu ihrem (niedrigeren) Verkehrswert, sondern mit ihrem Nominalbetrag (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB) passiviert werden müsse. Demgemäß könne das verdeckte Aufgeld (Unterschied zwischen Ausgabebetrag und Verkehrswert der Schuldverschreibung) gemäß § 250 Abs. 3 HGB in der Handelsbilanz als aktiver RAP ausgewiesen werden; aus diesem handelsrechtlichen Aktivierungswahlrecht ergebe sich nach den Grundsätzen des Beschlusses des Großen Senats des BFH vom 3. Februar 1969 GrS 2/68 (BFHE 95, 31, BStBl II 1969, 291) ein Gebot, das (verdeckte) Entgelt für das Optionsrecht in der Steuerbilanz zu aktivieren.

- 17** 3. Die vorstehenden Grundsätze, an denen festzuhalten ist (zur Diskussion s. Birkhan u.a., Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht --JbFStR-- 2009/2010, S. 762, mit umfangreichen Nachweisen), gelten nicht nur für Optionsanleihen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Rechte aus der Schuldverschreibung und das Aktienbezugsrecht kumulativ eingeräumt werden. Sie kommen vielmehr gleichermaßen für sog. Wandelanleihen zum Tragen (a.A. Drüen, JbFStR 2009/2010, S. 762, m.w.N.), bei denen dem Gläubiger im Wege der Ersetzungsbefugnis das Recht eingeräumt wird, unter Aufgabe seines Forderungsrechts Aktionär zu werden (vgl. zu den Begriffen BFH-Urteil vom 23. Juni 2005 VI R 124/99, BFHE 209, 549, BStBl II 2005, 766; MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., Bd. 4, § 221 Rz 24, 30).
- 18** Bestimmend hierfür sind der Wortlaut des § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB (Buciek, JbFStR 2009/2010, S. 767) sowie die Gesetzesbegründung, nach der verdeckte Aufgelder gleichermaßen für die Hingabe von Wandlungsrechten und von Optionsrechten zum Erwerb von Aktien in die Kapitalrücklage einzustellen sind (BTDrucks 10/4268, 106). Hinzu kommt, dass mit Rücksicht auf die Frage, ob die Bezugsberechtigten oder die Altgesellschafter nach Maßgabe der vorstehenden Erwägungen (s. zu B.II.2.) eine Einlage leisten, zwischen dem Inhaber eines Wandlungsrechts und eines Optionsrechts keine tragfähigen Unterschiede erkennbar sind, da beide Personengruppen über ein Aktienbezugsrecht verfügen und auch der Inhaber der Wandelanleihe hierfür keine Gegenleistung aus dem Vermögen der Emittentin erhält (zutreffend Mihm, Betriebs-Berater 2006, 321). Soweit die Gegenansicht auf den Fremdkapitalcharakter der Wandelanleihe (z.B. Schwetlik, Der Ertrag-Steuer-Berater 2006, 51) und in diesem Zusammenhang auch auf das Senatsurteil vom 21. Februar 1973 I R 106/71 (BFHE 109, 22, BStBl II 1973, 460) verweist, nach welchem die der Gesellschaft entstehenden Kosten der Ausgabe einer Wandelschuldverschreibung nicht aus einem bei Ausgabe der Aktien erzielten Ausgabeaufgeld zu decken sind, weil im Hinblick auf die Begebung der Anleihe sowie dem späteren Aktienumtausch nicht von einem einheitlichen Vorgang gesprochen werden könne, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Zum einen bestätigt das Senatsurteil in BFHE 109, 22, BStBl II 1973, 460 (vgl. hierzu auch Döllerer, Die Aktiengesellschaft --AG-- 1986, 237, 241 f.) im Hinblick auf die Leistung des Aktionärs ausdrücklich die Vorstellung eines einheitlichen --die Ausgabe der Schuldverschreibung sowie den Aktienwerb umfassenden-- Rechtsvorgangs in Übereinstimmung mit der Beurteilung des Reichsfinanzhofs (Urteile vom 5. Juli 1929 II A 9/29, RFHE 25, 264, RStBl 1929, 475; vom 24. August 1944 I 21/44, RFHE 54, 128). Zum anderen ist im Streitfall über das vom Anleihezeichner zu erbringende Aufgeld zu entscheiden. Überdies kann dem Fremdkapitalcharakter der Schuldverschreibung sowie der rechtlichen Bewertung des Zusammenhangs mit einem nachfolgenden Aktienwerb kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen werden,

weil der Senat die Einlage des Optionsberechtigten aufgrund seines Rechts zum Erwerb einer mitgliedschaftlichen Beteiligung bejaht hat. Demgemäß kann für den Inhaber eines Wandlungsrechts nichts anderes gelten, da auch ihm als (Noch-)Nichtgesellschafter das unentziehbare Anwartschaftsrecht auf Erlangung einer Aktionärsstellung zusteht.

- 19** 4. Gleichwohl kann die Klage keinen Erfolg haben, da der vorliegende streitige Teilbetrag des von der Klägerin vereinnahmten Aufgelds (1.412.988 DM) wirtschaftlich dem Zeitraum nach Ausübung des Optionsrechts zuzurechnen ist. Er kann deshalb weder ihrer Kapitalrücklage zugewiesen (s. nachfolgend zu a) noch steuerrechtlich als Einlage behandelt werden (s. nachfolgend zu b).
- 20** a) Im handelsrechtlichen Schrifttum wird ganz überwiegend vertreten, dass dann, wenn das Umtauschrecht auf Aktienbezug während der Laufzeit der Wandelschuldverschreibung ausgeübt werden kann, für die Ermittlung des nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB in die Kapitalrücklage einzustellenden Vorteils der nicht marktüblichen Anleiheverzinsung (verdecktes Aufgeld) auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem das Optionsrecht erstmals ausgeübt werden kann ("frühestmöglicher Zeitpunkt") mit der Folge, dass bei Einräumung eines jederzeitigen Wandlungsrechts (American Call) eine Dotierung der Rücklage nicht in Betracht kommt (grundlegend Küting/Reuter in Küting/Pfitzer/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, Einzelabschluss, 5. Aufl., Bd. 2, § 272 Rz 90; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., HGB § 272 Rz 123; Gelhausen/Rimmelpacher, AG 2006, 729, 732; Häger/Elkemann-Reusch, Mezzanine Finanzierungsinstrumente, 2. Aufl., 2007, S. 336, Rz 1002; grundsätzlich ebenso MünchKommHGB/ Reiner, 3. Aufl., § 272 Rz 79 f.; a.A. Förtschle/K. Hoffmann in Beck Bil-Komm., 9. Aufl., § 272 Rz 181). Der Senat schließt sich dieser Beurteilung an.
- 21** aa) Zwar steht es dem Ausweis der Kapitalrücklage nicht entgegen, dass das verdeckte Aufgeld mangels ausdrücklicher Vereinbarung zwischen Emittent und Anleihezeichner geschätzt werden muss (vgl. hierzu Senatsurteil in BFH/NV 2006, 616; s. dazu auch BFH-Urteil vom 1. Juli 2003 VIII R 9/02, BFHE 203, 58, BStBl II 2003, 883). Hierbei ist jedoch im Hinblick auf das Schätzungsziel zu berücksichtigen, dass nach dem Wortlaut des § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB nicht jeder auf die Ausgabe der Schuldverschreibung zurückführbare Vorteil, sondern nur der "bei der Ausgabe" für Wandlungs- oder Optionsrechte "erzielte Betrag" der Kapitalrücklage zugewiesen werden kann. Maßgeblich ist danach der im Zeitpunkt der Emission tatsächlich erlangte und dem Emittenten "unentziehbar" (so zutreffend die vorstehend unter 4.a zitierte überwiegend vertretene Meinung) gewährte Vorteil. Nur diese Auslegung entspricht dem Grundverständnis des erkennenden Senats, nach dem das Aufgeld zum Erwerb einer Optionsanleihe bereits mit seiner "Erzielung", nicht hingegen erst bei einer späteren positiven Ausübung der Option als Kapitalzuführung (Einlage) zu qualifizieren ist. In der Zwischenzeit besteht deshalb kein bis zur Verfügung über die Option erfolgsneutral zu überbrückender Schwebezustand, der im Falle der Nichtausübung zur Erfassung einer dem Betrieb der Kapitalgesellschaft zuzuordnenden Vermögensmehrung (betriebliche Einnahme) führen würde (Senatsurteile in BFHE 211, 339, BStBl II 2008, 809; in BFH/NV 2006, 616).
- 22** bb) Dafür streitet eine Reihe von Argumenten: Gerade die Unterverzinslichkeit der Anleihe spricht für eine möglichst frühe Ausübung des Wandlungsrechts. Im Schrifttum wird des Weiteren zu Recht darauf hingewiesen, dass durch eine gewinnwirksame Ausbuchung des nach Optionsausübung verbleibenden Rest-Betrags das Ergebnis der Emittenten mit einem ungerechtfertigten --weil nur rechnerisch ermittelten, tatsächlich jedoch infolge des Wegfalls der Anleihe nicht angefallenen-- Zinsaufwand belastet wird (Küting/Reuter in Küting/Pfitzer/ Weber, a.a.O., § 272 Rz 90) und dies mit dem Zweck der Vorschrift, die durch die (potentielle) Mitgliedschaft veranlasste Vermögensmehrung der Emittenten nicht als (Schein-)Gewinne zu erfassen (Lutter, Der Betrieb --DB-- 1986, 1607, 1609), nicht vereinbar sei. Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass bei der Nichtausübung der Option eine Nachdotierung der Kapitalrücklage nicht in Betracht kommt (vgl. z.B. Küting/Reuter in Küting/Pfitzer/Weber, a.a.O., § 272 Rz 90; nicht eindeutig Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O., § 272 Rz 123; a.A. Gelhausen/Rimmelpacher, AG 2006, 733). Der Einwand kann bereits deshalb nicht durchgreifen, weil der Gesetzgeber die Trennung von Kapitalzuführung und betrieblichem Ertrag nur im Rahmen der tatbestandlichen Grenzen des § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB verwirklicht hat. Hierzu gehört aber auch, dass er die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen als --gegenüber der tatsächlichen Optionsausübung (Aktienbezug)-- selbständigen Akt der Verwertung von Mitgliedschaftsrechten qualifiziert (zutreffend Lutter, ebenda) und es deshalb in Kauf nimmt, dass der hierbei erzielte Betrag hinter dem tatsächlich erlangten Zinsvorteil zurückbleibt. Ob dies der (handelsrechtlichen) Korrektur bedarf, hat nicht der Senat, sondern der Gesetzgeber zu entscheiden. Schließlich wird geltend gemacht, es sei zur Ermittlung des bei Ausgabe erzielten Vorteils auf die vereinbarte Laufzeit der Anleihe abzustellen, weil die vorzeitige Wandlungsmöglichkeit keinen Einfluss auf den Wert der Schuldkomponente (Anleihe) habe (Förtschle/K. Hoffmann in Beck Bil-Komm., a.a.O., § 272 Rz 181). Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb der Wert einer unterverzinslichen Anleihe nicht durch den Umstand beeinflusst sein soll, dass der Gläubiger das Recht hat, dieses Schuldverhältnis durch Ausübung des Aktienoptionsrechts vorzeitig zu beenden. Der Gesichtspunkt kann letztlich dahinstehen, da es

im Streitfall nicht um die Bestimmung des Werts der Schuldverschreibung, sondern um die Ermittlung des bei der Ausgabe für die Gewährung des Optionsrechts tatsächlich erzielten Betrags geht. Da der dieser Betrachtung zugrunde liegende (verdeckte) Zinsvorteil aber --wie die zuletzt genannten Autoren selbst ausführen-- "im Zeitverlauf zunimmt", ergibt sich hieraus zugleich, dass er bei der Ausgabe der Wandelschuldverschreibung, d.h. im Zeitpunkt der Ausgabe, auch nur in dem Maße tatsächlich erzielt wird, in dem er auf den den Optionsinhaber bindenden Kapitalüberlassungszeitraum entfällt.

- 23** b) Diese handelsrechtliche Begrenzung der Eigenkapitalqualifikation eines verdeckten Aufgelds ist nicht nur im Hinblick auf die Rücklagenbildung nach § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB zu beachten. Sie gilt gleichermaßen für den steuerrechtlichen Einlagenausweis mit der Folge, dass auch der in der Steuerbilanz anzusetzende RAP --entgegen der Ansicht der Klägerin-- nicht den nur rechnerischen Vorteil erfasst, der im Falle der Nichtausübung der Option auf den Zeitraum ab Beginn des Wandlungsrechts entfallen wäre.
- 24** aa) Allerdings enthält das Steuerrecht nach ständiger Rechtsprechung in § 4 Abs. 1 Satz 5 EStG 1996 (hier: i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG 1996 und § 7 Satz 1 GewStG 1991) eine eigene Definition der Einlage, die über den handelsrechtlichen Einlagebegriff hinausgeht und nach § 5 Abs. 6 EStG 1996 vorrangig zu befolgen ist. Eine steuerrechtliche Einlage kann daher auch dann vorliegen, wenn die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 272 Abs. 2 HGB nicht erfüllt sind (z.B. Senatsurteile vom 29. Mai 1996 I R 118/93, BFHE 180, 405, BStBl II 1997, 92; in BFHE 211, 339, BStBl II 2008, 809; Blümich/Rengers, § 8 KStG Rz 160; jeweils m.w.N.). Im Streitfall ist eine solche über das Handelsrecht hinausgehende Beurteilung indes ausgeschlossen.
- 25** bb) Kennzeichen der steuerrechtlichen Einlage in eine Kapitalgesellschaft ist, dass dieser ein durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasster bilanzierungsfähiger Vermögensvorteil (Wirtschaftsgut) zugewendet wird (Senatsurteile vom 23. Februar 2005 I R 44/04, BFHE 209, 123, BStBl II 2005, 522; vom 15. Oktober 1997 I R 80/96, BFH/NV 1998, 624; Blümich/Rengers, § 8 KStG Rz 160). Nach ständiger Rechtsprechung sind jedoch Nutzungsvorteile (z.B. die zinslose Nutzung eines Darlehens) nicht einlagefähig. Gleiches gilt für ein ohne Gegenleistung erlangtes Nutzungsrecht; obgleich es sich hierbei um ein Wirtschaftsgut handelt, scheidet der Ansatz einer steuerrechtlichen Einlage aus, weil infolge seiner Abschreibung die tatsächlich gezogenen Nutzungen (hier: des Kapitals) der Besteuerung entzogen wären (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH vom 26. Oktober 1987 GrS 2/86, BFHE 151, 523, BStBl II 1988, 348; Schmidt/Heinicke, EStG, 33. Aufl., § 4 Rz 303 ff., m.w.N.).
- 26** cc) Hiervon ausgehend ist zwar auch das bei Ausgabe einer Wandelschuldverschreibung verdeckt gewährte Aufgeld als Einlage zu qualifizieren, weil es nicht als Gegenleistung für eine Zuwendung der Emittentin an den Zeichner erbracht wird (kein "do ut des") und auch das Ertragsteuerrecht die in § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB verankerte Vorstellung übernimmt, nach der in der Ausgabe des Optionsrechts ein eigenständiger Verwertungsakt der Mitgliedschaftsrechte zu sehen ist, der im Hinblick auf die spätere Optionsausübung keinen Schwebezustand auslöst. Spiegelbild dieser Beurteilung ist jedoch zugleich, dass der (verdeckte) Vorteil, soweit er nicht auf den Zeitraum der festen Kapitalbindung entfällt, nicht Gegenstand einer Einlage bei Ausgabe der Wandelanleihe sein kann. Zu berücksichtigen ist auch insoweit, dass das Aufgeld die Zinersparnis der Kapitalgesellschaft widerspiegelt (Lutter, DB 1986, 1607, 1608) und dieser Vorteil, soweit er auf die nach Beginn des Optionszeitraums verbleibende Restlaufzeit der Anleihe entfällt, nur im Zeitverlauf vom Anleihezeichner geleistet und demnach auch von der Kapitalgesellschaft nur pro rata temporis verdient wird (Lutter, ebenda). Eine Einlage dieses --bei Ausgabe der Anleihe-- unsicheren Rechts auf verbilligte Kapitalnutzung muss demnach unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Großen Senats des BFH (Beschluss in BFHE 151, 523, BStBl II 1988, 348) ausscheiden.
- 27** c) Anderes ergibt sich schließlich nicht daraus, dass die Klägerin in der Bilanz zum 31. Dezember 1997 einen nach der Gesamtlaufzeit der Anleihe bestimmten Zinsvorteil (1.741.725,64 DM) aktiviert hat. Da es sich hierbei um einen fehlerhaften Bilanzansatz gehandelt hat, dessen gewinnneutrale Einbuchung keinen Einfluss auf den Gewinn der Klägerin hatte, ist er gleichfalls gewinnneutral im Streitjahr (1998) auszubuchen (ständige Rechtsprechung; Schmidt/Heinicke, a.a.O., § 4 Rz 709, m.w.N.). Der Ansatz einer vGA (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG 1996) ist demnach mangels einer Minderung des bilanziellen Vermögens der Klägerin ausgeschlossen. Soweit das FA den Betriebsausgabenabzug auch im Streitjahr im Hinblick auf die Auflösung des aktiven RAP II in Höhe von 109.578 DM darauf anerkannt hat, ist hierüber nicht zu entscheiden, da der Senat daran gehindert ist, die angefochtenen Bescheide zum Nachteil der Klägerin zu ändern (sog. Verböserungsverbot; Gräber/ Stapperfend, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 96 Rz 7).
- 28** 5. Da die vorgenannten Beträge zwischen den Beteiligten rechnerisch nicht umstritten sind und auch im Übrigen für den Senat keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Rechtsanwendung zu Lasten der Klägerin erkennbar sind, ist die

Sache spruchreif und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

**29** 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)