

steueranwaltsmagazin

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

6/2023

133 . Ausgabe | 25. Jahrgang

Redaktion: Jürgen Wagner, LL. M.
Konstanz (verantwortlich)

Dr. Jörg Stalleiken,
Flick Gocke Schaumburg,
Bonn

www.steuerrecht.org

185 **Editorial**
Wagner

Beiträge

186 Hallerbach **MoPeG und Ertragsteuerrecht – ein Update zu den Problemen und aktuellen Gesetzesvorschlägen**

190 von Brocke **Das große EU Unternehmenssteuerepaket „BEFIT – TP – HOT“ der Kommission, notwendige Harmonisierungsschritte oder Bürokratiewahn zur Unzeit?**

197 Jahn/Elßner **Genußrechte als Finanzierungs- und Beteiligungsinstrument – Ertragsteuerliche Behandlung von Genußrechtskapital vor dem Hintergrund des BMF-Schreibens vom 11.04.2023**

206 Biesgen/Izrailevych **Hinweisgeberschutzgesetz: Steuer(-straf-)rechtliche Aspekte**

211 Stein **Von Heiraten, Scheidungen und Todesfällen – Steuerthemen rund um die Familie (Teil 1)**

Genußrechte als Finanzierungs- und Beteiligungsinstrument – Ertragsteuerliche Behandlung von Genußrechtskapital vor dem Hintergrund des BMF-Schreibens vom 11.04.2023

Andreas Jahn, Rechtsanwalt & Steuerberater, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und Lennart Elßner, Rechtsanwalt, beide MEYER-KÖRING Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB, Bonn

I. Wesen und Eigenschaften von Genußrechtskapital

Zwar kennt das Gesetz den Begriff des Genußrechts (vgl. z.B. § 221 Abs. 3 AktG oder § 8 Abs. 3 S. 2 KStG). Es stellt dem Rechtsanwender jedoch keine Definition zur Verfügung. Angesichts der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Genußrechten ist eine solche auch nicht leicht zu finden. Der vertragsrechtliche Charakter und das weitgehende Fehlen gesetzlicher Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung bieten viel Gestaltungsspielraum und sorgen so für Komplexität. Dementsprechend wagt sich auch das BMF in seinem Schreiben vom 11.04.2023 nicht an eine konkrete Begriffsbestimmung, sondern umschreibt Genußrechtskapital zutreffend als *schuldrechtliche Gläubigerrechte, durch die dem Rechteinhaber gegen eine Kapitalüberlassung Vermögensrechte zugestanden werden, die typischerweise nur Gesellschaftern zustehen*.¹

Damit liegt das BMF auf einer Linie mit dem allgemeinen Verständnis in Rechtsprechung und Literatur. Als mezzanines Finanzierungsinstrument bewegt sich das Genußrecht wirtschaftlich – je nach Ausgestaltung – zwischen Eigen- und Fremdkapital. Zwar stellt der Genußrechtsinhaber dem Genußrechtsemittenten gegen bestimmte Vermögensrechte Kapital zur Verfügung. Rechtlich handelt es sich aber nicht um ein gesellschaftsrechtliches, sondern um ein rein schuldrechtliches Verhältnis, das keine Gesellschafter- oder Mitgliedschaftsstellung begründet² und deshalb auch keine Teilnahme-, Mitwirkungs-, Verwaltungs- oder Stimmrechte gewährt.³ Einfluß auf die Unternehmensführung hat ein Genußrechtsnehmer daher in aller Regel nicht, allenfalls eingeschränkte Informations- und Kontrollrechte.⁴ Die Ansprüche des Genußrechtsinhabers gegen den Emittenten sind rein schuldrechtlicher Natur und haben keinen mitgliedschaftlichen Charakter.

II. Einsatzmöglichkeiten von Genußrechten: Finanzierung, Sanierung, Beteiligung

Die in der Praxis anzutreffenden Genußrechte unterscheiden sich je nach Rechtsform des emittierenden Unternehmens und dem mit dem Genußrecht verfolgten Zweck erheblich.

Teils dienen Sie der Kapitalbeschaffung und Kundenbindung für kleine und mittelständische Unternehmen,⁵ teils der Beschaffung regulatorischer Eigenmittel bei Banken und Versicherungen,⁶ teils der Mitarbeiterbeteiligung,⁷ teils als Finanzierungsinstrument im Rahmen von Venture Capital und Growth Investments⁸ oder als steueroptimiertes Sanierungsinstrument.

Genußrechte eignen sich als niedrigschwellige Beteiligungsmöglichkeit auch zur langfristigen Bindung von Kunden, Lieferanten und Mitarbeitern an das eigene Unternehmen. Start-Ups verfügen oftmals nicht über die finanziellen Mittel zur Anstellung hochqualifizierten Personals und haben gleichzeitig einen nicht unerheblichen Eigenkapitalbedarf. Die Ausgabe von Genußrechten kann dann sowohl für den Emittenten als auch den Genußrechtsnehmer das Mittel der Wahl sein.

Bei Bedarf können Genußrechte darüber hinaus auch mit Wandlungs- oder Optionsrechten kombiniert werden. Etwa im Rahmen von Incentive-Modellen können so echte Unternehmensanteile in Aussicht gestellt, eine frühzeitige Zersplitterung der Beteiligungsverhältnisse aber vermieden werden.

1. Hybride, eigenkapitalnahe und fremdkapitalnahe Ausgestaltung

Als hybrides Finanzierungsinstrument weisen Genußrechte Eigenschaften sowohl von Fremd- als auch von Eigenkapital auf. Je nach Ausgestaltung der Genußrechtsbedingungen kann das Genußrecht dem Fremdkapital oder dem Eigenkapital zugeordnet werden. Die Bedingungen, zu denen das Kapital gewährt wird, unterliegen mit Blick auf die zivil-

1 BMF, Schreiben vom 11.04.2023, DStR 2023, 836, Rn. 1.

2 BGH, Urt. v. 21.07.2003 – II ZR 109/02, BGHZ 156, 38–46, Rn. 9.

3 Vgl. BGH, Urt. v. 05.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305–334, Rn. 9.

4 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 1.

5 Vgl. bspw. <https://genussrechte.org>.

6 Siehe Nachweise bei Behnes/Helios, DB 2023, 156, 164.

7 Weitnauer, *Genussrechte: Ein „Königsweg“ für die Mitarbeiterbeteiligung?*, GWR 2023, 271.

8 Siehe Rapp/Reischmann, DStR 2023, 241 ff.

rechtliche Vertragsfreiheit der Disposition der Parteien.⁹ Je nach Vereinbarung kann etwa eine Verlustbeteiligung des Genußrechtsnehmers oder ein Nachrang seines Rückzahlungsanspruchs im Insolvenzfall vorgesehen sein. Die Vergütung erfolgt durch die Teilnahme am wirtschaftlichen Erfolg des emittierenden Unternehmens. Bezugsgrößen können dabei sein der Jahresüberschuß, der Bilanzgewinn, der ausschüttungsfähige Gewinn, EBIT und EBITDA und/oder die Beteiligung am Liquidationserlös des Unternehmens. So kann der Genußrechtsinhaber wirtschaftlich – aber nicht rechtlich – einem Gesellschafter gleichgestellt werden.

Es ist möglich, den Genußrechtsnehmer auf bloße Gläubigerrechte zu beschränken (z.B. durch eine Festverzinsung des Kapitals ohne weitergehende Rechteeinräumung). Seine Stellung entspricht in diesen Fällen weitgehend der eines Fremdkapitalgebers. Häufig werden so ausgestaltete Genußrechte mit einem Genußschein verbrieft und zudem mit einer kurzen Laufzeit oder Kündigungsfrist versehen, die eine zügige Entstrickung der Parteien ermöglichen.

2. Abgrenzung zur stillen Gesellschaft

Die große Gestaltungsfreiheit führt in der Praxis nicht selten zu Abgrenzungsproblemen zwischen Genußrechtskapital und anderen Kapitalanlage- und Finanzierungsmaßnahmen. Die Bezeichnung einer Kapitalüberlassung als „Genußrecht“ soll allenfalls ein Indiz für das Vorliegen von Genußrechtskapital darstellen.

Entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung des Genußrechts von einer stillen Gesellschaft soll nach dem BMF das Verfolgen eines gemeinsamen Zwecks sein, der über eine bloße Kapitalhingabe hinausgeht.¹⁰ Damit orientiert sich die Finanzverwaltung an der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH), der für eine stille Gesellschaft ebenfalls ein „*gesellschaftsrechtliches Element*“¹¹ und ein „*substantielles, Mehr' als die bloße Kapitalhingabe und dessen Verwendung*“¹² verlangt. Ein Indiz für das Vorliegen eines gemeinsamen Zweckes sei es, wenn für eine Änderung des Unternehmensgegenstandes die Zustimmung des Kapitalgebers erforderlich ist.¹³

Für Rechtsanwender bleibt eine trennscharfe Abgrenzung anhand des wertungsoffenen Kriteriums „gemeinsamer Zweck“ weiterhin schwer auszumachen. Gerade „eigenkapitalnahe“ Genußrechte weisen dem Inhaber regelmäßig eine der Gesellschafterstellung weit angenäherte Rechtsposition zu. Wer nicht unfreiwillig eine stille Gesellschaft gründen will, wird nicht nur auf Mitspracherechte des Kapitalgebers bei Änderung des Unternehmensgegenstandes verzichten müssen. Auch die Verknüpfung eines Genußrechts mit *typischen Gesellschafterrechten*¹⁴ wie etwa umfangreichen Informations- und Kontrollrechten oder gar aktiven Mitverwaltungsbefugnissen kann ein Indiz für ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis sein. Letztlich entscheidet die jeweilige Ausgestaltung im Einzelfall.

3. Abgrenzung zum partiarischen Darlehen

Von einem partiarischen Darlehen unterscheiden sich Genußrechte in erster Linie anhand einer Verlustbeteiligung des Genußrechtskapitals.¹⁵ Tatsächlich überzeugt dieses simple Abgrenzungskriterium in vielen Praxisfällen: Denn während eine solche Verlustbeteiligung bei Genußrechten zu den üblichen Standard-Abreden gehört, ist sie einem Darlehen wesensfremd.

Ist ein Genußrecht jedoch ohne Beteiligung am Verlust ausgestaltet, wird darauf abgestellt werden müssen, ob dem Genußrechtsinhaber bei einer Gesamtbetrachtung kreditgeberähnliche oder aktionärsähnliche Rechte eingeräumt werden.¹⁶ Liegt eine aktionärsähnliche Ausgestaltung vor, kann allerdings wiederum die Abgrenzung zur stillen Gesellschaft Schwierigkeiten bereiten.

	Partiarisches Darlehen	Genußrecht	Stille Gesellschaft
Erfolgsabhängige Vergütung	ja	ja	ja
Verlustbeteiligung	nein	ja	ja
Gesellschafter- oder Mitgliedschaftsrechte	nein	nein	ja
Gemeinsame Zweckverfolgung	nein	nein	ja
Laufzeit	begrenzt	begrenzt	unbegrenzt

III. Bilanzielle Behandlung von Genußrechtskapital

Abgrenzungsfragen stellen sich zudem auf der Ebene der handels- und steuerrechtlichen Bilanzierung. Je nach Ausgestaltung ist Genußrechtskapital – handels- und steuerbilanziell entweder als Eigen- oder als Fremdkapital auszuweisen. Die Finanzverwaltung verfolgt bei der bilanziellen Würdigung von Genußrechten ein zweistufiges Verfahren:

9 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 1.

10 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 4.

11 Vgl. BFH, Ur. v. 28.11.2019 – IV R 54/16, BStBl II 2023, 447, Rn. 34.

12 Vgl. BFH, Ur. v. 08.04.2008 – VIII R 3/05, BStBl II 2008, 852, Rn. 27.

13 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 5 unter Verweis auf BGH, Ur. v. 10.10.1994 – II ZR 32/94 – BGHZ 127, 176 – 186; vgl. auch vgl. *Mihm*, BB 2023, 427, 428, 430.

14 Vgl. BFH, Ur. v. 08.04.2008 – VIII R 3/05, BStBl II 2008, 852, Rn. 30.

15 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 6; vgl. BFH, Ur. v. 28.11.2019 – IV R 54/16, BStBl II 2023, 447, Rn. 33.

16 *Doege/Niermann/Weeg*, StuB 9/2023 vom 12.05.2023, S. 369, 370.

Zunächst wird ermittelt, ob es sich um Eigen- oder Fremdkapital handelt. Liegt Fremdkapital vor, prüft die Finanzverwaltung in einem zweiten Schritt, ob dieses als (gewinnmindernde) Verbindlichkeit auszuweisen ist.¹⁷

1. Ausweis in der Handelsbilanz

Der Ausweis in der Handelsbilanz orientiert sich an der Verlautbarung des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) HFA 1/1994. Danach hat gegen Genußrechte gewährtes Kapital Eigenkapitalcharakter, wenn kumulativ

- die Kapitalüberlassung gegenüber den anderen Gläubigern bei Insolvenz oder Liquidation nachrangig ist (§ 39 Abs. 2 InsO),
- die Vergütung erfolgsabhängig ist, d.h. nicht aus dem gegen Ausschüttungen geschützten Kapital erfolgen darf,
- das überlassene Kapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt, also vor Rückgriff auf das gegen Ausschüttungen geschützte Kapital, und
- die Kapitalüberlassung langfristig erfolgt, eine kurzfristige Kündigung also nicht möglich ist.¹⁸

„Langfristigkeit“ soll dabei nach allgemeiner Ansicht regelmäßig vorliegen, wenn das Kapital für mindestens fünf Jahre¹⁹ überlassen wird und eine etwaige Kündigungsfrist mindestens zwei Jahre beträgt.²⁰ Ob das Kapital von einem Anteilseigner oder einem fremden Dritten zugeführt wird, ist in diesen Fällen unerheblich. Unabhängig von der Person des Genußrechtsnehmers ist es handelsrechtlich als Eigenkapital auszuweisen.

Handelsbilanziell wie Eigenkapital auszuweisendes Genußrechtskapital bleibt dennoch zivilrechtlich Fremdkapital. Der bilanzielle Ausweis des eigenkapitalähnlichen Genußrechtskapitals erfolgt in der Regel als Posten zwischen dem Eigenkapital und dem Fremdkapital. Unabhängig von der Einordnung mindern die Vergütungen für die Überlassung des Genußrechtskapitals den handelsrechtlichen Jahresüberschuß.²¹

2. Ausweis in der Steuerbilanz

Für die steuerliche Beurteilung sind grundsätzlich die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) und damit die Ansätze in der Handelsbilanz maßgeblich (§ 5 Abs. 1 EStG). Die Literatur beurteilt nicht einheitlich, ob die o.g. Kriterien des IDW als GoB anzusehen sind.²² Das BMF greift die Vorgaben des IDW lediglich als Darstellungsregeln auf²³ und geht erkennbar nicht davon aus, daß sich die steuerrechtliche Beurteilung zwingend analog den o.g. IDW-Kriterien zu richten habe.²⁴ Die handelsbilanzielle Einordnung als Eigenkapital nach IDW HFA 1/1994 schließt steuerrechtliches Fremdkapital nicht aus.

Auch § 8 Abs. 3 S. 2 KStG misst die Finanzverwaltung keinen Einfluß auf die Bilanzierung zu. Nach dieser Vorschrift mindern Ausschüttungen auf Genußrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös einer

Kapitalgesellschaft verbunden ist, deren Einkommen nicht. Hierbei handelt es sich nach Ansicht des BMF nicht um eine Bilanzierungs-, sondern um eine reine Einkommensermittlungsvorschrift, die das Vorliegen von Fremdkapital bereits voraussetzt.²⁵

a) Grundsatz: Fremdkapital

Entsprechend der zivilrechtlichen Rechtsnatur ist Genußrechtskapital, das nicht durch Gesellschafter oder diesen nahestehenden Personen zur Verfügung gestellt wird, nach Auffassung der Finanzverwaltung immer Fremdkapital.²⁶

b) Ausnahmsweise: Eigenkapital

Wird Genußrechtskapital hingegen von einem Anteilseigner oder einer diesem nahestehenden Person zugeführt, ist nach dem BMF zu prüfen, ob die Mittel lediglich vorübergehend als Fremdkapital oder aber dauerhaft als Eigenkapital in das Vermögen der Kapitalgesellschaft gewährt wurden. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist das Bestehen einer Rückzahlungsverpflichtung.²⁷ Dies macht eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob eine Rückzahlung nach den getroffenen Vereinbarungen vorgesehen und auch tatsächlich ernstlich beabsichtigt (d.h. insbesondere realistisch) ist.²⁸ Steuerrechtliches Eigenkapital liegt nach Ansicht der Finanzverwaltung demzufolge nur bei einer *dauerhaften* Überführung des Kapitals in das Vermögen der empfangenden Gesellschaft vor, wohingegen nach den o.g. Kriterien handelsrechtlich schon bei einer *langfristigen* Gewährung von mindestens fünf Jahren Eigenkapital anzunehmen ist.

c) Sonderfall: Wandlungs- und Optionsrechte

Auch die Kombination von Genußrechten mit Wandlungs- und/oder Optionsrechten (Vereinbarung zur Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung durch die Gewährung von Gesellschaftsanteilen) steht der Qualifikation als Fremdkapital grundsätzlich nicht entgegen.²⁹ Zwar ist bei Gewährung des

¹⁷ BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1) Rn. 7.

¹⁸ Vgl. *Mihm*, BB 2023, 427; BMF (Fn. 1) Rn. 13.

¹⁹ A.A. 10 Jahre, vgl. *Suchan*, MüKoBilanzR/Suchan, 1. Aufl. 2013, HGB § 266 Rn. 108; siehe zum Meinungsstand MüKoHGB/*Reiner*, 4. Aufl. 2020, HGB § 266 Rn. 97 – dort Fn. 322 m.w.N.

²⁰ *Schubert/Waubke* in Beck Bil-Komm. HGB § 266 Rn. 191.

²¹ *Doege/Niermann/Weeg*, StuB Nr. 9 vom 12.05.2023, S 369, 370 unter Verweis auf HFA 1/1994, Rn. 2.2.

²² Vgl. *Hennrichs/Schlotter*, DB 2016, 2072, 2076.

²³ Vgl. BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 13, 15.

²⁴ *Doege/Niermann/Weeg*, (Fn. 18) S. 371; *Behnes/Helios*, DB 2023, 156, 160.

²⁵ BMF vom 11.04.2023 (Fn. 2), Rn. 11; zust. *Mihm*, BB 2023, 427, 431; *Behnes/Helios*, DB 2023, 156, 160.

²⁶ BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 8.

²⁷ BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 8.

²⁸ BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 9; zust. *Behnes/Helios*, DB 2023, 156, 160.

²⁹ BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 18.

Kapitals wie bei einem „einfachen“ Genußrecht zu prüfen, ob das Kapital mangels Rückzahlungsverpflichtung auf Dauer zugeführt wurde. Allein der Umstand, daß bei Ausübung des Rechts keine Rückzahlung erfolgt, hindert nicht die Einordnung als Fremdkapital. Die steuerrechtliche Umqualifizierung in Eigenkapital erfolgt nach allgemeiner Auffassung daher erst ab dem Zeitpunkt der Ausübung des Wandlungs- oder Optionsrechts mit Wirkung für die Zukunft.³⁰

3. Ausweis als Verbindlichkeit in der Steuerbilanz, Ausnahmen

Nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit (§ 8 Absatz 1 KStG i.V.m. § 5 Absatz 1 Satz 1 EStG) haben buchführende (Kapital-)Gesellschaften in der Bilanz das Betriebsvermögen anzusetzen, das nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist. Dem Grunde und der Höhe nach entstandene Verbindlichkeiten sind in der Bilanz auszuweisen, auch wenn sie noch nicht fällig sind (vgl. § 246 Absatz 1, § 247 Absatz 1, § 253 Absatz 1 Satz 2 und § 266 Absatz 3 HGB). Somit ist Genußrechtskapital auch steuerbilanziell grundsätzlich als Verbindlichkeit auszuweisen.³¹

Davon macht die Finanzverwaltung zwei Ausnahmen bei fehlender wirtschaftlicher Belastung und in den Fällen des § 5 Abs. 2 a EStG.

Eine Verbindlichkeit ist nicht (mehr) zu passivieren, wenn sie keine wirtschaftliche Belastung am Bilanzstichtag darstellt.³² Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls mit einer Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht (mehr) zu rechnen ist.³³ Dabei kann relevant werden, in welchem Verhältnis der Genußrechtsnehmer zu dem Emittenten steht und ob das Genußrechtskapital etwa in einer Krise des Unternehmens gewährt wurde. Allein die Vereinbarung einer langen Laufzeit, einer Nachrangabrede kombiniert mit einer Verlustteilnahme oder die Vermögenslosigkeit des Emittenten sollen eine wirtschaftliche Belastung aber nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausschließen.³⁴ Es verbleiben damit nur wenige Einzelfälle, in denen als Fremdkapital auszuweisendes Genußrechtskapital unter diesem Gesichtspunkt nicht als Verbindlichkeit zu passivieren ist.

Die zweite Ausnahme bilden die Anwendungsfälle des Passivierungsaufschubs gem. § 5 Abs. 2 a EStG. Hiernach sind (Genußrechts-)Verbindlichkeiten, die nur zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen, erst anzusetzen, wenn die Einnahmen oder Gewinne tatsächlich angefallen sind. Bis dahin besteht ein Passivierungsverbot; an der Qualifikation des Genußrechtskapitals als Fremdkapital ändere sich indes nichts.³⁵ Wird analog der Rechtslage zum qualifizierten Rangrücktritt zugleich eine Tilgung auch aus sonstigem Vermögen, dem sog. *freien Vermögen* vereinbart, findet das Passivierungsverbot des § 5 Abs. 2 a EStG

keine Anwendung. § 5 Abs. 2 a EStG stellt nicht darauf ab, ob freies Vermögen zum maßgeblichen Bilanzstichtag bereits vorhanden ist oder künftig geschaffen werden kann.³⁶

IV. Ertragsteuerliche Behandlung

Die Relevanz der bilanziellen Behandlung von Genußrechtskapital ergibt sich aus den unmittelbaren Auswirkungen auf die Besteuerung.

1. Besteuerung des Emittenten

Handelt es sich bei Genußrechtskapital – wie im Regelfall – um Fremdkapital, führt der Zufluß für das Genußrechtsausgebende Unternehmen grundsätzlich zu einem (steuerpflichtigen) Ertrag. Dieser wird zumeist jedoch durch Einbuchen der Rückzahlungsverbindlichkeit neutralisiert. Liegt Eigenkapital vor, d.h. bei einer *dauerhaften* und durch das Gesellschaftsverhältnis veranlaßten Kapitalgewährung durch einen Anteilseigner oder eine diesem nahestehende Person, besteht zwar keine (ernstliche) Rückzahlungspflicht. Der Kapitalzufluß wird aber wiederum durch den Ansatz einer Einlage in entsprechender Höhe (bzw. in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung) ausgeglichen. Der Zufluß von Genußrechtskapital beim Emittenten ist daher in der Regel steuerneutral.

Ein späterer Wegfall der Rückzahlungspflicht bzw. deren Wiederaufleben ist grundsätzlich erfolgswirksam. Zwar kommt es auch insoweit bei Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis regelmäßig zu einer Neutralisierung durch eine Einlage bzw. Entnahme. Eine gesellschaftliche Veranlassung verneint das BMF grundsätzlich indes bereits dann, wenn eine Verbindlichkeit mangels wirtschaftlicher Belastung am Bilanzstichtag in der Bilanz der Emittentin nicht passiviert werden darf und das jeweilige Genußrecht inhaltsgleich auch an fremde Dritte ausgegeben wird.³⁷

Handelt es sich bei dem Genußrechtskapital um Fremdkapital, sind die von dem Emittenten für die Überlassung geleisteten Vergütungen gemäß § 4 Abs. 4 EStG (ggf. i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG) grundsätzlich als Betriebsausgaben abziehbar. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Rückzahlungsverbindlichkeit zu passivieren ist.³⁸

30 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 18; zust. *Behnes/Helios*, DB 2023, 156, 161.

31 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 20.

32 BFH, Urt. v. 22.11.1988 – VIII R 62/85 – BFHE 155, 322, BStBl II 1989, 359.

33 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 21; vgl. BFH, Urt. v. 22.11.1988 – VIII R 62/85 – BFHE 155, 322, BStBl II 1989, 359.

34 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 22, zust. *Behnes/Helios*, DB 2023, 156, 162.

35 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 25.

36 BFH, Urt. v. 19.08.2020 – XI R 32/18, DStR 2020, 2716 Rn. 38, 39.

37 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 28.

38 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 7, 29.

2. Abzugsverbot des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG

Lediglich Kapitalgesellschaften müssen in einem zweiten Schritt zusätzlich das Abzugsverbot des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG beachten, wonach Zahlungen auf Vergütungen für Genußrechte das steuerpflichtige Einkommen nicht mindern, außerbilanziell also wieder hinzuzurechnen sind. Dieses greift ein, wenn der Genußrechtsnehmer am Gewinn und am Liquidationserlös der Gesellschaft beteiligt ist. Nur wenn beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, vermitteln die Genußrechte aus steuerrechtlicher Sicht eine gesellschaftsähnliche Rechtsstellung, die zu Einkünften i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG führt. In diesen Fällen werden für das Genußrechtskapital gezahlte Vergütungen dem Gewinn außerbilanziell wieder hinzugerechnet, also bereits auf Ebene des Emittenten versteuert. Fehlt eine der beiden Voraussetzungen, liegen dagegen keine beteiligungsähnlichen, sondern obligationsähnliche Genußrechte vor, aus denen Einkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG erzielt werden.³⁹

a) „Beteiligung am Gewinn“

Das Merkmal „Beteiligung am Gewinn“ ist nach Ansicht der Finanzverwaltung weit auszulegen.⁴⁰ Erforderlich sei eine Teilnahme am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Diese könne sich an Kennzahlen wie dem Jahresüberschuß, dem Bilanzgewinn, dem ausschüttungsfähigen Gewinn, EBIT und EBITDA oder Dividendenausschüttungen bemessen.⁴¹ Die gewinnabhängige Vergütung soll dabei nach einer Literaturlauffassung auch neben einem Festzins stehen können, sofern der gewinnabhängige Teil im Vordergrund steht.⁴²

Bezugsgrößen, die an die Stelle einer Gewinnbeteiligung treten, reichen i.S.d. Vorschrift nicht aus, bspw. eine Beteiligung am Umsatz, am Ergebnis einzelner Sparten (tracking-stock), von einzelnen Wirtschaftsgütern oder anderen Konzerngesellschaften.⁴³ In der Literatur wird kontrovers diskutiert, ob eine Festverzinsung, die nur aus einem „Gewinn“ zu zahlen ist, eine Gewinnbeteiligung i.S.d. Vorschrift ist.⁴⁴ Eine (in der Praxis übliche) Beteiligung an Verlusten ist jedenfalls weder erforderlich noch schädlich.

b) „Beteiligung am Liquiditätserlös“

Die von § 8 Abs. 3 S. 2 KStG darüber hinaus vorausgesetzte Beteiligung am Liquiditätserlös verlangt eine zumindest teilweise Teilhabe an stillen Reserven des Unternehmens. Dafür soll nach Auffassung der Finanzverwaltung bereits die garantierte Rückzahlung des Genußrechtskapitals zum Nennbetrag trotz einer vereinbarten Verlustbeteiligung genügen.⁴⁵ Denn auch bei einer nur teilweisen Beteiligung an den stillen Reserven liege eine Beteiligung am Liquidationserlös i.S.d. § 8 Absatz 3 Satz 2, 2. Alternative KStG vor. In der Literatur ist diese Ansicht zu Recht kritisch aufgenommen worden: Die Rückzahlung hängt in diesen Fällen nicht von den stillen Reserven des Unternehmens ab, sondern von dessen Liquidität.⁴⁶

Schwierigkeiten bereitet auch, daß die Finanzverwaltung in Übereinstimmung mit dem BFH den Passus „Beteiligung am Liquidationserlös“ wohl als Beteiligung am Abwicklungserlös i.S.d. § 11 KStG versteht.⁴⁷ Dies wirft die Frage auf, ob eine solche Beteiligung auch bei kündbaren und/oder befristeten Genußrechten erforderlich ist, obwohl diese regelmäßig weit vor der Liquidation des jeweiligen Unternehmens beendet werden.⁴⁸ Womöglich ist das BMF gar so zu verstehen, daß bei einer Beendigung des Genußrechts auch das Unternehmen tatsächlich liquidiert werden müsse, um unter die Regelung des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG zu fallen.⁴⁹ In der Literatur wird allerdings erwogen, auch eine virtuelle Beteiligung an den stillen Reserven ausreichen zu lassen.⁵⁰ Die Finanzverwaltung äußert sich in ihrem Schreiben nicht weiter zu dieser Frage.

c) Keine Anwendung auf Personengesellschaften

Ausschüttungen auf Genußrechte von Personengesellschaften oder Einzelunternehmen sind bei betrieblicher Veranlassung grundsätzlich Betriebsausgaben und mindern den Gewinn der Gesellschaft bzw. des Unternehmens. Dabei kommt es nicht darauf an, wie die Genußrechte im Einzelnen ausgestaltet sind.⁵¹

3. Besteuerung des Genußrechtsinhabers

Die Besteuerung des Genußrechtsnehmers erfolgt grundsätzlich unabhängig von der bilanziellen und steuerlichen Behandlung beim Emittenten. Allerdings wird sie maßgeblich durch die Ausgestaltung des jeweiligen Genußrechts, die Beziehung zwischen Unternehmen und Genußrechtsnehmer, den Umfang der Beteiligung des Genußrechtsnehmers und die Rechtsform des Emittenten geprägt.

39 BFH, Urt. v. 14.08.2019 – I R 44/17 – BFHE 267, 1, Rn. 37.

40 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 31.

41 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 31.

42 Lang in Dötsch/Pung/Möhlenbrock § 8 Abs. 3 Teil A Rn. 109; Mihm, BB 2023, 427.

43 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 31; Gosch in Gosch, KStG, § 8 Rn. 151; BeckOK KStG/Micker, 18. Ed. 15.09.2023, KStG § 8 Rn. 1137; Janetzko in HHR, EStG/KStG, 320. Lieferung, 8/2023, § 8 KStG, Rn. 184.

44 Dagegen BeckOK KStG/Micker, 18. Ed. 15.09.2023, KStG § 8 Rn. 1137; a.A. Mihm, BB 2023, 429; jeweils m.w.N.

45 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 33.

46 Mihm, BB 2023, 427; Doege/Niermann/Weeg, StuB 9/2023 S. 369, 373; Gosch in Gosch, KStG, § 8 Rn. 151; vgl. auch Behnes/Helios, DB 2023, 156, 163.

47 So bereits BFH, Urt. v. 14.08.2019 – I R 44/17 – BFHE 267, 1, Rn. 40.

48 Für eine Entbehrlichkeit etwa Lang in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, § 8 Abs. 3 Teil A Rn. 112.

49 Vgl. dazu BFH, Urt. v. 14.08.2019 – I R 44/17 – BFHE 267, 1, Rn. 40.

50 Vgl. Doege/Niermann/Weeg, StuB 9/2023 S. 369, 373.

51 Koch-Schulte/Echarri in Wagner, Lohnsteuer 1. Auflage 2023, Abschnitt P. Rn. 756.

a) Laufende Bezüge, Ausschüttungen auf das Genußrecht

Die für die Kapitalhingabe bezogenen Vergütungen stellen bei einer natürlichen Person regelmäßig Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 oder Nr. 7 S. 1 EStG (i.V.m. § 8 Abs. 2 KStG) dar. Werden Genußrechte an Mitarbeiter ausgegeben, kann es sich stattdessen um Arbeitslohn, also Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit i.S.d. § 19 EStG, handeln, wenn die Einkünfte auch durch das Dienstverhältnis veranlaßt sind. In der Regel beruhen auch die Genußrechtsbezüge von Mitarbeitern auf deren eigenem Kapitaleinsatz.⁵² Regelmäßig vergüten die Ausschüttungen in erster Linie die Kapitalhingabe und allenfalls nachrangig die Arbeitsleistung eines Angestellten. Nur bei einer besonders engen Verquickung von Genußrecht und Arbeitsverhältnis können die Ausschüttungen daher als Lohn angesehen werden. Der BFH hat dies bspw. bejaht hinsichtlich Genußrechten, die nur durch einen Verkauf an den Arbeitgeber verwertet werden konnten, wobei die Höhe des Kaufpreises davon abhing, wie das Anstellungsverhältnis zu Ende ging.⁵³ In einem weiteren Fall haben die Münchener Richter auf Arbeitslohn erkannt, weil die Höhe der Verzinsung des Genußrechts von einem aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern gebildeten Partnerausschuß bestimmt wurde.⁵⁴

Handelt es sich nicht um Arbeitslohn, hat die Emittentin gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG Kapitalertragsteuer zzgl. Solidaritätszuschlag i.H.v. 26,375% einzubehalten.⁵⁵ Je nach Art des Emittenten (Kapitalgesellschaft oder Personengesellschaft) und der Ausgestaltung des Genußrechts (Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös) sind die Bezüge in diesen Fällen § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG oder § 20 Abs. 1 Nr. 7 S. 1 EStG zuzuordnen. Der Gläubiger der Kapitalerträge und gleichzeitige Schuldner der Kapitalertragsteuer (§ 44 Abs. 1 S. 1 EStG) kann sich die vom Emittenten für ihn abgeführte Kapitalertragsteuer (§ 44 Abs. 1 S. 3 EStG) – vorausgesetzt, es handelt sich um einen unbeschränkt Steuerpflichtigen – nach den Vorschriften des § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ggf. i.V.m. § 31 Abs. 1 KStG ggf. auf seine Körperschaftsteuerschuld im Rahmen der Veranlagung anrechnen lassen.⁵⁶ Bei einer ausländischen Kapitalgesellschaft als Genußrechtsinhaberin kann ggf. eine (teilweise) Reduktion bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer auf Basis von § 44 Abs. 9 EStG bzw. DBA in Frage kommen.⁵⁷

Ungeklärt bleibt auch nach dem BMF-Schreiben die (analoge) Anwendbarkeit des § 8 b Abs. 1 i.V.m. § 8 b Abs. 4 KStG bei Ausschüttungen an Körperschaften als Inhaber beteiligungsähnlicher/eigenkapitalähnlicher Genußrechte.⁵⁸ Zwar führen die Zahlungen zu Einkünften aus § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG; unklar ist aber, wie bei einer reinen Genußrechtsbeteiligung die 10% Beteiligungsschwelle auszulegen sein soll, da es beim Genußrechtsinhaber an einem Anteil am Grund- oder Stammkapital fehlt. Solange ein Grund- oder Stammkapital *vorhanden* ist (vgl. § 8 b Abs. 4 Satz 1, 2. Hs. KStG), darf auch nicht ersatzweise auf eine Beteiligung am Vermögen abgestellt werden.⁵⁹ Die Finanzverwaltung ist deshalb mit dem Wortlaut der

Norm zu Recht der Auffassung, Genußrechtskapital ist für die Berechnung der Beteiligungsquote nicht einzubeziehen, da das Gesetz ausdrücklich auf die Beteiligung am Grund- oder Stammkapital abstellt. Besitzt der Genußrechtsinhaber nicht zusätzlich eine Beteiligung am Stammkapital von mindestens 10, sind auch die Bezüge aus Genußrechtskapital steuerpflichtig, das eine dem Eigenkapital ähnliche Rechtsposition einräumt.⁶⁰ Eine andere Auslegung führte zu schwer auflösbaren Folgeproblemen, insbesondere für die Ermittlung der jeweiligen Beteiligungsquoten.⁶¹

b) Veräußerungserlöse

Die Rückzahlung des Kapitals selbst ist wie bei der Rückzahlung einer Darlehensverbindlichkeit steuerneutral. Kapitalertragsteuer fällt nicht an. Veräußert ein Genußrechtsinhaber ein „eigenkapitalnahes“ Genußrecht an einer Kapitalgesellschaft, so erzielt er je nach Umfang seiner Beteiligung am Unternehmen entweder gewerbliche Einkünfte nach § 17 Abs. 1 S. 3 EStG oder Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 S. 1 und 2 EStG. Veräußerungen „fremdkapitalnah“ oder durch Personengesellschaften ausgegebener Genußrechte unterfallen § 20 Abs. 2 Nr. 7 EStG.

Die Gewinne bleiben bei einer veräußernden Kapitalgesellschaft nach § 8 b Abs. 2 S. 1 KStG bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens außer Ansatz, da es sich bei eigenkapitalähnlichen Genußrechten um Anteile an einer Körperschaft handelt, deren Leistungen beim Empfänger zu Einnahmen i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG führen.⁶²

Wird das Genußrecht im Betriebsvermögen gehalten, ist auf die vereinnahmten Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne nach den allgemeinen Regeln nicht die Abgeltungssteuer, sondern das Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG anwendbar.⁶³

52 Vgl. BFH, Urt. v. 04.10.2016 – IX R 43/15 – BFHE 255, 442, BStBl II 2017, 790, Rn. 23.

53 BFH, Urt. v. 05.11.2013 – VIII R 20/11 – BFHE 243, 481, BStBl II 2014, 27.

54 BFH, Urt. v. 21.10.2014 – VIII R 44/11 – BFHE 247, 308, BStBl II 2015, 593.

55 Ungeachtet einer möglichen Anwendung von § 8 b KStG, § 43 Abs. 1 S. 3 EStG.

56 *Rapp/Reischmann*, Genussrechte als Finanzierungsinstrument, DStR 2023, 241, 244.

57 *Rapp/Reischmann*, DStR 2023, 241, 248.

58 Ausführlich dazu *Rapp/Reischmann*, DStR 2023, 241, 246; *Kellmann/Brüggemann*, Ubg 2023, 121, 128.

59 BeckOK KStG/Pohl KStG § 8 b Rn. 774.

60 BT-Drs. 17/13046, S. 9; a.A. Schönfeld: Die Steuerpflicht von Streubesitzdividenden gemäß § 8 b Abs. 4 KStG n.F. – dargestellt anhand von Fallbeispielen, DStR 2013, 937, 942.

61 U.a.: Würde die Begebung beteiligungsähnlicher Genußrechte eine Verwässerung der Beteiligungsquoten der Gesellschafter bewirken mit der Folge des Verlusts deren Schachtelprivilegs?

62 *Rapp/Reischmann*, DStR 2023, 241, 245, 246.

63 *Lang* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock § 8 Abs. 3 Teil A Rn. 139.

V. Genußrechtskapital in Krise und Insolvenz

Der hybride Charakter des Genußrechtskapitals macht es zu einer bewährten Gestaltung für die Unternehmenssanierung, um bspw. die nachteiligen Steuerfolgen eines Forderungsverzichts zu vermeiden. Der Forderungsverzicht (Erlaß) eines Drittgläubigers, bewirkt beim Schuldner einen grundsätzlich steuerpflichtigen Sanierungsertrag⁶⁴ in Höhe des Nennbetrags der erlassenen Forderung. Gleiches gilt für den Gesellschafter, soweit die erlassene Forderung nicht werthaltig ist.

1. Debt-Mezzanine-Swap

Beim Tausch von Verbindlichkeiten gegen Genußrechte (*Debt-Mezzanine-Swap*) werden aufgrund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger Verbindlichkeiten in – typischerweise mit handelsrechtlichem Eigenkapitalcharakter ausgestaltete – Genußrechte umgewandelt, die handelsbilanzrechtlich das Eigenkapital erhöhen, wohingegen sie in der Steuerbilanz weiterhin als Fremdkapital zu berücksichtigen sind. Durch die Vereinbarung einer Nachrangabrede im Insolvenzfall entfällt die Rückzahlungsverbindlichkeit gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 InsO i.V.m. § 39 Abs. 2 InsO im Überschuldungsstatus.⁶⁵

Da Genußrechtskapital steuerrechtlich regelmäßig als Fremdkapital zu qualifizieren ist, handelt es sich in der Regel um einen erfolgsneutralen Passivtausch.⁶⁶ Vergütungen auf das Genußrechtskapital sind steuermindernde Betriebsausgaben.⁶⁷

Das neue BMF-Schreiben stellt klar, daß es für die Qualifizierung als Fremdkapital grundsätzlich unerheblich sein soll, ob Genußrechte in einer Krise des Unternehmens ausgegeben wurden. Das gilt selbst bei vermögenslosen Emitenten.⁶⁸

2. Passivierungsvorbehalt, § 5 Abs. 2 a EStG

Nicht abschließend geklärt sind allerdings die Auswirkungen des § 5 Abs. 2 a EStG auf die steuerbilanzielle Behandlung der Rückzahlungsverbindlichkeit. Denn wird in einer unternehmerischen Krise eine Nachrangabrede getroffen, ist die betreffende Forderung letztlich nur aus künftigen Gewinnen zu begleichen. Auf Grund dessen könnte gemäß § 5 Abs. 2 a EStG die Passivierung der Rückzahlungsverbindlichkeit vorerst zu unterbleiben haben. Durch den Wegfall der ursprünglichen Verbindlichkeit würde ein Debt-Mezzanine-Swap so einen (zu versteuernden) Ertrag entstehen lassen. Dieser wäre bei Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis aber jedenfalls durch den Ansatz einer Einlage in entsprechender Höhe zu kompensieren.

3. Ernsthaftigkeit der Rückzahlungsvereinbarung

Zudem kann bei der Gewährung von Genußrechtskapital in der Krise die Ernsthaftigkeit der vereinbarten Rückzahlungs-

abrede zweifelhaft sein. Muß davon ausgegangen werden, daß das Kapital tatsächlich nicht zurückgewährt werden soll, weil eine Rückzahlungsverpflichtung nicht ernstlich gewollt sei, handelt es sich nach Ansicht des BMF um steuerliches Eigenkapital.⁶⁹ Auch in diesen Fällen wäre die vormalige Verbindlichkeit grundsätzlich erfolgswirksam auszubuchen, ggf. aber durch eine Einlage zu neutralisieren.⁷⁰ Die Kriterien, wann eine Rückzahlungsverpflichtung als nicht ernstlich gewollt zu qualifizieren sein soll, liefert das BMF nicht mit. Für spätere Betriebsprüfungen liegen die argumentativen Risiken auf der Hand.

Denn erfahrungsgemäß ist auf Seiten der Finanzverwaltung gerade bei der Rückwärtsbetrachtung im Rahmen einer Betriebsprüfung oft eine gewisse Tendenz zu beobachten, das Scheitern von krisenbelasteten Unternehmungen als von vornherein absehbar zu beurteilen. Tatsächlich hängt wirtschaftlicher Erfolg aber regelmäßig von kaum absehbaren Umständen und nicht zuletzt Zufällen ab. Es steht zu befürchten, daß die Finanzverwaltung bei der Frage der Ernsthaftigkeit der Rückzahlungsverpflichtung insbesondere in Näheverhältnissen einen strengen Maßstab anlegen wird.

VI. Ausweitung der Arbeitnehmerbeteiligung durch das ZuFinG⁷¹

In Deutschland gibt es derzeit etwa 3.500 Unternehmen mit Kapitalbeteiligungsprogrammen, an denen etwa 2,5 Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer teilnehmen – in den großen Aktiengesellschaften als Belegschaftsaktionäre und im Mittelstand als stille Gesellschafter oder Inhaber von Genußrechten. Die Start-up-Unternehmen und deren Beschäftigte sollen hierbei nicht mitgezählt sein.⁷² Die Ausgabe von Genußrechten als Mitarbeiterbeteiligungsinstrument eignet sich für Unternehmen jeder Größe und Rechtsform.⁷³

64 Sofern nicht ausnahmsweise eine Steuerbefreiung des Sanierungsertrags nach §§ 3 a EStG, 7 b GewStG in Betracht kommt.

65 Vgl. *Mihm*, BB 2023, 427, 430.

66 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 35.

67 Vgl. *Doege/Niermann/Weeg*, StuB 9/2023 S. 369, 371.

68 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 16.

69 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 17; zust. *Behnes/Helios*, DB 2023, 156, 160; a.A. *Doege/Niermann/Weeg*, StuB 9/2023 S. 369, 373, die sich auch in diesem Fall für eine Behandlung als Fremdkapital aussprechen und bei fehlender wirtschaftlicher Belastung ggf. einen steuerbilanziellen Ertrag annehmen wollen.

70 BMF vom 11.04.2023 (Fn. 1), Rn. 36; vgl. BFH, Urt. v. 15.04.2015 – I R 44/14 – BFHE 249, 493, BStBl II 2015, 769.

71 RegE ZuFinG, s.o. Fn. 2.

72 Quelle: Bundesverband Mitarbeiterbeteiligung – AGP, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetz_ze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/20_Legislaturperiode/2023-04-12-ZuFinG/o-Gesetz.html#collapse2ce100e5-31d5-41ad-ae74-184e0fd833ad-1-o.

73 *Koch-Schulte/Echarri* in Wagner, Lohnsteuer 1. Auflage 2023, Abschnitt P., Rn. 736 ff., 737.

Durch den mit dem FoStoG ab 2021 eingeführten § 19 a EStG werden unter bestimmten Voraussetzungen die geldwerten Vorteile aus unentgeltlichen oder verbilligten Vermögensbeteiligungen i.S.v. § 2 Abs. 1 Nrn. 1 lit. a, b und f (Genußscheine) und 1 (Genußrechte) 5. VermBG zunächst nicht besteuert (Steuerfreistellung im Zeitpunkt der Überlassung). Die aufgeschobene Besteuerung erfolgt erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich bei einer Verfügung (insbesondere beim Verkauf), der Beendigung des Dienstverhältnisses oder spätestens nach zwölf Jahren. Unabhängig von der aufgeschobenen Besteuerung wird der Steuerfreibetrag nach § 3 Nr. 39 EStG bereits vorab berücksichtigt.

Nach dem RegE ZuFinG soll für die Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Vermögensanlage zum einen der Steuerfreibetrag in § 3 Nr. 39 EStG von derzeit 1.440 Euro auf 5.000 Euro angehoben werden. Zum anderen soll die sog. Dry-Income-Problematik,⁷⁴ die nach Auffassung der BReg für Start-ups und Wachstumsunternehmen besonders hinderlich sein soll, weitgehend gelöst werden. Hierzu soll der Anwendungsbereich der Regelung zur aufgeschobenen Besteuerung (§ 19 a EStG) ausgeweitet, allerdings nach wie vor von Alter und Größe des Unternehmens abhängig gemacht werden, also nicht allen Unternehmen offenstehen.

Nicht außer Acht gelassen werden darf das sogenannte „doppelte Risiko“ für Arbeitnehmer. Im Fall einer Unternehmensinsolvenz droht beteiligten Arbeitnehmern neben dem Verlust des Arbeitsplatzes zusätzlich der wertmäßige Verlust ihrer Beteiligung. Genußrechte verfügen im Regelfall über keine Insolvenzsicherung. Die Erfolgsquote bei Start-ups, auf die das Gesetz besonders abzielt, soll dem Vernehmen nach bei lediglich ca. 10% liegen.

§ 3 Nr. 39 EStG findet nur Anwendung, wenn die Genußrechte allen Arbeitnehmern eingeräumt werden, die im Zeitpunkt der Einräumung ein Jahr oder länger ununterbrochen in einem Dienstverhältnis zum Arbeitgeber standen. Werden Genußrechte bzw. Genußscheine somit nur ausgewählten Mitarbeitern gewährt, greift für sie der Steuerfreibetrag nicht. Ob durch das ZuFinG Genußrechte als alternative Mitarbei-

terbeteiligung⁷⁵ einen signifikanten Aufschwung erfahren werden, bleibt abzuwarten.

VII. Schlußbemerkung

Der Markt nutzt die Vorteile von Genußrechten und deren weite Gestaltungsfreiheit als hybrides Finanzierungsinstrument bereits vielfältig, insbesondere bei Beschaffung regulatorischer Eigenmittel für Banken und Versicherungen. Und doch, Genußrechte führen in vielen Bereichen und gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen und nicht zuletzt im Instrumentenkoffer der Beraterschaft zu Unrecht noch ein Dornröschen-Dasein. Das mag auch an der fehlenden stringenten gesetzlichen Regelung des Zivil- und Steuerrechts für Genußrechte liegen – und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit.

Insofern liefert das BMF-Schreiben vom 11.04.2023 insgesamt eine begrüßenswerte und überwiegend gut nachvollziehbare Arbeitshilfe. Genußrechtskapital bietet maximale Flexibilität und kann daher ein wichtiger Baustein einer erfolgreichen Unternehmensfinanzierung sein – auch und gerade in der Krise. Zugleich eignet es sich zur einfachen und niedrigschwelligen Beteiligung von Mitarbeitern und Stakeholdern. Der große Gestaltungsspielraum und die Zwitterstellung des Genußrechtskapitals werfen allerdings noch weitere steuerrechtliche Fragen auf, die das BMF nicht anspricht.⁷⁶ Es bleibt zu hoffen, daß mit dem BMF-Schreiben die Tür zur fruchtbaren Debatte aufgestoßen ist, um dem Genußrecht noch intensiver und zugleich rechtssicher einen festen Platz in der Gestaltungsberatung zu verschaffen.

74 Übertragung einer Beteiligung führt zu steuerpflichtigem Arbeitslohn (Sachbezug) beim Arbeitnehmer, ohne dass ihm liquide Mittel zugeflossen sind („trockenes“ Einkommen – „dry income“).

75 Vertiefend *Weitnauer*, GWR 2023, 271 ff.; *Levedag*, Kapitalbeteiligungen von Arbeitnehmern zwischen Lohn und Einkünften aus Kapitalvermögen RdF 2015, 144; *Waschbusch/Sendel-Müller*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung mit Belegschaftsaktien, StB 2022, 361.

76 Vgl. bspw. *Haase*, *Kein Genuss: Genussrechte in der „neuen“ Hinzurechnungsbesteuerung*, BB 2023, 215.