

# Urteil vom 14. August 2019, I R 44/17

## Abgrenzung zwischen beteiligungs- und obligationsähnlichen Genussrechten

ECLI:DE:BFH:2019:U.140819.IR44.17.0

BFH I. Senat

ESTG § 20 Abs 1 Nr 1, ESTG § 20 Abs 1 Nr 7, ESTG § 20 Abs 2a, KStG § 8 Abs 3 S 2, KStG § 8b Abs 1, KStG § 8b Abs 5, KStG § 15 S 1 Nr 2, KStG § 15 S 2, GewStG § 7 S 1, GewStG § 8 Nr 5, GewStG § 9 Nr 7, AO § 39, AO § 42, FGO § 68, FGO § 96 Abs 1 S 2, DBA FRA Art 20 Abs 1 Buchst b, DBA CAN 2001 Art 11 Abs 1, DBA CAN 2001 Art 11 Abs 4 S 2, DBA CAN 2001 Art 10 Abs 3, KStG § 11, KStG VZ 2005, GewStG VZ 2005, ESTG VZ 2005, FGO § 126 Abs 3 S 1 Nr 2

vorgehend Finanzgericht Baden-Württemberg, 21. Mai 2017, Az: 10 K 1859/15

## Leitsätze

1. Genussrechte führen nur dann zu Bezügen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, wenn der Genussrechtsinhaber kumulativ sowohl am Gewinn als auch am Liquidationserlös beteiligt ist (sog. beteiligungsähnliche Genussrechte).
2. Für die Beteiligung am Liquidationserlös ist auf das Abwicklungsendvermögen i.S. des § 11 KStG, d.h. auf die Beteiligung an einem etwaigen Liquidations(mehr)erlös und die damit verbundene Beteiligung des Genussrechtsinhabers an den stillen Reserven abzustellen, nicht hingegen auf die Gewinnabhängigkeit der Genussrechtsausschüttungen, die Stellung eines Alleingeschafters, die lange Laufzeit des Genussrechts oder auf ein Wandlungsrecht des Genussrechtsinhabers zum Erwerb von Gesellschaftsanteilen, selbst wenn dessen Ausübung wahrscheinlich ist.
3. Zur Frage des Rechtsmissbrauchs bei zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften.

## Tenor

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Finanzgerichts Baden-Württemberg vom 22.05.2017 - 10 K 1859/15 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht Baden-Württemberg zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen.

## Tatbestand

I.

- 1** Die Beteiligten streiten darum, ob die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) im Streitjahr (2005) aus zwei konzerninternen Finanzierungsstrukturen steuerfreie Bezüge i.S. des § 8b Abs. 1 Satz 1 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG), jeweils in der für das Streitjahr geltenden Fassung, oder steuerpflichtige Zinsen erzielt hat. Zum einen geht es um Genussrechtsausschüttungen einer kanadischen Tochtergesellschaft (unten 1.), zum anderen um Vorzugsdividenden einer amerikanischen Ur-Enkelgesellschaft (unten 2.).
- 2** 1. Die in der Bundesrepublik Deutschland (Deutschland) ansässige Klägerin, die im Streitjahr die Rechtsform einer Aktiengesellschaft hatte, war zu jeweils 100 % an der X-C, Großbritannien und der X-A, Kanada beteiligt. Die X-A hielt ihrerseits 100 % der Anteile an der im Dezember 2003 gegründeten X-D, Kanada. Die streitige Finanzierungsstruktur war wie folgt aufgebaut:
- 3** Schritt 1: Die X-C wandelte mit Gesellschafterbeschluss vom ...2003 einen eigenen Geschäftsanteil in ...

Vorzugsanteile ("Preferred Shares") um, die sie an die Klägerin ausgab. Die Anteile gewährten eine jährliche Vorzugsdividende sowie --im Fall der Liquidation nach Erfüllung aller Verbindlichkeiten-- den Anspruch auf Zahlung eines Fixbetrags und die Teilnahme an den stillen Reserven.

- 4 Schritt 2: Mit Anteilskaufvertrag vom ...2003 veräußerte die Klägerin ihre Vorzugsanteile, die 46,85 % des gesamten Kapitals der X-C ausmachten, für einen Kaufpreis in Höhe von ... CAD (... €) mit sofortiger Wirkung an die X-D. Die X-D beglich ihre Kaufpreisschuld gegenüber der Klägerin durch Ausgabe einer Schuldverschreibung ("Promissory Note") in Höhe von ... CAD und die Ausgabe neuer Anteile ("Common Shares") im Wert von ... CAD.
- 5 Schritt 3: Mit Anteilskaufvertrag vom ...2004 veräußerte die Klägerin ihre Anteile an der X-D für einen Kaufpreis in Höhe von ... CAD mit sofortiger Wirkung an die X-A, die ihre Kaufpreisschuld gegenüber der Klägerin durch die Ausgabe von Genussrechten ("Jouissance Rights") beglich. Der Wert der Genussrechte ergab sich aus einem Bewertungsgutachten per 31.12.2003. Die Genussrechte sahen im Wesentlichen folgende Bedingungen vor:
  - Feste Laufzeit bis zum ...2043 mit vollständiger Rückzahlung des Kapitals;
  - Ausschluss einer vorzeitigen Rückzahlung des Kapitals, aber Recht des Genussrechtsinhabers, im Fall einer Leistungsstörung seine Ansprüche vorzeitig fällig zu stellen;
  - Zusätzlich einseitiges Kündigungsrecht des Genussrechtsinhabers bei Änderung der Steuergesetzgebung, wozu auch eine von der steuerlichen Beurteilung der Parteien abweichende Steuerfestsetzung durch die deutschen oder kanadischen Finanzbehörden gehören sollte;
  - Genussrechtsausschüttungen auf Grundlage eines sich im Zeitablauf reduzierenden Prozentsatzes an dem jährlich nach bestimmten Vorgaben zu errechnenden Nettogewinn der X-A, wobei eine Mindestverzinsung in Höhe von 4 % und eine Maximalverzinsung von 16 % des Genussrechtskapitals vorgesehen war (durchschnittliche geschätzte Gewinnerwartung 8,59 % des Genussrechtskapitals, tatsächlich in den Jahren 2004 bis 2009 10,6 %);
  - Recht der X-A zur Ausschüttung von Aktien, falls der tatsächliche Nettogewinn geringer als die Mindestverzinsung sein sollte;
  - Recht des Genussrechtsinhabers, am Fälligkeitstag (auch im Fall einer vorzeitigen Fälligkeit) statt der Rückzahlung des Kapitals Aktien der X-A zu erwerben (Wandlungsrecht), deren Zahl sich während der Laufzeit des Vertrags verringert (zum Ende der Laufzeit ... Aktien mit einem erwarteten Wert in Höhe von ... CAD);
  - Nachrangigkeit der Genussrechte gegenüber den Gläubigern der X-A im Fall der Insolvenz oder Auflösung der X-A;
  - Genussrechtsinhaber hat nicht die Rechte eines Gesellschafters, insbesondere kein Stimmrecht.
- 6 Die Klägerin behandelte die Genussrechtsausschüttungen (im Streitjahr ... CAD, umgerechnet ... €) als steuerfreie Beteiligungserträge i.S. des § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG. Von kanadischer Seite wurden die Genussrechte dagegen als Fremdkapital eingestuft. Dadurch waren die im Streitjahr an die Klägerin geleisteten Ausschüttungen bei der X-A steuerlich abzugsfähiger Zinsaufwand. Eine 10 %ige kanadische Quellensteuer wurde einbehalten.
- 7 Im Rahmen der Außenprüfung sah das Zentrale Konzernprüfungsamt ... die Genussrechtsausschüttungen bei der Klägerin als steuerpflichtige Zinsen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG an.
- 8 2. Darüber hinaus war die Klägerin alleinige Gesellschafterin der X-F GmbH, die ihrerseits 100 % der Anteile der am ...2005 gegründeten X-H GmbH hielt. Die wirtschaftliche Tätigkeit der X-H GmbH bestand im Halten von Anteilen auf eigene Rechnung und Gefahr. Ihr Geschäftsführer war der Finanzvorstand der Klägerin. Zwischen der Klägerin und der X-F GmbH sowie zwischen der X-F GmbH und der X-H GmbH bestand auf Grundlage entsprechender Ergebnisabführungsverträge eine körperschaft- und gewerbesteuerrechtliche Organschaft.
- 9 Weiterhin war die Klägerin alleinige Gesellschafterin der X-I, USA, die ihrerseits zunächst 100 % der Anteile an der

X-B, USA hielt. Die X-I hatte zum ...2002 bei der Klägerin ein auf Grundlage des US-Libor variabel verzinsliches Darlehen ("Promissory Note") in Höhe von ... USD aufgenommen. Dieses Darlehen wurde im Streitjahr durch folgende Finanzierungsstruktur ersetzt:

- 10** Schritt 1: Am ...2005 wurden die bisherigen ... Stammaktien der X-B in ... "Shares of Class A Common Stock" (Class-A Shares) und ... "Shares of Class B Common Stock" (Class-B Shares) umgewandelt. Gleichzeitig wurde eine Ermächtigung zur Erhöhung auf jeweils ... Class-A und Class-B Shares erteilt. Die Class-B Shares unterlagen im Wesentlichen folgenden Bedingungen:
  - Erstrangigkeit gegenüber den übrigen Anteilen in Bezug auf Dividenden ("Class-B Preferred Dividends") sowie in Bezug auf Liquidation, Auflösung und Abwicklung ("Class-B Liquidation Preference" in Höhe von ... USD je Aktie);
  - Vorzugsdividende in Höhe von 5,64 % der Class-B Liquidation Preference;
  - Sofern auch die Class-A Shares 5,64 % Dividende erhalten haben, anteiliger Anspruch der Class-A und Class-B Shares auf verbleibendes Ausschüttungspotential ("Überdividende");
  - Class-B Shares vermitteln keine Stimmrechte und sind nicht einziehbar.
- 11** Schritt 2: Mit Beschluss vom ...2005 erhöhte die X-B ihr Kapital um ... USD durch Ausgabe von ... neuen Class-B Shares. Die neuen Anteile wurden von der X-I am ...2005 gegen Zahlung von ... USD (... USD pro Aktie) übernommen.
- 12** Schritt 3: Die Klägerin stellte der X-F GmbH ... USD als Einlage zur Verfügung, die diesen Betrag als Einlage an die X-H GmbH weiterleitete.
- 13** Schritt 4: Am ...2005 veräußerte die X-I ihre ... Class-B Shares (... = 50,26 % des Kapitals der X-B) für einen Kaufpreis in Höhe von ... USD (... €) an die X-H GmbH. Der Kaufpreis wurde aufgrund eines Bewertungsgutachtens ermittelt. Die X-H GmbH erwarb die Anteile frei von dinglichen Beschränkungen und war in der Aktienurkunde als Inhaberin ausgewiesen. Allerdings unterlag sie schuldrechtlichen Verfügungsbeschränkungen. Die X-H GmbH aktivierte die erworbenen Class-B Shares in ihrer Handels- und Steuerbilanz. Dagegen behandelte die Veräußerin der Class-B Shares, die X-I, den Vorgang in ihrer US-GAAP Bilanz nicht als Abgang vom Beteiligungskonto, sondern wies zum einen weiterhin die Anteile an der X-B und zum anderen eine Darlehensverbindlichkeit gegenüber der X-H GmbH in Höhe von ... USD aus.
- 14** Ebenfalls am ...2005 räumte die X-I der X-H GmbH das Recht ein, ihr die erworbenen Class-B Shares zum ...2014 (unter bestimmten Voraussetzungen auch früher) zum Rückkauf anzudienen (Put Option bzw. Andienungsrecht). Darüber hinaus verpflichtete sich die X-F GmbH in einer Terminverkaufsvereinbarung vom ...2005, sämtliche Anteile der X-H GmbH zum ...2015 (unter bestimmten Voraussetzungen auch früher) an die X-I zu veräußern. In beiden Fällen war für die Class-B Shares ein Preis in Höhe von ... USD zuzüglich 5,64 % Zinsen p.a. und abzüglich bezogener Ausschüttungen festgelegt. Die X-H GmbH hat von dem Andienungsrecht keinen Gebrauch gemacht. Das Termingeschäft wurde dagegen am ...2015 abgewickelt.
- 15** Schritt 5: Nachdem die X-H GmbH den Kaufpreis für die Class-B Shares an die X-I gezahlt hatte, tilgte die X-I das gegenüber der Klägerin bestehende Darlehen in Höhe von ... USD. In dem Pay-Off-Letter vom ...2005 gab sie an, hiervon ... Mio. USD durch eine mit Aktien der X-B gesicherte Kreditaufnahme in der Form eines Rückkaufgeschäfts mit der X-F GmbH zu refinanzieren.
- 16** Die Klägerin behandelte die im Streitjahr von der X-B gezahlte Vorzugsdividende in Höhe von ... USD (... €) als steuerfreie Bezüge i.S. des § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 i.V.m. § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG, die das Einkommen der Klägerin lediglich in Höhe des pauschalen Betriebsausgabenabzugsverbots gemäß § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG erhöhten (5 % von ... € = ... €). Von amerikanischer Seite wurde dagegen in Höhe von ... USD ein steuerlich abzugsfähiger Zinsaufwand der X-I angenommen. Auf die von der X-B gezahlte Vorzugsdividende fiel in den USA keine Quellensteuer an.
- 17** Im Rahmen der Außenprüfung sah das Zentrale Konzernprüfungsamt ... die von der X-B an die X-H GmbH gezahlte Vorzugsdividende als steuerpflichtige Zinsen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG an. Das wirtschaftliche Eigentum an den Class-B Shares sei nicht auf die X-H GmbH übergegangen, so dass die Kaufpreiszahlung in Höhe von ... USD als ein der X-I verdeckt gewährtes Darlehen mit Sicherungsübereignung der Class-B Shares zu qualifizieren sei.

- 18** 3. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) übernahm die Ergebnisse der Außenprüfung und erließ am 15.11.2011 unter Anrechnung kanadischer Quellensteuer einen jeweils entsprechend geänderten Körperschaftsteuerbescheid 2005 und Gewerbesteuermessbescheid 2005. Während des Einspruchsverfahrens ergingen aus anderen Gründen die weiteren Änderungsbescheide vom 31.10.2014.
- 19** Sowohl die Einsprüche als auch die gegen die Einspruchsentscheidung vom 05.06.2015 gerichtete Klage blieben erfolglos.
- 20** Das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 22.05.2017 - 10 K 1859/15 (Entscheidungen der Finanzgerichte --EFG-- 2017, 1433) entschieden, dass hinsichtlich der Genussrechte die für § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erforderliche Beteiligung am Liquidationserlös fehle. Hinsichtlich der von der amerikanischen Ur-Enkelgesellschaft X-B ausgeschütteten Vorzugsdividende verneinte das FG ebenfalls die Voraussetzungen des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Zwar sei das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen der X-B gemäß § 20 Abs. 2a EStG i.V.m. § 39 der Abgabenordnung in der für das Streitjahr geltenden Fassung (AO) auf die X-H GmbH übergegangen. Wegen eines Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) sei aber von steuerpflichtigen Zinsen auszugehen.
- 21** Während des Klageverfahrens ergingen weitere Änderungsbescheide vom 28.06.2016, die weder in den Anträgen der Klägerin noch im FG-Urteil erwähnt worden sind.
- 22** Die Klägerin rügt mit ihrer Revision die Verletzung materiellen Rechts und beantragt (sinngemäß), die Vorentscheidung aufzuheben und die Änderungsbescheide über Körperschaftsteuer für 2005 und über den Gewerbesteuermessbetrag für 2005 vom 15.11.2011, jeweils erneut geändert am 31.10.2014 und in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 05.06.2015 sowie der Änderungsbescheide vom 28.06.2016, dahin zu ändern, dass die von der Klägerin bezogenen Genussrechtsausschüttungen der X-A, Kanada, sowie die Dividendenerträge aus der mittelbaren Beteiligung an der X-B, USA, gemäß § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG (unter Beachtung des § 8b Abs. 5 KStG) von der Körperschaft- und Gewerbesteuer freigestellt werden.
- 23** Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

II.

- 24** Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt aus verfahrensrechtlichen Gründen zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 25** 1. Die Vorentscheidung leidet an einem Verfahrensfehler, da das FG ausschließlich über Bescheide entschieden hat, die zum Zeitpunkt der Vorentscheidung durch den Erlass neuer Änderungsbescheide überholt und nicht mehr existent waren. Darin liegt ein im Revisionsverfahren von Amts wegen zu berücksichtigender Verstoß gegen die Grundordnung des Verfahrens (vgl. Senatsurteile vom 19.05.2010 - I R 62/09, BFHE 230, 18; vom 23.10.2013 - I R 21/11, juris).
- 26** Das FG hat in seinem Urteil lediglich auf die Änderungsbescheide vom 15.11.2011 und vom 31.10.2014 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 05.06.2015 Bezug genommen. Während des finanzgerichtlichen Verfahrens sind aber am 28.06.2016 weitere Änderungsbescheide ergangen. Obwohl die Klägerin ihren Klageantrag nicht entsprechend angepasst und das FG zu den neuen Bescheiden keine Information i.S. des § 68 Satz 3 FGO erhalten hatte, waren zum Zeitpunkt der Vorentscheidung ausschließlich diese neuen Änderungsbescheide vom 28.06.2016 Gegenstand des Klageverfahrens (§ 68 Satz 1 FGO).
- 27** 2. Der Senat kann im Streitfall nicht ausnahmsweise davon absehen, die Vorentscheidung aufgrund dieses Verfahrensfehlers aufzuheben und die Sache an das FG zurückzuverweisen.
- 28** a) Im Streitfall sind die hierfür zu beachtenden Voraussetzungen nicht erfüllt. Diese erfordern (vgl. Senatsurteile in BFHE 230, 18; vom 27.06.2018 - I R 13/16, BFHE 262, 340, BStBl II 2019, 632, jeweils m.w.N.), dass mit den unberücksichtigt gebliebenen Änderungsbescheiden keine neuen Streitpunkte in das Verfahren eingeführt wurden und das FG in Unkenntnis oder unter versehentlicher Außerachtlassung dieser Änderungsbescheide entschieden hat. In diesem Fall wäre die Zurückverweisung eine reine Förmlichkeit, die dem Sinn und Zweck des § 68 Satz 1

FGO widersprüche, das Verfahren trotz Ergehens eines Änderungsbescheids aus prozessökonomischen Gründen fortsetzen zu können.

- 29** b) Mit den Änderungsbescheiden vom 28.06.2016 ist jedoch ein neuer Streitpunkt in das Verfahren eingeführt worden.
- 30** Ausweislich der Steuerakten betreffen die in diesen Bescheiden vorgenommenen Änderungen offenbar die steuerliche Behandlung von Dividenden, welche die Klägerin von einer französischen Tochtergesellschaft erhalten hat. Aufgrund der Besonderheiten des abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs in Art. 20 Abs. 1 Buchst. b des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik zur Vermeidung der Doppelbesteuerungen und über gegenseitige Amts- und Rechtshilfe auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen sowie der Gewerbesteuern und der Grundsteuern vom 21.07.1959 (BGBl II 1961, 398, BStBl I 1961, 343 i.d.F. des Zusatzabkommens vom 20.12.2001, BGBl II 2002, 2372, BStBl I 2002, 892) --DBA-Frankreich-- sah das FA auf Antrag der Klägerin von der ursprünglich angenommenen Anwendung des § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG ab, der ein pauschales Betriebsausgabenabzugsverbot in Höhe von 5 % der Bezüge i.S. des Absatzes 1 vorsieht.
- 31** Auch wenn hierüber zwischen den Beteiligten kein Streit besteht, handelt es sich aus Sicht des Senats, der im Rahmen des Revisionsverfahrens die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide in vollem Umfang zu prüfen hat, um einen neuen Streitpunkt. Denn unter Berücksichtigung des Senatsbeschlusses vom 22.09.2016 - I R 29/15 (BFH/NV 2017, 324) und des Senatsurteils vom 26.04.2017 - I R 84/15 (BFHE 258, 310, BStBl II 2018, 492) bestehen erhebliche Zweifel, ob § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG auf Dividenden einer französischen Tochtergesellschaft tatsächlich keine Anwendung findet. Zum einen verdrängt das nationale Schachtelprivileg regelmäßig das abkommensrechtliche Schachtelprivileg (Senatsbeschluss in BFH/NV 2017, 324). Zum anderen spricht § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG von "Bezügen im Sinne des Absatzes 1, die bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz bleiben", nicht hingegen von solchen Bezügen, die bei der Ermittlung des Einkommens "nach Absatz 1 außer Ansatz bleiben", d.h. die Norm unterscheidet nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht danach, aus welchem Rechtsgrund die Bezüge i.S. des Abs. 1 bei der Ermittlung des Einkommens außer Ansatz geblieben sind (Senatsurteil in BFHE 258, 310, BStBl II 2018, 492; vgl. auch Senatsurteil vom 29.08.2012 - I R 7/12, BFHE 239, 45, BStBl II 2013, 89 zur Geltung des § 8b Abs. 7 KStG a.F. im Rahmen eines abkommensrechtlichen Schachtelprivilegs).
- 32** Allerdings kann der Senat nicht abschließend entscheiden, da das FG zum Sachverhaltskomplex der französischen Dividenden keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Dies betrifft auch die Frage, ob die Besonderheiten der Formulierung in Art. 20 Abs. 1 Buchst. b DBA-Frankreich (Bezugnahme auf "Nettoeinkünfte") zu einem abweichenden Ergebnis führen (ablehnend FG München, Urteil vom 13.03.2017 - 7 K 59/14, EFG 2017, 942; FG Köln, Urteil vom 31.08.2016 - 10 K 3550/14, EFG 2016, 1997, Rev. Bundesfinanzhof --BFH-- I R 72/16, jeweils unter Hinweis auf den "avoir fiscal"; Kramer in Wassermeyer, Frankreich Art. 20 Rz 28b; a.A. Oberfinanzdirektion Karlsruhe vom 10.03.2014 - S 1301/944 - St 222).
- 33** c) Da die Änderungsbescheide vom 28.06.2016 zu Gunsten der Klägerin ergangen sind, würde eine Aufhebung der Vorentscheidung und Zurückverweisung der Sache an das FG darüber hinaus dann ausnahmsweise ausscheiden, wenn die Revision der Klägerin insgesamt materiell unbegründet wäre. Auch in diesem Fall wären Aufhebung und Zurückverweisung an das FG eine reine Förmlichkeit, da das FG wegen des Verböserungsverbots i.S. des § 96 Abs. 1 Satz 2 FGO gehindert wäre, über den neuen Streitpunkt der Anwendung des § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG auf französische Dividenden zu Ungunsten der Klägerin zu entscheiden. Die Revision der Klägerin ist aber materiell (teilweise) begründet. Dies hat zur Folge, dass das FG eine etwaige, für die Klägerin ungünstige Änderung im Zusammenhang mit der Anwendung des § 8b Abs. 5 Satz 1 KStG auf französische Dividenden mit denjenigen Änderungen zu saldieren hätte, die infolge des Revisionsbegehrens zu Gunsten der Klägerin vorzunehmen sind (vgl. BFH-Beschluss vom 19.11.2013 - XI B 9/13, BFH/NV 2014, 373, m.w.N.).
- 34** 3. Hinsichtlich der Genussrechtsausschüttungen der X-A hat das FG allerdings zu Recht steuerfreie Beteiligungserträge der Klägerin i.S. des § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG abgelehnt und stattdessen steuerpflichtige Zinsen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG angenommen.
- 35** a) Gemäß § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG bleiben bei der Ermittlung des körperteuerpflichtigen Einkommens Bezüge i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG außer Ansatz. Hierzu gehören u.a. Bezüge aus "Genussrechten, mit denen das Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist". Für die das Genussrecht emittierende Kapitalgesellschaft regelt § 8 Abs. 3 Satz 2 Variante 2 KStG entsprechend, dass "Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist", nicht das Einkommen dieser Kapitalgesellschaft mindern.

- 36** b) Der Begriff der "Genussrechte" ist weder in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG noch in einer anderen --steuerrechtlichen oder zivilrechtlichen-- Vorschrift definiert. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 05.10.1992 - II ZR 172/91, BGHZ 119, 305), von der im Ausgangspunkt auch steuerrechtlich auszugehen ist (vgl. Senatsurteil vom 19.01.1994 - I R 67/92, BFHE 173, 399, BStBl II 1996, 77 zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; BFH-Urteil vom 08.04.2008 - VIII R 3/05, BFHE 221, 25, BStBl II 2008, 852), handelt es sich nicht um gesellschaftsrechtlich geprägte Mitgliedschaftsrechte, sondern um schuldrechtliche Ansprüche, die so ausgestaltet sein können, dass sie dem Genussrechtsinhaber hinsichtlich der vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten eine gesellschaftsähnliche Rechtsstellung einräumen; Mitverwaltungsrechte (z.B. Stimmrechte) werden dagegen nicht vermittelt.
- 37** Nach seinem klaren Wortlaut erfasst § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG --ebenso wie § 8 Abs. 3 Satz 2 Variante 2 KStG-- nur diejenigen Genussrechte, bei denen der Genussrechtsinhaber sowohl am Gewinn als auch am Liquidationserlös beteiligt ist (Senatsurteil in BFHE 173, 399, BStBl II 1996, 77 zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, m.w.N.). Nur wenn beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, vermitteln die Genussrechte aus steuerrechtlicher Sicht eine gesellschaftsähnliche Rechtsstellung, die zu Einkünften i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG führt. Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, liegen dagegen keine beteiligungsähnlichen, sondern obligationsähnliche Genussrechte vor, aus denen Einkünfte i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG erzielt werden (Senatsurteil vom 12.12.2012 - I R 27/12, BFHE 241, 151, BStBl II 2013, 682). Genussrechte i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG können im Übrigen auch an Kapitalgesellschaften bestehen, die nach ausländischem Recht errichtet worden sind (vgl. BFH-Urteil vom 24.03.1992 - VIII R 51/89, BFHE 168, 234, BStBl II 1992, 941).
- 38** c) Wie das FG nach umfassender Würdigung aller Umstände rechtsfehlerfrei entschieden hat, fehlt im Streitfall eine Beteiligung der Klägerin am Liquidationserlös. Hierfür sind weder die gewinnabhängigen Genussrechtsausschüttungen noch die Stellung der Klägerin als Alleingesellschafterin, die lange Laufzeit der Genussrechte oder das unter bestimmten Voraussetzungen vereinbarte Wandlungsrecht ausreichend.
- 39** aa) Für die Abgrenzung beteiligungsähnlicher Genussrechte sind weiterhin die vom Reichsfinanzhof (RFH) entwickelten Grundsätze von Bedeutung, welche die Grundlage für die erstmalige Kodifizierung in § 7 Satz 2 KStG 1934 bildeten, der Vorgängerregelung zu § 8 Abs. 3 Satz 2 Variante 2 KStG (Senatsurteil vom 28.06.1960 - I 85/60, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 1961, 13). Der RFH hatte für die Annahme beteiligungsähnlicher Genussrechte vor allem darauf abgestellt, dass das Genussrecht die Kapitalgesellschaft etwa in gleicher Weise belastet wie die Beteiligung eines Gesellschafters (Urteil vom 17.04.1934 - I A 316/32, RFHE 36, 43, RStBl 1934, 773). Dass der BFH in späteren Urteilen darauf abgestellt hat, ob eine mit dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft vergleichbare Stellung gegeben ist (Senatsurteile in BFHE 173, 399, BStBl II 1996, 77; vom 14.06.2005 - VIII R 73/03, BFHE 210, 272, BStBl II 2005, 861 zu § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG; in BFHE 241, 151, BStBl II 2013, 682), steht hierzu nicht im Widerspruch. Der Belastungsvergleich aus Sicht der das Genussrecht emittierenden Kapitalgesellschaft und die vermögensrechtliche Stellung aus Sicht des Genussrechtsinhabers sind lediglich zwei Seiten einer Medaille und deshalb für die Einordnung der Genussrechte gleichermaßen relevant (vgl. auch Briesemeister, Hybride Finanzinstrumente im Ertragsteuerrecht, 2006, S. 113 ff.).
- 40** bb) Hiervon ausgehend ist das Kriterium der Beteiligung am Liquidationserlös auf das Abwicklungsendvermögen i.S. des § 11 KStG, d.h. auf die Beteiligung an einem etwaigen Liquidations(mehr)erlös (Häuselmann, Betriebs-Berater 2007, 931, 935) und die damit verbundene Beteiligung des Genussrechtsinhabers an den stillen Reserven zu beziehen (BFH-Urteil in BFHE 210, 272, BStBl II 2005, 861 zu § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG; Gosch, KStG, 3. Aufl., § 8 Rz 151; Janetzko in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8 KStG Rz 187; Kohlhepp in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2. Aufl., § 8 Rz 588 f.; Neumann in Rödder/ Herlinghaus/Neumann, KStG, § 8 Rz 1267; Schulte in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl., § 8 KStG Rz 321; a.A. Grieger, Wertpapier-Mitteilungen 1958, 914, 918; Linscheidt, Der Betrieb 1992, 1852, 1855). Anderenfalls hat der Genussrechtsinhaber keine mit einem Gesellschafter vergleichbare Vermögensrechte. Eine bloße Nachrangvereinbarung, durch die der Genussrechtsinhaber im Liquidationsfall hinter die übrigen Gläubiger zurücktritt, ist nicht ausreichend (BFH-Urteil in BFHE 210, 272, BStBl II 2005, 861 zu § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG; Bundesministerium der Finanzen --BMF--, Schreiben vom 08.12.1986 - IV B 7 - S 2742 - 26/86; Frotscher in Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG, § 8 KStG Rz 388; Kohlhepp in Schnitger/Fehrenbacher, a.a.O., § 8 Rz 597).
- 41** cc) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das FG zutreffend erkannt, dass allein die gewinnabhängige Vergütung nicht zu einer Beteiligung der Klägerin am Liquidationserlös i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG führt. Dass die Klägerin durch die gewinnabhängige Vergütung an den im laufenden Geschäftsverkehr aufgedeckten stillen Reserven beteiligt ist, reicht nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes gerade nicht aus, um ein Genussrecht mit Beteiligungscharakter anzunehmen. Vielmehr ist zusätzlich die Beteiligung am Liquidations(mehr)erlös erforderlich. Im Streitfall ist hingegen nach der Genussrechtsvereinbarung nur eine Rückzahlung des Genussrechtskapitals zum

Nennbetrag vorgesehen. Dies gilt sowohl für den Fall einer Liquidation als auch für jeden anderen Fälligkeitszeitpunkt.

- 42** dd) Darüber hinaus hat das FG zu Recht erkannt, dass auch die Stellung der Klägerin als Alleingesellschafterin nicht für eine Beteiligung am Liquidationserlös i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausreicht.
- 43** (1) Zwar trifft es zu, dass dem Alleingesellschafter ohnehin sämtliche stille Reserven seiner Gesellschaft zustehen. Für die Qualifizierung der Genussrechte kommt es aber darauf an, ob sich die Beteiligung an den stillen Reserven aus den Genussrechtsvereinbarungen ergibt. Dies zeigt bereits der Wortlaut des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, der von Genussrechten spricht, "mit denen" bestimmte Rechte "verbunden" sind. Daran wird deutlich, dass sich diese Rechte aus den Genussrechten selbst ergeben müssen (vgl. auch Frotscher in Frotscher/Drüen, a.a.O., § 8 KStG Rz 389).
- 44** (2) Dass § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG --abweichend von § 8 Abs. 3 Satz 2 Variante 2 KStG-- kein Recht auf "Beteiligung" am Gewinn und Liquidationserlös fordert, führt zu keinem anderen Ergebnis. Vielmehr sind § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und § 8 Abs. 3 Satz 2 Variante 2 KStG korrespondierend auszulegen. Hierfür spricht auch, dass den Formulierungen "Recht auf Beteiligung ... am Liquidationserlös" und "Recht am ... Liquidationserlös" kein unterschiedlicher Sinngehalt zu entnehmen ist.
- 45** (3) Dass der BFH die Mitunternehmerstellung eines stillen Gesellschafters unter Vermischung schuld- und gesellschaftsrechtlicher Gesichtspunkte prüft, indem er den beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH auch ohne Beteiligung an den stillen Reserven als atypisch stillen Gesellschafter anerkennt (Urteil vom 15.12.1992 - VIII R 42/90, BFHE 170, 345, BStBl II 1994, 702), hat ebenfalls keinen Einfluss (a.A. Lang in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 3 KStG Teil A Rz 114). Die für eine Mitunternehmerschaft entwickelten Voraussetzungen des Mitunternehmerrisikos und der Mitunternehmerinitiative können im Einzelfall jeweils mehr oder weniger ausgeprägt sein und sind (bedingt) kompensierbar (BFH-Urteil vom 04.11.1997 - VIII R 19/95, BFH/NV 1998, 1094). Dagegen sind bei der steuerrechtlichen Würdigung von Genussrechten die beiden Kriterien der Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös ausdrücklich gesetzlich vorgegeben und müssen nebeneinander erfüllt sein. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass sich die Qualifikation von Genussrechten ohnehin nur nach den Vermögensrechten und nicht nach den Mitverwaltungsrechten richtet. Schließlich wäre es auch nicht sachgerecht, wenn sich die Einordnung der Genussrechte allein deshalb ändern könnte, weil sie der Alleingesellschafter an einen Dritten veräußert.
- 46** ee) Ferner ist dem FG auch darin zuzustimmen, dass die fehlende Beteiligung am Liquidationserlös nicht durch die Dauer der Kapitalbindung (hier: 40-jährige Laufzeit der Genussrechte) ausgeglichen wird.
- 47** Die gegenteilige Auffassung, die sich auf die wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit des Anspruchs auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals im Fall einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren beruft (BMF-Schreiben vom 08.12.1986 - IV B 7 - S 2742 - 26/86), ist abzulehnen (gl.A. Frotscher in Frotscher/Drüen, a.a.O., § 8 KStG Rz 389; Gosch, a.a.O., § 8 Rz 151; Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach, § 20 EStG Rz 60; Janetzko in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8 KStG Rz 187; Schulte in Erle/Sauter, a.a.O., § 8 KStG Rz 321; kritisch auch Lang in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, a.a.O., § 8 Abs. 3 KStG Teil A Rz 115; Neumann in Rödder/Herlinghaus/Neumann, a.a.O., § 8 Rz 1270). Sie widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes, der zwingend sowohl eine Beteiligung am Gewinn als auch eine Beteiligung am Liquidationserlös fordert, um von gesellschafterähnlichen Vermögensrechten des Genussrechtinhabers ausgehen zu können. Die wirtschaftliche Bedeutung der jeweiligen Ansprüche im Einzelfall spielt keine Rolle, zumal dies vorab nicht abschließend beurteilt werden kann und u.a. vom Zeitpunkt einer etwaigen Liquidation abhängt. Im Übrigen ist auf das Senatsurteil in BFHE 173, 399, BStBl II 1996, 77 zu verweisen, wonach selbst der Ausschluss des Anspruchs auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals nicht dazu führt, das Kriterium der Beteiligung am Liquidationserlös zu erfüllen. Dies muss erst Recht gelten, wenn dieser Anspruch (lediglich) wirtschaftlich bedeutungslos sein sollte.
- 48** ff) Des Weiteren liegt auch in dem vereinbarten Wandlungsrecht keine ausreichende Beteiligung an den stillen Reserven, und zwar unabhängig davon, ob die Zahl der aufgrund des Wandlungsrechts zu liefernden Anteile so bemessen ist, dass ihr erwarteter Wert zum Zeitpunkt der (gegebenenfalls auch vorzeitigen) Fälligkeit über dem Nennbetrag des Genussrechtskapitals liegt.
- 49** Das FG verweist insofern zutreffend auf die Rechtsprechung des Senats zu Wandelschuldverschreibungen (Senatsurteil vom 21.02.1973 - I R 106/71, BFHE 109, 22, BStBl II 1973, 460). Aus Sicht der Gesellschaft, die eine Wandelschuldverschreibung ausgegeben hat, ändert sich danach die steuerrechtliche Qualifizierung in Fremd- oder Eigenkapital erst mit der Ausübung des Wandlungsrechts. Dies ist auf Genussrechte mit Wandlungsrecht zu

übertragen (vgl. auch Körner in Köhler/Goebel/Körner, Handbuch der steueroptimalen Unternehmensfinanzierung, 2017, Rz 280) und gilt wegen der korrespondierenden Regelungen in § 8 Abs. 3 Satz 2 Variante 2 KStG und § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG auch für die Abgrenzung der Einkünfte des Genussrechtsinhabers nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7 EStG.

- 50** Welche rechtlichen Wirkungen ein wirtschaftlicher Zwang zur Ausübung des Wandlungsrechts in dem Sinne hätte, dass ein vernünftiger Gesellschafter unter keinen denkbaren Umständen auf dessen Ausübung verzichten würde (vgl. BMF-Schreiben vom 08.12.1986 - IV B 7 - S 2742 - 26/86; Janetzko in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8 KStG Rz 187; Kohlhepp in Schnitger/Fehrenbacher, a.a.O., § 8 Rz 590), kann im Streitfall offen bleiben. Einen solchen wirtschaftlichen Zwang hat das FG --insbesondere wegen der Unsicherheiten der prognostizierten Wertentwicklung-- in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise für die Klägerin verneint. Unerheblich ist jedenfalls, ob die Ausübung des Wandlungsrechts durch die Klägerin wahrscheinlich war. Die steuerrechtliche Qualifizierung in Eigen- oder Fremdkapital bzw. in Einkünfte i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 7 EStG ist nicht davon abhängig, mit welcher Wahrscheinlichkeit in den Folgejahren stille Reserven zu erwarten sind und dadurch die Ausübung des Wandlungsrechts wirtschaftlich sinnvoll wird. Lässt sich nicht ausschließen, dass der Genussrechtsinhaber sein Wandlungsrecht nicht ausüben, sondern die Rückzahlung des Nennbetrags des Genussrechtskapitals verlangen wird, liegt aus vermögensrechtlicher Sicht jedenfalls keine gesellschafterähnliche Stellung des Genussrechtsinhabers vor (a.A. FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 01.03.1990 - 1 K 1375/89, Recht der Internationalen Wirtschaft 1990, 510). Auch die Belastung des Genussrechtsemittenten ist in diesem Fall nicht mit der Belastung infolge der Beteiligung eines Gesellschafters vergleichbar, da der Genussrechtsemittent gerade in Zeiten eines erhöhten Kapitalbedarfs einem Anspruch auf Rückzahlung des Genussrechtskapitals ausgesetzt sein kann.
- 51** d) Nach dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Kanada zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und bestimmter anderer Steuern, zur Verhinderung der Steuerverkürzung und zur Amtshilfe in Steuersachen vom 19.04.2001 --DBA-Kanada-- (BGBl II 2002, 671, BStBl I 2002, 506) steht Deutschland auch das Besteuerungsrecht an den nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerpflichtigen Genussrechtsausschüttungen aus obligationsähnlichen Genussrechten zu.
- 52** Dies schließt das FG zutreffend aus der Regelung für Zinsen in Art. 11 Abs. 1 DBA-Kanada. Zwar erfasst die --gemäß Art. 11 Abs. 4 Satz 2 DBA-Kanada vorrangige-- Definition der abkommensrechtlichen Dividenden in Art. 10 Abs. 3 Buchst. a DBA-Kanada auch "Einkünfte aus (...) Genussrechten oder Genussscheinen". Aus der Formulierung am Ende des Art. 10 Abs. 3 Buchst. a DBA-Kanada ("oder anderen Rechten -ausgenommen Forderungen- mit Gewinnbeteiligung") und dem darin geregelten Ausschluss von Forderungen mit Gewinnbeteiligung folgt jedoch, dass sich Art. 10 Abs. 3 Buchst. a DBA-Kanada insgesamt auf Beteiligungsrechte bzw. beteiligungsähnliche Rechte beschränkt. Dass Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA-Kanada --anders als Art. 10 Abs. 3 des Musterabkommens der Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD-Musterabkommen)-- keine Beschränkung auf Einkünfte "aus sonstigen Gesellschaftsanteilen" vorsieht, ist vor diesem Hintergrund ohne Bedeutung. Demgemäß ist auch für Zwecke des DBA-Kanada das beteiligungsähnliche Genussrecht nach dem Recht des Anwenderstaates Deutschland zu bestimmen (vgl. Senatsurteil vom 06.06.2012 - I R 6, 8/11, BFHE 237, 346, BStBl II 2013, 111).
- 53** 4. Hinsichtlich der von der Organgesellschaft X-H GmbH erzielten Vorzugsdividenden aus den Class-B Shares hat das FG dagegen rechtsfehlerhaft steuerfreie Bezüge gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG i.V.m. § 8b Abs. 1 und 5 KStG sowie § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG abgelehnt. Die Revision wäre auch materiell insoweit begründet.
- 54** a) Die Annahme steuerfreier Bezüge i.S. des § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG setzt voraus, dass die Vorzugsdividenden steuerrechtlich der X-H GmbH zuzurechnen sind. Dies richtet sich nach § 20 Abs. 2a EStG --mittlerweile § 20 Abs. 5 EStG n.F.-- i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, wonach der "Anteilseigner" die Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt. Anteilseigner ist derjenige, dem die Anteile an der Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses gemäß § 39 AO zuzurechnen sind (§ 20 Abs. 2a Satz 2 EStG). § 39 Abs. 1 AO bestimmt, dass Wirtschaftsgüter dem Eigentümer zuzurechnen sind. "Eigentümer" i.S. dieser Regelung ist grundsätzlich der zivilrechtliche Eigentümer. Allerdings regelt § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO, dass die Zurechnung an diejenige Person erfolgt, welche die tatsächliche Herrschaft über das Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass sie den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann (wirtschaftliches Eigentum).
- 55** Geht es --wie im Streitfall-- um den Verkauf von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, nimmt der BFH in ständiger Rechtsprechung (Urteile vom 11.07.2006 - VIII R 32/04, BFHE 214, 326, BStBl II 2007, 296; vom 24.01.2012 -

IX R 69/10, BFH/NV 2012, 1099, jeweils m.w.N.) jedenfalls dann wirtschaftliches Eigentum des Käufers der Anteile an, wenn dieser aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen) Rechtsgeschäfts eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und darüber hinaus die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen ist. Eine von der zivilrechtlichen Inhaberstellung abweichende Zuordnung eines Wirtschaftsguts kann deshalb auch anzunehmen sein, wenn die vorstehend genannten Voraussetzungen nicht in vollem Umfang erfüllt sind. Zu berücksichtigen ist ferner, dass es für die Besteuerung nicht auf die äußere Rechtsform, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt. Demgemäß ist auch bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums nicht das formal Erklärte oder formal-rechtlich Vereinbarte, sondern das wirtschaftlich Gewollte und das tatsächlich Bewirkte ausschlaggebend (Senatsbeschluss vom 15.10.2013 - I B 159/12, BFH/NV 2014, 291).

- 56** b) Auf dieser Grundlage ist die Entscheidung des FG, die X-H GmbH habe (auch) das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen der X-B erlangt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 57** aa) Die Put Option und der Terminverkauf führen --weder einzeln noch in der Gesamtschau-- zu einer gesicherten Rechtsposition der X-I auf Rückerwerb der Class B Shares. Hinsichtlich der Put Option folgt dies bereits daraus, dass es sich lediglich um ein Andienungsrecht der X-H GmbH handelte. Hinsichtlich des Terminverkaufs ist entscheidend, dass Gegenstand dieser Vereinbarung nicht die Class-B Shares, sondern die Anteile an der X-H GmbH waren. Auch wenn die Class-B Shares dadurch zumindest mittelbar erfasst worden sind, muss zwischen den einzelnen juristischen Vermögensebenen unterschieden werden. Der Erwerb des Anteils an einer Kapitalgesellschaft (hier X-H GmbH) kann --vorbehaltlich eines etwaigen Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO-- nicht mit dem Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen einer ihrer Tochtergesellschaften (hier Class-B Shares) gleichgesetzt werden. Aus diesem Grund führt auch der Einwand, bei Prüfung der gesicherten Rechtsposition müsse auf den normalen Verlauf der Dinge abgestellt werden (vgl. Senatsurteil vom 12.12.2012 - I R 28/11, BFHE 240, 22, BStBl II 2017, 1265), im Streitfall nicht zu einem anderen Ergebnis. Die vertragsmäßige Durchführung des Terminverkaufs hatte nicht den (unmittelbaren) Rückerwerb der Class-B Shares durch X-I zur Folge. Außerdem ließ sich angesichts des Zeitraums von zehn Jahren bis zum geplanten --und letztlich auch durchgeführten-- Terminverkauf kein "normaler" Verlauf der Dinge prognostizieren.
- 58** bb) Ein Verbleib des wirtschaftlichen Eigentums bei X-I folgt des Weiteren nicht aus der Berechnung der Rückkaufpreise im Rahmen der Put Option und des Terminverkaufs, die für die Class-B Shares ... USD abzüglich erhaltener Gewinnausschüttungen und zuzüglich einer Verzinsung in Höhe von jährlich 5,64 % ansetzt. Zwar hatte dies zur Folge, dass sowohl die Chance auf Wertsteigerung als auch das Risiko einer Wertminderung der Class-B Shares (unmittelbar oder mittelbar) bei der Veräußerin X-I verblieben und die Erwerberseite statt der Gewinnausschüttungen wirtschaftlich nur eine feste Verzinsung ihrer eingesetzten ... USD erhielt. Auch insoweit ist aber --vorbehaltlich eines etwaigen Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO-- zwischen den einzelnen Rechtsträgern zu trennen.
- 59** cc) Die bisherige Rechtsprechung des BFH führt zu keinem anderen Ergebnis. Insbesondere ist die Rechtsprechung des VIII. Senats zu einer sog. wechselseitigen Option oder Doppelooption (Urteil in BFHE 214, 326, BStBl II 2007, 296) nicht auf den Streitfall anwendbar, da die Vertragspartner der Put Option und des Terminverkaufs nicht identisch sind (a.A. Wendel, Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht --JbFSt-- 2012/2013, 970 f.). Insofern kann dahingestellt bleiben, ob zusätzlich auch die erforderliche Teilidentität der Ausübungszeitpunkte bzw. -räume fehlt. Entsprechendes gilt für die Senatsurteile vom 16.04.2014 - I R 2/12 (BFHE 246, 15) und vom 18.08.2015 - I R 88/13 (BFHE 251, 190, BStBl II 2016, 961). Zwar hat der Senat für die Fälle der Wertpapierleihe entschieden, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auch dann ausgeschlossen sein kann, wenn sich der Rückerwerb nur auf Wertpapiere gleicher Art und Ausstattung bezieht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch ein mittelbarer Rückerwerb wie im Streitfall ausreicht (Gosch, JbFSt 2018/2019, 480, 484 ff.).
- 60** c) Der Würdigung des FG, die Zwischenschaltung der X-H GmbH sei ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO mit der Folge, dass die Vorzugsdividenden trotz Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums der Class-B Shares als steuerpflichtige Zinsen i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG anzusehen seien, ist dagegen nicht zu folgen.
- 61** aa) Ein Gestaltungsmissbrauch i.S. des § 42 AO ist nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 18.12.2013 - I R 25/12, BFH/NV 2014, 904, m.w.N.) nur gegeben, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die --gemessen

an dem erstrebten Ziel-- unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist. Eine rechtliche Gestaltung ist unangemessen, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll. Allein das Motiv, Steuern zu sparen, macht eine Gestaltung nicht unangemessen.

- 62** bb) Hiernach steht es dem Steuerpflichtigen grundsätzlich frei, bestimmte Einkünfte nicht in eigener Person zu erzielen, sondern die in Frage stehende Einkunftsquelle auf eine dauerhaft zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft, deren Anteilseigner er ist, zu übertragen (Senatsurteil vom 23.10.1996 - I R 55/95, BFHE 181, 490, BStBl II 1998, 90; BFH-Urteil vom 29.05.2008 - IX R 77/06, BFHE 221, 231, BStBl II 2008, 789). Dabei ist im Streitfall weder auf die Grundsätze zur Zwischenschaltung von EU-Kapitalgesellschaften (vgl. hierzu Senatsurteil vom 25.02.2004 - I R 42/02, BFHE 206, 5, BStBl II 2005, 14) noch auf diejenigen zur Zwischenschaltung von Basisgesellschaften (vgl. Senatsbeschluss vom 23.10.2002 - I R 39/01, BFH/NV 2003, 289, m.w.N.) einzugehen, da die X-H GmbH am Sitz ihrer im Inland aktiv tätigen Konzernobergesellschaft (Klägerin) ansässig war.
- 63** cc) Im Streitfall fehlt es zudem an einer für § 42 AO relevanten Steuerminderung. Die Steuerfreiheit für Bezüge i.S. des § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG kommt hierfür zwar grundsätzlich in Betracht. Innerhalb eines Kapitalgesellschaftskonzerns ist sie aber die gesetzlich vorgesehene Folge der Eigenkapitalfinanzierung. Dass mit Hilfe einer "hybriden" Finanzierungsstruktur, die von den amerikanischen Steuerbehörden als Fremdkapital anerkannt wird, zusätzlich der Zinsabzug auf Ebene der amerikanischen Konzerngesellschaften beibehalten wurde, führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Erzielung von Steuervorteilen im Ausland ist keine für § 42 AO relevante Steuerminderung (vgl. Senatsurteil vom 07.09.2005 - I R 118/04, BFHE 211, 164, BStBl II 2006, 537). Auch der doppelte steuerliche Vorteil, der durch die Steuerfreistellung für Dividenden im Inland und dem gleichzeitigen Zinsabzug im Ausland eintritt, ist keine Frage des Missbrauchs, sondern der unterschiedlichen Qualifikation von Besteuerungstatbeständen durch souveräne Staaten. Aus der späteren Einführung des § 8b Abs. 1 Satz 2 KStG n.F., der solche Strukturen und damit den Anfall sog. "weißer Einkünfte" verhindern soll, kann gleichfalls nicht auf die Erfüllung des allgemeinen Missbrauchstatbestands in vorhergehenden Veranlagungszeiträumen geschlossen werden.
- 64** dd) Die Zwischenschaltung der X-H GmbH würde im Übrigen auch dann zu keinem Gestaltungsmissbrauch i.S. des § 42 AO führen, wenn sie nicht zur Beibehaltung der amerikanischen Steuervorteile erforderlich gewesen sein sollte, sondern lediglich dazu diente, die deutschen Steuervorteile gemäß § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG zu sichern. Auch hierfür ist entscheidend, dass es auf Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des FG nicht um eine nur vorübergehende Zwischenschaltung der X-H GmbH für einen "geschäftsvorfallbezogenen" Zeitraum ging (vgl. Senatsurteil in BFHE 206, 5, BStBl II 2005, 14), sondern um eine auf nicht absehbare Dauer angelegte Zwischenschaltung. Darin liegt auch der wesentliche Unterschied zum Urteil des III. Senats vom 18.03.2004 - III R 25/02 (BFHE 205, 470, BStBl II 2004, 787). Denn der III. Senat hatte im Rahmen des gewerblichen Grundstückshandels über eine zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft zu entscheiden, die hinsichtlich der von ihr erworbenen Grundstücke (nur) als Zwischenerwerberin diente.
- 65** d) Die Steuerfreistellung der Dividenden gemäß § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG i.V.m. § 8b Abs. 1 und 5 KStG sowie § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG gilt über § 7 Satz 1 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) auch für die Ermittlung des Gewerbeertrags.
- 66** Eine Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 5 GewStG scheidet aus. Zwar lagen die Voraussetzungen einer Kürzung gemäß § 9 Nr. 7 GewStG selbst dann nicht vor, wenn diese Vorschrift unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union EV vom 20.09.2018 - C-685/16 (EU:C:2018:743, BStBl II 2019, 111) an die für inländische Dividenden geltenden Kürzungsvoraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG angepasst wird (so gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 25.01.2019, BStBl I 2019, 91), da die X-H GmbH die Class-B Shares erst im Streitjahr erworben hatte und sie somit zu Beginn des Erhebungszeitraums 2005 nicht in Höhe von mindestens 10 % am Nennkapital der X-B beteiligt war. Gewerbesteuerrechtlich lebt aber das abkommensrechtliche Schachtelprivileg auf (vgl. Senatsurteil vom 23.06.2010 - I R 71/09, BFHE 230, 177, BStBl II 2011, 129), im Streitfall mithin Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 23 Abs. 2 Buchst. a Satz 3 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und einiger anderer Steuern vom 29.08.1989 --DBA-USA 1989-- (BGBl II 1991, 355, BStBl I 1991, 95), dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Wegen der körperschaftsteuerrechtlichen und gewerbesteuerrechtlichen Organschaften zwischen der

Klägerin und der X-F GmbH sowie zwischen der X-F GmbH und der X-H GmbH ist dieses Schachtelprivileg gemäß § 15 Satz 2 KStG auf Ebene des Organträgers anzuwenden.

- 67** Darüber hinaus kommt es --anders als im Senatsurteil vom 17.12.2014 - I R 39/14 (BFHE 248, 179, BStBl II 2015, 1052)-- auch gewerbesteuerrechtlich zur Betriebsausgabenkürzung nach § 8b Abs. 5 KStG. Durch die Nichtanwendung des § 9 Nr. 7 GewStG bleiben die Dividenden in dem für die Organgesellschaft X-H GmbH selbständig ermittelten Gewerbeertrag enthalten und § 15 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG führt zur vollen Anwendung des § 8b Abs. 1 und 5 KStG auf Ebene des Organträgers.
- 68** 5. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens wird gemäß § 143 Abs. 2 FGO dem FG übertragen.

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