



GENUSSRECHTE OPTIMAL NUTZEN:

DER SCHLÜSSEL ZU STÄRKEREM EIGENKAPITAL OHNE GESELLSCHAFTSRECHTE FÜR KMU

MERKBLATT NR. 2017.3 | 08 | 2024

INHALT

1. Einleitung
2. Möglichkeiten der Eigenkapitalbildung
 - 2.1 Stammkapitalerhöhung
 - 2.2 Gewinnthesaurierung
 - 2.3 Kapitalrücklagen
 - 2.4 Genussrechtskapital
3. Zivilrechtliche Einordnung des Genussrechts
 - 3.1 Allgemeine Rechtsnatur und Gestaltbarkeit
 - 3.2 Genussrechte bei der GmbH
 - 3.3 Genussrechte bei der Aktiengesellschaft
 - 3.4 Genussrechte bei Personengesellschaften
4. Wirtschaftliche Gesichtspunkte
 - 4.1 Bemessungsgrundlage der Vergütung
 - 4.2 Genussrecht von Gesellschaftern
 - 4.3 Genussrecht von nahen Angehörigen
 - 4.4 Genussrecht von fremden Dritten
5. Handelsrechtliche Einordnung des Genussrechts
 - 5.1 Nachrangigkeit
 - 5.2 Erfolgsabhängigkeit der Vergütung sowie Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe
 - 5.3 Langfristigkeit der Kapitalüberlassung
 - 5.4 Genussrecht in der Handelsbilanz
 - 5.5 Genussrecht in der Gewinn- und Verlustrechnung
 - 5.6 Genussrechte im Anhang
6. Steuerliche Behandlung des Genussrechts
 - 6.1 Eigenkapital versus Fremdkapital
 - 6.2 Steuerliches Eigenkapital
 - 6.3 Folgen bei steuerlichem Eigenkapital
 - 6.4 Steuerliches Fremdkapital
 - 6.5 Abzugsfähigkeit der Vergütung bei Kapitalgesellschaften
 - 6.6 Steuerliche Behandlung beim Genussrechtsgläubiger
 - 6.6.1 Behandlung im Privatvermögen
 - 6.6.2 Behandlung im Betriebsvermögen
 - 6.6.3 Behandlung bei einer Kapitalgesellschaft
7. Beispiel einer Genussrechtsvereinbarung

1. EINLEITUNG

Die Bildung von Eigenkapital hat für Unternehmen eine hohe Bedeutung. Die Eigenkapitalquote bestimmt wesentlich, ob das Unternehmen wirtschaftliche Leistungsprozesse durchzuführen in der Lage ist, Expansionspläne realisieren kann, kreditfähig bleibt und krisenresistent ist. In Form des Stammkapitals (GmbH) bzw. Grundkapitals (AG) steht eine Art Grundausrüstung zur Verfügung, die von den Mindestgrößen (25.000 € bzw. 50.000 €) für die Mehrzahl der KMU verhältnismäßig leicht aufzubringen, häufig aber nicht ausreichend ist.

Für die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften stellt sich regelmäßig die Frage, in welcher Form eine notwendige oder gewünschte Eigenkapitalstärkung durchgeführt werden soll. Insbesondere dann, wenn das zugeführte Kapital mittel- oder langfristig rückzahlbar bleiben soll, wurde in der Praxis gerne auf Einzahlungen in die Kapitalrücklage zurückgegriffen. Diese wird steuerlich als Einzahlung in das Einlagekonto gem. §§ 27 ff. KStG behandelt und hat in vielen Fällen ihre „Unschuld“ dadurch verloren, dass eine steuerfreie Rückzahlung nur dann möglich ist, wenn kein ausschüttbarer Gewinn der betreffenden Kapitalgesellschaft vorhanden ist. Die zivilrechtliche Rückzahlung der Kapitalrücklage kann damit steuerlich zu einer ungewollten Gewinnausschüttung mit entsprechenden steuerlichen Folgen führen (Steuerpflicht beim Empfänger/Kapitalertragsteuer muss abgeführt werden).

Darüber hinaus steht die Dotierung der Kapitalrücklage nur Gesellschaftern zur Verfügung, sodass damit keine Finanzmittel fremder Dritter oder naher Angehöriger zur Verfügung gestellt werden können.

Lange Zeit war das Genussrechtskapital mit Unsicherheiten hinsichtlich der steuerlichen Behandlung behaftet. Seit dem BMF-Schreiben vom 11.04.2023 (IV C 6 – S 2133/19/10004:002, BStBl. I 2023, S. 672 – im Weiteren auch nur „BMF-Schreiben“ genannt) herrscht indes weitgehend Klarheit, sodass eine steuerlich gesicherte Möglichkeit besteht, Eigenkapital mit höchstmöglicher Flexibilität zu bilden.

2. MÖGLICHKEITEN DER EIGENKAPITALBILDUNG

Zur Einordnung des Genussrechtskapitals als Möglichkeit der Eigenkapitalbildung ist es sinnvoll, die anderen Möglichkeiten zur Schaffung von Eigenkapital mit ihren Vor- und Nachteilen in kurzer Form darzustellen.

2.1 Stammkapitalerhöhung

Die Erhöhung des Stammkapitals bei der GmbH bzw. des Grundkapitals bei der AG ist die stabilste Form einer Kapitalzuführung. Ihre Festigkeit ist zugleich ihr Nachteil. Wird das Kapital nicht mehr benötigt, kann es nur unter klar regulierten gesetzlichen Rahmenbedingungen mit großem zeitlichen und rechtlichen Aufwand zurückgeführt werden.

Jede Kapitalerhöhung bei GmbH und AG erfordert einen satzungsändernden Beschluss der Gesellschafterversammlung der GmbH bzw. der Hauptversammlung der AG, der bei beiden Rechtsformen der notariellen Beurkundung bedarf und mit einer qualifizierten Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen (§ 53 Abs. 2 Satz 2 GmbHG) bzw. von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 182 Abs. 1 Satz 1 AktG) zu fassen ist. Da es sich bei jeder Kapitalerhöhung zugleich um eine Satzungsänderung handelt, bedarf sie zu ihrer Wirksamkeit der Anmeldung zum Handelsregister durch *sämtliche* Geschäftsführer (§ 78 i. V. m. § 57 Abs. 1 GmbHG) bzw. durch den Vorstand *und* den Aufsichtsratsvorsitzenden (§ 184 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Satzungsänderung und damit die Erhöhung des Stamm-/Grundkapitals und deren Durchführung wird erst mit ihrer Eintragung ins Handelsregister wirksam, die konstitutive Wirkung hat (§ 54 Abs. 3 GmbHG bzw. § 189 AktG).

Zwar ist es inzwischen auch bei der GmbH möglich, wie bereits seit dem Aktiengesetz von 1937 bei der AG, in der Satzung ein sog. „Genehmigtes Kapital“ zu schaffen, das in der Sache schlicht eine Ermächtigung an den Geschäftsführer (§ 55a GmbHG) bzw. an den Vorstand (§ 202 AktG) darstellt, eine Kapitalerhöhung auch ohne (erneute) Einberufung einer Gesellschafter-/Hauptversammlung durchzuführen. Die Möglichkeit geht aber stets auf die Gründungsgesellschafter, soweit das Genehmigte Kapital in der Gründungssatzung vorgesehen wurde, oder auf die Gesellschafter-/Hauptversammlung zurück, falls das Genehmigte Kapital erst nachträglich durch Satzungsänderung geschaffen wird. Die Ermächtigung kann jeweils für höchstens fünf Jahre erfolgen und ist auf die Hälfte des bei der Gründung/Beschlussfassung vorhandenen Stamm-/Grundkapitals begrenzt (§ 55a Abs. 1 Satz 2 GmbHG bzw. § 202 Abs. 3 AktG).

Steuerlich stellen Kapitalerhöhungen zusätzliche Anschaffungskosten für die Beteiligung dar, die zunächst steuerneutral sind. Erst bei einer Veräußerung der Anteile oder Liquidation der Gesellschaft mindern sie nach dem Teileinkünfteverfahren mit 60 % einen steuerlichen Veräußerungsgewinn oder erhöhen einen Veräußerungsverlust. Umgekehrt stellen Kapitalherabsetzungen eine Minderung der Anschaffungskosten dar und sind ebenfalls steuerneutral, bis es zur Realisierung durch Veräußerung oder Liquidation kommt.

2.2 Gewinnthesaurierung

Das Stehenlassen von Gewinnen stellt die einfachste Form der Eigenkapitalbildung dar, die in der Praxis sehr weit verbreitet ist. Sie erfordert keine Geldzufuhr der Gesellschafter, sondern „nur“ Verzicht auf Gewinnausschüttungen. Sie kann als Bilanzgewinn verbleiben oder in eine Gewinnrücklage eingestellt werden. Jederzeit kann sie durch einen Gewinnausschüttungsbeschluss

(ggf. nach Entnahme einer Gewinnrücklage) den Gesellschaftern zugänglich gemacht werden.

Nachteil ist, dass der thesaurierte Gewinn nicht nachhaltig zur Verfügung steht. Gerade dadurch, dass er jederzeit einer Gewinnausschüttung zugänglich ist, kann man nicht von dauerhaftem Eigenkapital ausgehen. Entsprechend betrachten Kreditinstitute den Bilanzgewinn unter Ratinggesichtspunkten als potenzielles Fremdkapital.

Wollen die Gesellschafter thesaurierte Gewinne dauerhaft im Unternehmen belassen, bietet sich eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln an. Diese hat allerdings den Nachteil, dass der der Kapitalerhöhung zugrunde liegende Jahresabschluss gem. §§ 57e, 57f GmbHG bzw. gem. § 209 Abs. 1 AktG mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk eines Abschlussprüfers versehen sein muss, unabhängig davon, ob das Unternehmen prüfungspflichtig ist oder nicht. Da viele KMU aufgrund der Größenkriterien gem. § 267 Abs. 1 und 2 HGB nicht prüfungspflichtig sind, scheidet aus Kostengründen einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln regelmäßig wegen unverhältnismäßig hohem Aufwand aus.

Steuerlich bleibt zu beachten, dass Stammkapital, das aus der Umwandlung von thesaurierten Gewinnen gebildet wird, bei einer Kapitalherabsetzung und Auszahlung wie eine Gewinnausschüttung behandelt wird, beim Empfänger also steuerpflichtig ist.

2.3 Kapitalrücklagen

Kapitalrücklagen können als sog. Agio bei der Ausgabe von neuen Anteilen gebildet oder als freiwillige Zuzahlung in das Eigenkapital der Gesellschaft geleistet werden (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Sind sich die Gesellschafter einig, dass das Unternehmen eine zumindest mittelfristig dauerhafte Eigenkapitalstärkung benötigt, können sie durch einfachen Beschluss eine solche Kapitalmaßnahme umsetzen. Die Gesellschafterrechte werden nicht tangiert. Genauso einfach können die Gesellschafter beschließen, diese Kapitalrücklage wieder zurückzuzahlen mit der Restriktion, dass dadurch nicht das Stammkapital angegriffen werden darf (z.B. bei bestehenden Bilanzverlusten). Aufgrund dieser Einfachheit stellen Kapitalrücklagen zivilrechtlich ein sehr gutes Instrumentarium zur Eigenkapitalstärkung dar.

Leider unterliegen Kapitalrücklagen einem steuerlichen „Webfehler“ des Gesetzgebers. Einzahlungen in die Kapitalrücklage werden als sog. nicht in das Nennkapital geleistete Einlagen gem. §§ 277f. KStG behandelt. Diese sind gesondert zu erfassen und festzustellen. Sinn und Zweck der Regelung ist eigentlich, dass damit der Nachweis geführt werden kann, dass eine Rückzahlung dieser Mittel beim Gesellschafter nicht als steuerpflichtig behandelt wird. Allerdings bestimmt § 27 Abs. 1 Satz 3 KStG, dass diese steuerfreie Rückzahlung nur möglich ist, wenn ansonsten *kein ausschüttbarer Gewinn* vorhanden ist. Das bedeutet, dass eine zivilrechtliche Rückzahlung einer Einlage in die Kapitalrücklage in eine Gewinnausschüttung umqualifiziert wird, sobald und soweit steuerlich ein Bilanzgewinn existiert. Neben dem steuerlichen Schaden führt dies dazu, dass handelsrechtliche Rücklagen und steuerliches Einlagekonto nicht mehr übereinstimmen. Erst wenn alle Gewinne ausgeschüttet sind, kann die Einlage steuerfrei zurückgezahlt werden.

Aufgrund dieser widersinnigen steuerlichen Behandlung kommt für viele KMU die Einzahlung in Kapitalrücklagen zur Generierung von Eigenkapital nicht in Betracht.

2.4 Genussrechtskapital

Das Genussrechtskapital stellt eine Gestaltungsmöglichkeit dar, Eigenkapital zu bilden, ohne dass dessen Rückzahlung Probleme zivilrechtlicher oder steuerlicher Art zur Folge hat. Es sind weder die Fristen und komplexen Regeln zur Kapitalherabsetzung zu beachten noch kann es zur unfreiwilligen Steuerpflicht bei der Rückzahlung kommen. Bei einem Genussrecht wird dem Unternehmen Eigenkapital zur Verfügung gestellt, das dem Genussrechtsgläubiger bestimmte Vorteile (Genüsse) vermittelt. Es ist weitgehend frei gestaltbar, bedarf aber besonderer Merkmale, um bilanziell als Eigenkapital gewertet werden zu können unter Vermeidung einer Einlage i. S. v. § 27 KStG. Das Ziel besteht darin, handelsrechtlich als Eigenkapital zu gelten und steuerrechtlich als Fremdkapital. Die Einzahlung soll steuerneutral sein und ebenso die Rückzahlung.

Eine begrüßenswerte Besonderheit des Genussrechtskapitals ist, dass seine Gewährung nicht von einer Gesellschafterstellung abhängig ist. Somit ermöglicht es einen Eigenkapitalausweis auch dann, wenn ein fremder Dritter oder ein naher Angehöriger der Anteilseigner Genussrechtsgläubiger ist. Insbesondere bei Nachfolgeregelungen besteht somit die Möglichkeit, zur Verfügung gestelltes Kapital der abgebenden Generation in Form von Eigenkapital abzubilden.

3. ZIVILRECHTLICHE EINORDNUNG DES GENUSSRECHTS

Die zivilrechtlichen Grundlagen eines Genussrechts finden sich nicht im Gesellschaftsrecht der GmbH (GmbHG) oder AG (AktG) und auch nicht im Personengesellschaftsrecht des BGB/HGB. Vielmehr leitet sich das Rechtsverhältnis zwischen Genussrechtsgläubiger und Genussrechtsschuldner auf schuldrechtlicher Basis im Wesentlichen aus dem BGB ab.

3.1 Allgemeine Rechtsnatur und Gestaltbarkeit

Der Terminus Genussrecht findet sich zwar in zahlreichen Bestimmungen des deutschen Rechts (etwa in § 285 Nr. 15a HGB, in § 221 Abs. 3 und 4 AktG, in § 17 Abs. 1 Satz 3 und § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, in § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG oder in § 10 Abs. 5 KWG), allerdings ergibt sich für diesen Begriff weder eine Definition aus dem HGB noch aus den sonstigen gesellschaftsrechtlichen und ertragsteuerlichen Regelungen. Der Praxis sind dadurch ganz erhebliche Spielräume für die Ausgestaltung und Zweckbestimmung in Genussrechtsvereinbarungen eingeräumt. Kaum ein anderes Finanzierungsinstrument ermöglicht eine flexiblere Anpassung der Ausgabebedingungen an zukünftige wirtschaftliche Veränderungen.

Die Genussrechtsvereinbarung unterliegt damit inhaltlich der Vertragsfreiheit und beinhaltet für gewöhnlich rein schuldrechtliche Regelungen zum Umfang der Vermögensrechte, zur Verlustbeteiligung, zur Laufzeit, zu Kündigungs-, Informations- und Kontrollrechten und oftmals zum Rangrücktritt des Genussrechtsgläubigers gegenüber den sonstigen Gläubigern der Gesellschaft. Die Regelungsinhalte sind häufig von den Vorgaben zum bilanziellen Ausweis nach Maßgabe der IDW-Stellungnahme HFA 1/1994 geprägt (vgl. näher unten zu 5.). Es handelt sich um rein schuldrechtliche Ansprüche, die zwar den Gesellschafterrechten nachgebildet sind, jedoch keine mitgliedschaftlichen Rechte, insb. kein Stimmrecht in Gesellschafterversammlungen und kein Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen umfassen.

Eine unüberwindliche Grenze bilden stets die Bestimmungen von § 134 BGB (Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot) und § 138 BGB (Sittenwidrigkeit/Wucher) sowie die Regelungen

zur Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB. Der Anwendung des AGB-Rechts auf Genussrechtsvereinbarungen steht nicht die Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht gem. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB im Wege, da Genussrechtsverträge gerade nicht gesellschaftsrechtlich/mitgliedschaftlich wirken. Der damit eröffnete Gestaltungsspielraum für Genussrechtsvereinbarungen ist daher riesig und ist im Regelfall zur Realisierung sämtlicher von den Parteien der Genussrechtsvereinbarung angestrebten Ziele ausreichend.

Auch wenn keine Mitgliedschaftsrechte gewährt werden, können Genussrechte gleichwohl verbrieft (was aber keine Voraussetzung für deren Ausgabe ist) und als Wertpapiere an der Börse gehandelt werden; insofern spricht man dann auch von Genuss-scheinen. Die Ausgabe steht Unternehmen jeder Rechtsform offen, eine Abhängigkeit von bestimmten Branchen oder Unternehmensgrößen gibt es nicht. Der Genussrechtssinhaber kann, muss aber nicht zugleich Gesellschafter der emittierenden (Kapital-) Gesellschaft sein. Genussrechte sind, vorbehaltlich einer anderen Regelung in den Bedingungen, grundsätzlich frei veräußerlich und vererblich.

Genussrechte vermitteln einen schuldrechtlichen Anspruch auf gesellschaftertypische Vermögensrechte einer Gesellschaft (z. B. Beteiligung am Gewinn und/oder den stillen Reserven, Bezugsrechte). Dem Genussrechtsgläubiger kommt ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die Kapitalgesellschaft auf Rückzahlung des überlassenen Kapitals zu. Es handelt sich um ein rein schuldrechtlich geregeltes Kapitalüberlassungsverhältnis, nicht um einen Gesellschaftsvertrag. Genussrechte zählen daher zu den mezzaninen bzw. hybriden Finanzierungsinstrumenten, weil sie zwischen dem „klassischen“ Eigenkapital und dem „klassischen“ Fremdkapital stehen.

Häufig sind Genussrechtsvereinbarungen durch eine Unkündbarkeit durch den Genussrechtsgläubiger oder eine langfristige Mindestlaufzeit geprägt, sodass ein Rückzahlungsanspruch erst im Zeitpunkt der Liquidation bzw. bei Kündigung nach der Mindestlaufzeit entsteht – ein starkes Indiz für den Eigenkapitalcharakter des Genussrechts. Die Gewinnbeteiligung wird regelmäßig durch eine Verlustbeteiligung flankiert; auch dies eine Regelung zur Untermauerung des Charakters als handelsbilanzielles Eigenkapital. Der Genussrechtsgläubiger wird überdies häufig an den stillen Reserven der Gesellschaft beteiligt, indem er bei Beendigung der Gesellschaft eine Rückzahlung über den nominalen Betrag seines überlassenen Kapitals hinaus erhält.

Genussrechte beinhalten aufgrund ihres schuldrechtlichen Charakters keine Mitgliedschaftsrechte gesellschaftsrechtlicher Art oder aktive Mitverwaltungsrechte. Sie gewähren keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und beinhalten regelmäßig kein generelles Mitwirkungs- und Kontrollrecht, kein Stimmrecht und kein Anwesenheitsrecht in der Gesellschafterversammlung.

Mitgliedsähnliche Kontrollrechte können zwar eingeschränkt vertraglich eingeräumt werden, diese sollten jedoch in Abgrenzung zur stillen Gesellschaft zurückhaltend ausgestaltet werden. Bei Personenidentität zwischen Genussrechtssinhaber und Gesellschafter ist zu beachten, dass die Rechte des Genussrechtssinhabers nicht mit den sonstigen Rechten als Gesellschafter der genussrechtsemittierenden Gesellschaft kumuliert werden dürfen.

3.2 Genussrechte bei der GmbH

Anders als für die AG findet sich im GmbHG keine Regelung, die Genussrechte bzw. Genussscheine auch nur erwähnen würde.

Es ist jedoch unstrittig, dass die GmbH als Rechtsform einer Genussrechtsvereinbarung uneingeschränkt zugänglich ist. Sie dient regelmäßig, aber nicht ausschließlich der Kapitalbeschaffung, ohne eine förmliche Kapitalerhöhung durchführen zu müssen. Grundsätzlich ermöglicht die Ausgabe von Genussscheinen auch der GmbH einen Börsenzugang, falls die Genussscheine mit Börsenzulassung emittiert werden. Die praktische Bedeutung dieser eher theoretischen Möglichkeit ist jedoch gering.

Die weitgehende Freiheit bei der Ausgestaltung der Rechte des Genussrechtsgläubigers ermöglicht es, auch wenn mitglied-schaftliche Rechte gerade nicht Gegenstand der Genussrechtsvereinbarung sind bzw. sein können, die Schaffung einer Art Sondergesellschafter mit beschränkten Rechten, deren Schutz gegen Beeinträchtigungen allein aus dem schuldrechtlichen Vertrag resultiert; ein Schutz vor mittelbaren Beeinträchtigungen etwa durch Satzungsänderungen lässt sich damit aber nicht erreichen.

3.3 Genussrechte bei der Aktiengesellschaft

Gemäß § 221 Abs. 3 AktG gelten bei der Aktiengesellschaft die Bestimmungen über Wandelschuldverschreibungen gem. § 221 Abs. 1 AktG für die Gewährung von Genussrechten entsprechend. Dies hat zunächst – wie ausdrücklich in § 221 Abs. 4 AktG geregelt – zur Folge, dass die Aktionäre bei der Gewährung von Genussrechten ein Bezugsrecht haben, auf das die Bestimmungen von §§ 186 und 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG sinngemäß gelten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Genussrechte ausgegeben werden sollen, die vermögensrechtliche Ansprüche gegen die AG zum Gegenstand haben, die nach ihrem Inhalt typische Gesellschafterrechte sind, insb. die Teilhabe am Gewinn und am Liquidationserlös. Weitere Folge der Anwendung von § 221 Abs. 1 AktG ist, dass Genussrechte nur aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals ausgegeben werden dürfen. Der Beschluss selbst begründet das Bezugsrecht noch nicht, vielmehr liegt darin lediglich eine Ermächtigung an den Vorstand Genussrechte mit Erwerbern rechtsgeschäftlich zu begründen.

Die aktienrechtliche Literatur versteht die Genussrechtsvereinbarung als Dauerschuldverhältnis eigener Art („Vertrag sui generis“), wobei im Falle einer Verlustbeteiligung des Genussrechtsgläubigers die Abgrenzung zur stillen Gesellschaft strittig ist.

Bei der Aktiengesellschaft ist die praktische Bedeutung von Genussrechten bzw. Genussscheinen ungleich größer als bei der GmbH, weil jedenfalls börsennotierte Aktiengesellschaften die Gepflogenheiten des Börsenhandels bereits kennen und eine Platzierung auch von Genussscheinen an der Börse natürlich ein lohnendes und in bekannten Bahnen verlaufendes Unterfangen ist.

3.4 Genussrechte bei Personengesellschaften

Die Schaffung von Genussrechten ist ohne Weiteres auch bei Personengesellschaften zulässig. Sie wird regelmäßig der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen, falls eine Mehrheitsentscheidung zur Ausgabe von Genussrechten nicht von vornherein im Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft vorgesehen ist.

Die weitgehende Freiheit bei der Ausgestaltung der Rechte des Genussrechtsgläubigers ermöglicht es, auch wenn mitglied-schaftliche Rechte gerade nicht Gegenstand der Genussrechtsvereinbarung sind bzw. sein können, eine Sonderbeteiligung bei einer ansonsten zur persönlichen Haftung sämtlicher Gesellschafter führenden Struktur (insbes. oHG, GbR/eGbR) zu

schaffen, was naturgemäß nur für Dritte, nicht aber für bereits als Gesellschafter beteiligte Personen sinnvoll ist.

Bei Personenhandelsgesellschaften wird die Abgrenzung zur – wie die Personenhandelsgesellschaft selbst – im HGB (§§ 230 ff. HGB) geregelten stillen Gesellschaft im Einzelfall schwieriger sein als bei Kapitalgesellschaften. Es gilt mit klaren Regelungen möglichst eindeutig die eine oder andere Gestaltungsform zu wählen, um hier nicht in Regelungskonflikte zu geraten. Das BMF-Schreiben macht in Rz. 5 die Abgrenzung insb. an der Vereinbarung eines gemeinsamen Zweckes und dabei an Mitspracherechten des Kapitalgebers bei der Änderung des Unternehmensgegenstandes fest.

Grundsätzlich ermöglicht die Ausgabe von Genussscheinen, also von verbrieften Genussrechten, auch der oHG, KG oder GmbH & Co. KG einen beschränkten Börsenzugang, falls die Genussscheine mit Börsenzulassung emittiert werden sollen. Die praktische Bedeutung dieser eher theoretischen Möglichkeit ist wie bei der GmbH bisher eher gering.

4. WIRTSCHAFTLICHE GESICHTSPUNKTE

Beim Genussrechtskapital stellt der Kapitalgeber als Genussrechtsgläubiger dem Genussrechtsschuldner eine bestimmte Summe zur Verfügung, für die er eine Vergütung erhält. Für die Art der Vergütung und deren Höhe gibt es keine gesetzlichen Vorschriften. Demzufolge besteht weitreichende Gestaltungsfreiheit.

4.1 Bemessungsgrundlage der Vergütung

Als Bemessungsgrundlage kommt zum einen das zur Verfügung gestellte Kapital in Betracht, zum anderen eine Abhängigkeit vom Gewinn der Gesellschaft. Vor allem die Gewinnabhängigkeit der Vergütung unterstreicht den Charakter der Hingabe als Eigenkapital.

Die Bemessungsgrundlage Kapital führt i. d. R. dazu, dass ein Zins vereinbart wird. Dies widerspricht nicht der Eigenkapitalfunktion, sofern die Verzinsung davon abhängig gemacht wird, dass sie nur insoweit vergütet wird, wie sie z. B. aus einem Jahresüberschuss finanziert werden kann. Das unterscheidet sie von regulärem Fremdkapital, bei dem die Zinsen auch dann geschuldet werden, wenn ein Jahresfehlbetrag vorliegt.

Die Zinshöhe kann sowohl von dem Gedanken geprägt sein, im niedrigen Bereich zu liegen als auch im hohen im Sinne eines Risikokapitals. Im Hinblick auf die Interessen der Gesellschaft dürfte eher ein niedriger Zinssatz zu präferieren sein.

Bei einer gewinnabhängigen Vergütung ist das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Genussrechtskapital zu beachten. Ebenso sollten die Ausschüttungsinteressen der Gesellschafter berücksichtigt werden. Sollte z. B. das Stammkapital einer GmbH 100.000 € betragen und das Genussrechtskapital 50.000 €, sollte die gewinnabhängige Vergütung nicht mehr als 1/3 des Jahresgewinns betragen. Zur „Abstandswahrung“ wäre auch ein Anteil von 10 oder 20 % vertretbar.

Die Gewinnabhängigkeit muss nicht am Jahresüberschuss festgemacht werden. Sie kann sich auch auf das EBIT beziehen, was ggf. einfacher zu rechnen ist. Aber auch andere Bezugsgrößen sind denkbar, gerade dann, wenn mit dem Genussrecht besondere Investitionen finanziert werden sollen. Dann kann auch das Teilbetriebsergebnis dieser Investition als Bemessungsgrundlage dienen (s. auch 6.6).

Zur beiderseitigen Interessenwahrung können beide Elemente kombiniert werden. So kann ein Genussrechtskapital z. B. mit einem Anteil von 20% am Jahresüberschuss versehen sein verbunden mit einer Verzinsung von 3% p. a. des Genussrechtskapitals.

4.2 Genussrecht von Gesellschaftern

Handelt es sich um einen Alleingesellschafter oder geben alle Gesellschafter Genussrechtskapital im Verhältnis ihrer Beteiligungsquote, geht es im Kern um die Frage, wieviel Gewinn über das Genussrecht und wieviel über eine Gewinnausschüttung für den Gesellschafter requiriert werden soll. Gerade in diesem Fall kommt es aber auf eine nachvollziehbare Ausgewogenheit an, damit die Gestaltung steuerlich nicht als Umgehung gewertet wird.

4.3 Genussrecht von nahen Angehörigen

Der gleiche Grundsatz gilt für Genussrechtskapital, das von nahen Angehörigen zur Verfügung gestellt wird. In diesem Fall ist die Gestaltung noch sensibler, da der Gewinnanteil des Genussrechtskapitals nicht beim gleichen Gesellschafter ankommt. Es wäre daher sehr problematisch, wenn man das Genussrechtskapital dazu nutzt, unverhältnismäßige Gewinnverteilungen vorzunehmen, z. B. um steuerliche Vorteile zu erzielen oder Vermögensumschichtungen zur Realisierung schenkungsteuerlicher Vorteile zu vollziehen.

4.4 Genussrecht von fremden Dritten

Dieser Fall ist rechtlich und steuerlich eher unkritisch, da zwischen fremden Dritten grundsätzlich ein Interessen Gegensatz dahingehend besteht, dass die Gesellschafter möglichst wenig Gewinn abgeben wollen und der Genussrechtskapitalgeber einen möglichst hohen Gewinnanteil anstrebt.

5. HANDELSRECHTLICHE EINORDNUNG DES GENUSSRECHTS

Das wesentliche hier definierte Ziel des Genussrechts ist die Schaffung von Eigenkapital. Bereits vor vielen Jahren hat sich das Institut der Wirtschaftsprüfer („IDW“) mit der Veröffentlichung der Stellungnahme IDW HFA 1/1994 „Zur Behandlung von Genussrechten im Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften“ mit dieser Frage beschäftigt. Die seither unverändert geltende Stellungnahme definiert verschiedene Kriterien, auf die man sich beim Bilanzausweis als Eigenkapital allgemein berufen wird. Die zahlreichen Gesetzesänderungen seither haben das IDW nicht veranlasst, die Stellungnahme zu überarbeiten oder neu zu fassen.

Übergeordneter Gedanke der Qualifizierung als Eigenkapital ist eine ausreichende Haftungsqualität des überlassenen Kapitals im Sinne einer Gläubigerschutzfunktion. Voraussetzung hierfür sind die nachfolgend dargestellten Kriterien:

5.1 Nachrangigkeit

Nachrangigkeit liegt vor, wenn der Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsgläubigers hinter der Befriedigung aller anderen Gläubiger zurücktritt, insb. im Falle der Insolvenz und der (normalen) Liquidation. Es ähnelt damit insoweit den Nachrangdarlehen und (qualifizierten) Rangrücktritten, die aufgrund ihrer Rechtsnatur aber kein Eigenkapital darstellen können. Der Stellenwert des Genussrechts gegenüber dem haftenden Kapital ist beliebig gestaltbar, d. h. dem Genussrecht kann im Liquidationsfall hinsichtlich der Verteilung des Restvermögens ohne Weiteres Vorrang gegenüber den Anteilseignern eingeräumt werden.

5.2 Erfolgsabhängigkeit der Vergütung sowie Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe

Die vom IDW postulierte Erfolgsabhängigkeit bedeutet nicht, dass die Vergütung vom erzielten Jahresergebnis abhängig sein muss. Vielmehr genügt es, dass die geregelte Vergütung nicht zulasten des Kapitalerhaltungsgrundsatzes gehen darf. Unter dieser Bedingung können z. B. erfolgsunabhängige Mindestvergütungen vereinbart werden und Vergütungsausfälle in Verlustjahren in späteren Geschäftsjahren nachholbar gestellt werden. Vereinfachend auf eine eingängige Formel gebracht sind Vergütungen in diesem Sinne erfolgsabhängig, wenn sie in gleicher Höhe als Gewinnausschüttung hätten geleistet werden können.

Die Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe des Genussrechtskapitals wird wie folgt definiert: Spätestens im Zeitpunkt seiner Rückzahlung muss das Genussrechtskapital in dem Umfang an den aufgelaufenen Verlusten teilnehmen, dass die nicht ausschüttungsfähigen Eigenkapitalbestandteile vollständig geschützt werden.

BEISPIEL Wenn eine GmbH zum Zeitpunkt der Rückzahlung des Genussrechts über ein Stammkapital von 100.000 €, eine Kapitalrücklage von 50.000 € und einen Bilanzverlust von 60.000 € verfügt, kann ein Genussrechtskapital von 75.000 € nur mit 15.000 € zurückgezahlt werden. Das Eigenkapital einschl. des Genussrechtskapitals beträgt vor Rückzahlung 165.000 € und der nicht ausschüttungsfähige Eigenkapitalbestandteil 150.000 € (Stammkapital plus Kapitalrücklage).

Die Teilhabe am Verlust darf also nicht dahingehend verstanden werden, dass ein Verlust eines Jahres durch eine Minderung des Genussrechtskapitals ausgeglichen werden muss.

5.3 Langfristigkeit der Kapitalüberlassung

Das Kriterium der Langfristigkeit bedeutet, dass für beide Seiten, also sowohl für den Genussrechtsgläubiger als auch für die Kapitalgesellschaft als Genussrechtsschuldnerin eine Rückzahlung ausgeschlossen ist. Der IDW-Stellungnahme ist nicht zu entnehmen, ab welcher Laufzeit ein Genussrecht als langfristig gilt. Entsprechend den üblichen Definitionen u. a. bei der Langfristigkeit von Fremdkapital im Anhang gem. § 285 Nr. 1 HGB sollte die Laufzeit eine Dauer von fünf Jahren nicht unterschreiten (so auch *Schubert/Hargarten*, Beck'scher Bilanzkommentar, 14. Auflage 2024, § 266 Rz. 191). Nach oben sind keine Grenzen gesetzt, was ebenfalls indiziell für die Qualifikation als Eigenkapital spricht.

5.4 Genussrecht in der Handelsbilanz

Das Genussrecht in der dargestellten Form wird innerhalb der Position des Eigenkapitals ausgewiesen (§ 266 Abs. 3 HGB). Die Stellungnahme HFA 1/1994 definiert einen separaten Posten „Genussrechtskapital“, der nach dem gezeichneten Kapital und den Gewinnrücklagen zu bilden ist oder alternativ als letzter Posten des Eigenkapitals. In der Praxis dürfte sich der Ausweis als Posten hinter den Positionen „Gezeichnetes Kapital/Kapitalrücklage/Gewinnrücklagen“ und vor der Position „Bilanzgewinn/Bilanzverlust“, „Gewinnvortrag/Verlustvortrag“ und „Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag“ empfehlen (vgl. näher zur Behandlung von Genussrechtskapital in der Handels- und Steuerbilanz *Kahle/Nicolas*, FR 2023, 913ff.).

5.5 Genussrecht in der Gewinn- und Verlustrechnung

Auch in der GuV empfiehlt HFA 1/1994 den Ausweis eines gesonderten Postens „Vergütung für Genussrechtskapital“. Die Stellungnahme lässt offen, bei welcher Position innerhalb der GuV der Ausweis zu erfolgen hat. Es bietet sich entweder ein

zusätzlicher Posten nach den Zinsaufwendungen an (der als zusätzliche Position gem. § 265 Abs. 5 HGB zu begründen ist) oder ein Sonderposten innerhalb der Position „Zinsen u. ä. Aufwendungen“ (§ 275 Abs. 2 Nr. 13 HGB), so *Kliem/Müller* in Beck'scher Bilanzkommentar, 14. Auflage 2024, § 275 Rz. 205.

Die Verlustteilnahme des Genussrechtskapitals ist laut HFA 1/1994 nach der Position „Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag“ auszuweisen und zwar als „Entnahme aus Genussrechtskapital“. Wird das Genussrechtskapital durch Vergütungen wiederhergestellt, lautet die Position „Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals“. Der Ausweis entspricht damit denjenigen der Rücklagenzuführungen bzw. -entnahmen.

5.6 Genussrechte im Anhang

Genussrechte sind gem. § 285 Nr. 15a HGB zudem im Anhang anzugeben. Die Angabepflicht beinhaltet die Zahl sowie die Darstellung der Rechte, die sie verbrieft. Demzufolge ist darzustellen, dass diese am Verlust teilnehmen und welche Vergütung kapital- und/oder gewinnabhängig vereinbart ist.

Von dieser Pflichtangabe im Anhang sind kleine Kapitalgesellschaften befreit (§ 288 Abs. 1 Nr. 1 HGB). Sofern Transparenz z. B. gegenüber Banken gewünscht ist, kann es sinnvoll sein, von dieser Befreiung keinen Gebrauch zu machen.

6. STEUERLICHE BEHANDLUNG DES GENUSSRECHTS

Die steuerliche Behandlung des Genussrechts war jahrelang großen Unsicherheiten unterworfen, da die Finanzverwaltung keine einheitliche Handhabung vollzog. Es gab Unterschiede zwischen den Bundesländern, aber auch wechselhafte Stellungnahmen von den Ländern selbst. Mit dem BMF-Schreiben vom 11.04.2023 wurde endlich weitgehende Klarheit geschaffen. Die bisherige Unsicherheit der steuerlichen Behandlung bei diesem Finanzierungsinstrument wurde beseitigt. Damit haben Unternehmen und Berater eine Leitlinie, mit welchen Merkmalen ein Genussrechtskapital ausgestattet werden muss, um steuerlich entweder als Eigenkapital oder als Fremdkapital behandelt zu werden. Handelsbilanziell wird das angestrebte Ziel – ohne Maßgeblichkeit für die Steuerbilanz – regelmäßig der Eigenkapitalausweis sein (vgl. oben zu 5.).

6.1 Eigenkapital versus Fremdkapital

Die Frage, ob ein Genussrecht Eigenkapital oder Fremdkapital darstellt, hat nicht nur zivilrechtlich und bilanziell eine hohe Bedeutung, sondern auch steuerlich.

Handelt es sich steuerlich um Eigenkapital, stellen die Vergütungen an den Genussrechtsgläubiger keine abzugsfähigen Betriebsausgaben dar, sondern Gewinnverwendung. Das Kapital wird bei Kapitalgesellschaften nur unter bestimmten Voraussetzungen als steuerliches Einlagekonto gem. § 27 ff. KStG behandelt (vgl. 6.3).

Wird das Genussrecht steuerlich als Fremdkapital behandelt, sind die Vergütungen für das Genussrecht steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben in der Ausgestaltung von Zinsaufwendungen und das Kapital selbst gehört zu den betrieblichen Schulden. Bei Kapitalgesellschaften kann es bei gewinnabhängigen Vergütungen und Teilnahme am Liquidationserlös dazu kommen, dass die Vergütungen dennoch als Gewinnausschüttung qualifiziert werden (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG, vgl. 6.5).

Regelmäßig besteht die Zielsetzung darin, das Genussrecht handelsbilanziell als Eigenkapital zu gestalten und steuerlich als

Fremdkapital. Dies gilt umso mehr, wenn die Begründung des Genussrechtskapitals durch Umwandlung bestehender Darlehen in Genussrechte im Wege eines „debt-equity-swaps“ erfolgt (vgl. dazu Rz. 34 ff. des BMF-Schreibens), da es widrigenfalls zu erheblichen außerordentlichen Erträgen kommen kann.

6.2 Steuerliches Eigenkapital

Das BMF-Schreiben definiert Genussrechtskapital grundsätzlich als Fremdkapital wegen seines schuldrechtlichen Charakters mit Rückzahlungsverpflichtung. Das gilt auch dann, wenn es nach den Kriterien des IDW/HFA 1/94 in der Handelsbilanz als Eigenkapital ausgewiesen wird. Nur dann, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, kann das Genussrechtskapital auch steuerlich Eigenkapital sein.

Steuerliches Eigenkapital liegt demnach vor, wenn die Kapitalzuführung *dauerhaft* sein soll und eine *Rückzahlung nicht beabsichtigt* ist (Rz. 9 des BMF-Schreibens). Auch ein Genussrechtskapital einer Kapitalgesellschaft, dessen Vergütung aufgrund § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG als Gewinnausschüttung behandelt wird (siehe 6.4), führt nicht dazu, dass das Kapital im steuerlichen Sinn als Eigenkapital behandelt wird (Rz. 11 des BMF-Schreibens).

Auch die Kombination eines Genussrechts mit Wandlungs- oder Optionsrechten ändert für sich nichts an der Einordnung als Fremdkapital, sofern nicht von vornherein eine Rückzahlung nicht beabsichtigt war, was auch bei gewährten Wandlungs- oder Optionsrechten ja gerade noch offen ist.

Etwas kritischer sieht das BMF-Schreiben die Einordnung von Genussrechtskapital, das ein Gesellschafter in der Krise zur Verfügung stellt. Aber auch in diesem Fall liegt Eigenkapital in Form einer verdeckten Einlage nur dann vor, wenn die vertragliche Abrede (des Genussrechts) als nicht ernstlich vereinbart anzusehen ist (Rz. 17 des BMF-Schreibens).

Entscheidendes Kriterium für das Vorliegen von steuerlichem Eigenkapital ist nach dem BMF-Schreiben, dass das Genussrechtskapital für den Emittenten keine wirtschaftliche Belastung darstellt. Unter Hinweis auf das BFH-Urteil vom 22.11.1988 (VIII R 62/85, BStBl. II 1989, S. 359) wird formuliert, dass eine wirtschaftliche Belastung dann nicht vorliegt, 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 (Rz. 21 des BMF-Schreibens). Ein solcher Fall dürfte bei einem Genussrecht nur bei besonderen Vertragsklauseln denkbar sein. Eine Nachrangigkeit und/oder Verlustbeteiligung reicht hierfür ebenso wenig aus wie eine sehr lange Laufzeit.

Auch die Vorschrift des § 5 Abs. 2a EStG ändert nichts an dem Grundsatz des Fremdkapitals. Gemäß dieser Vorschrift darf in der Steuerbilanz eine Verbindlichkeit dann nicht ausgewiesen werden, wenn sie nur aus künftigen Gewinnen getilgt werden darf (vgl. Rz. 24 ff. des BMF-Schreibens). Beispiele hierfür sind sog. steuerschädliche Rangrücktrittsvereinbarungen (vgl. DWS-Vordruck Nr. 1100 Rangrücktrittsvereinbarungen). Dieser sog. Passivierungsaufschub führt nicht zum Ausweis als Eigenkapital, sondern dazu, dass die Verbindlichkeit ertragswirksam ausgebucht wird und im Falle der Bedienung aufwandswirksam wieder eingebucht werden muss. Es wird also nicht zum Eigenkapital. Enthält demzufolge ein Genussrecht ungewöhnlicherweise den Tilgungsvorbehalt lediglich aus künftigen Gewinnen bedient zu werden, so ergeben sich zwangsläufig die Rechtsfolgen des § 5 Abs. 2a EStG.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass Genussrechtskapital steuerlich nur dann Eigenkapital darstellt, wenn besondere Umstände eines Einzelfalls vorliegen. Anders ausgedrückt bedarf es besonderer, eher unüblicher schuldrechtlicher Regelungen, wenn bei der Gestaltung steuerliches Eigenkapital gewollt ist.

6.3 Folgen bei steuerlichem Eigenkapital

Wird das Genussrechtskapital (ausnahmsweise) als steuerliches Eigenkapital behandelt, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das hat. Naheliegender wäre, dass es sich um eine Einlage handelt, die gem. § 27 ff. KStG in das steuerliche Einlagekonto zu überführen ist (s. 2.3). Dies ist jedoch nicht der Regelfall.

Zunächst ist zu unterscheiden, ob das Genussrechtskapital von einem Gesellschafter zugeführt wird oder einem fremden Dritten.

Ist der Gläubiger gleichzeitig Gesellschafter und beruht der Ausweis als Eigenkapital auf dem Gesellschaftsverhältnis, gilt das Kapital in Höhe seines werthaltigen Teils nach den allgemeinen Regeln als verdeckte Einlage. Demzufolge findet eine Erfassung im steuerlichen Einlagekonto gem. § 27 KStG statt. Der nicht werthaltige Teil führt zu steuerlichem Ertrag. Das bedeutet, dass bei einem neuen Genussrechtskapital eines Gesellschafters, das frei verwendet werden kann, eine Einlage vorliegt. Problematisch können Genussrechte sein, die als Umwandlung aus bestehenden Gesellschafterdarlehen generiert werden. Hier bedarf es einer Bestimmung des werthaltigen Teils (vgl. auch Rz. 34 ff. des BMF-Schreibens).

Handelt es sich bei dem Gläubiger des Genussrechts um einen fremden Dritten und erfüllt das Genussrecht die strengen Anforderungen an die Qualifikation als Eigenkapital, kommt es zu einem steuerpflichtigen Ertrag in voller Höhe (Rz. 26 des BMF-Schreibens). Diese Folge ist selten gewollt, kann aber sinnvoll sein bei der beabsichtigten Nutzung von Verlustvorträgen. Eine Erfassung im steuerlichen Einlagekonto gem. §§ 27 ff. KStG scheidet bei fremden Dritten aus.

6.4 Steuerliches Fremdkapital

Wie ausgeführt stellt Genussrechtskapital im Regelfall Fremdkapital dar. Auch wenn es in der Handelsbilanz nach den Kriterien des IDW/HFA 1/94 als Eigenkapital ausgewiesen wird, stellt es eine Verbindlichkeit in der Steuerbilanz dar. Es macht keinen Unterschied, ob es sich bei dem Genussrechtsgläubiger um einen Gesellschafter oder einen fremden Dritten handelt. Folglich ist die Kapitalzuführung ergebnisneutral und löst keine Steuerbelastungen aus. Die Ausgestaltung der Vergütung führt zu keiner anderen Wertung, auch eine rein gewinnabhängige Vergütung ändert nichts am Fremdkapitalausweis.

Die Vergütungen führen damit grundsätzlich zu Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG), die als Zinsaufwendungen zu erfassen sind. Diese Klassifizierung kann Folgewirkungen hervorrufen. Zu nennen sind die Beschränkungen für Zinsen auf Überentnahmen (§ 4 Abs. 4a EStG), die Zinsschranke (§ 4h EStG, § 8a KStG) und die gewerbesteuerliche Hinzurechnung (§ 8 Nr. 1 Buchst. a) GewStG).

6.5 Abzugsfähigkeit der Vergütung bei Kapitalgesellschaften

Die steuerliche Betriebsausgabenabzugsfähigkeit der Vergütungen auf Genussrechtskapital gilt bei Kapitalgesellschaften nicht uneingeschränkt. Dies liegt an der Vorschrift § 8 Abs. 3 Satz 2. Alternative KStG. Expressis verbis werden Ausschüttungen *jeder Art* auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, mit verdeckten Gewinnausschüttungen gleichge-

stellt, d. h. sie mindern das Einkommen nicht. Aus abzugsfähigen werden nichtabzugsfähige Betriebsausgaben.

Nach Rz. 31 des BMF-Schreibens ist das Merkmal „Beteiligung am Gewinn“ weit auszulegen. Es wird ausgeführt, dass es einerlei ist, ob sich die Vergütung am Jahresüberschuss, Bilanzgewinn, dem ausschüttungsfähigen Gewinn, EBIT, EBITDA oder Dividendenausschüttungen ausrichtet. Das Merkmal ist jedoch nicht erfüllt, wenn die Vergütung abhängig ist vom Ergebnis einer Unternehmenseinheit (tracking-stock), einzelner Wirtschaftsgüter oder anderer Konzerngesellschaften. Damit können z. B. Vergütungen auf zweckgebundene Genussrechte als Betriebsausgaben erhalten bleiben, wenn diese Vergütungen sich am Ergebnis der zweckgebundenen Investition orientieren.

Neben der Beteiligung am Gewinn setzt die Vorschrift kumulativ eine Beteiligung am Liquidationserlös voraus. Die Behandlung als Gewinnausschüttung erfolgt also nicht, wenn dem Genussrechtsgläubiger zwar eine rein gewinnabhängige Vergütung zusteht, nicht aber eine Beteiligung am Liquidationserlös.

Die Behandlung als Gewinnausschüttung findet auch dann statt, wenn der Genussrechtsgläubiger als fremder Dritter gar nicht an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist.

Bei der Emission eines Genussrechtskapitals einer Kapitalgesellschaft muss also entschieden werden, ob die Folge einer gewinnabhängigen Vergütung akzeptabel ist oder nicht, sofern sie auch mit einer Teilhabe am Liquidationserlös verbunden werden soll. Dagegen spricht, dass die Vergütungen steuerlich nicht abzugsfähig sind. Dafür könnte sprechen, dass die Vergütung beim Empfänger wie eine Gewinnausschüttung nur mit dem Abgeltungsteuersatz von 25 % plus 5,5 % Solidaritätszuschlag steuerpflichtig ist. Das ist dann von Vorteil, wenn es sich bei dem Gläubiger um einen Gesellschafter handelt, der mit mehr als 10 % an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist und demzufolge Vergütungen als Zinserträge zum vollen Tarif versteuern müsste. Ebenso wäre es für eine Kapitalgesellschaft als Gläubigerin vorteilhaft, wenn diese als Gesellschafterin mit mind. 10 % beteiligt wäre und so die 95 %ige Steuerfreiheit des § 8b KStG in Anspruch nehmen kann gegenüber voll steuerpflichtigen Zinserträgen.

Soll der Betriebsausgabenabzug sicher gewährleistet sein, bietet sich in der Praxis regelmäßig an, die Genussrechtsbedingungen so auszugestalten, dass der Genussrechtsgläubiger zwar einen Anspruch auf Rückzahlung seiner Einlage bei Beendigung des Genussrechts erhält, eine Beteiligung am Liquidationserlös jedoch expressis verbis ausgeschlossen wird und so die Tatbestandsvoraussetzungen von § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG eindeutig nicht erfüllt werden.

6.6 Steuerliche Behandlung beim Genussrechtsgläubiger

Die steuerliche Behandlung beim Genussrechtsgläubiger hängt davon ab, ob es sich bei diesem um ein Genussrecht im Privatvermögen handelt oder im Betriebsvermögen oder in einer Kapitalgesellschaft.

6.6.1 Behandlung im Privatvermögen

Die Besteuerung von Erträgen aus Genussrechten ist gesetzlich geregelt in § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und gehört damit zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Diese Vorschrift, die uneingeschränkt den Zugang zum Abgeltungsteuersatz gem. § 32d EStG ermöglicht, gilt aber nur dann, wenn das Genussrecht mit einem Recht am Gewinn und Liquidationserlös einer *Kapitalgesellschaft* verbunden ist. Es handelt sich also um eine Art Korrespondenzvorschrift zu § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG (vgl. oben zu 6.5).

Vermittelt das Genussrecht keinen Anteil am Gewinn und am Liquidationserlös, handelt es sich um eine Kapitalforderung gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Auch diese Vorschrift ermöglicht die Besteuerung zum Abgeltungsteuersatz von 25 % plus 5,5 % Solidaritätszuschlag gem. § 32d EStG. Diese Begünstigung gilt gem. § 32d Abs. 2 EStG indes nicht, wenn Genussrechtsgläubiger und Genussrechtsschuldner nahestehende Personen sind oder der Genussrechtsgläubiger mit mind. 10 % am Genussrechtsschuldner beteiligt ist. Es gelten also die gleichen Regeln wie bei Zinseinkünften aus Privatdarlehen, bei stillen Beteiligungen oder partiarischen Darlehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG).

Wird das von einem fremden Dritten gezahlte Genussrechtskapital auf der Ebene des Genussrechtsschuldners als Eigenkapital mit der Folge eines voll steuerpflichtigen Ertrags behandelt (vgl. 6.3), führt dies nicht automatisch zu einem Verlust aus Kapitalvermögen. Sollte allerdings das Genussrecht vollständig oder teilweise verloren gehen, kann der daraus resultierende Verlust gem. § 20 Abs. 2 EStG geltend gemacht werden, allerdings mit der Einschränkung von § 20 Abs. 6 EStG, wonach diese Verluste nicht mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden dürfen und überdies als Verluste von Kapitalvermögen je Veranlagungsjahr auf 20.000 € beschränkt sind.

Handelt es sich bei dem Genussrechtsgläubiger um einen Gesellschafter und um eine verdeckte Einlage (Eigenkapital beim Genussrechtsschuldner – vgl. 6.3), so wird der werthaltige Teil als Einlage im steuerlichen Einlagekonto gem. § 27 KStG erfasst mit der Folge, dass diese Einlage Anschaffungskosten der Beteiligung darstellt. Die Rückzahlung des Genussrechts stellt eine Auszahlung aus dem steuerlichen Einlagekonto dar und ist gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG beim Empfänger steuerfrei. Der nicht werthaltige Teil, der beim Genussrechtsschuldner steuerpflichtigen Ertrag auslöst, kann zu steuerpflichtigen Verlusten gem. § 20 Abs. 2 EStG führen, z. B. wenn der nicht werthaltige Teil durch Umwandlung eines Darlehens (debt-equity-swap) entstanden ist. Die Beschränkung der Verlustverrechnung nach Art und Höhe gem. § 20 Abs. 6 EStG gilt auch hier.

6.6.2 Behandlung im Betriebsvermögen

Da die Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 20 Abs. 8 EStG subsidiär gegenüber den Gewinneinkünften sind, handelt es sich bei den Vergütungen von Genussrechten, die in einem Betriebsvermögen gehalten werden, im Regelfall um Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem. § 15 EStG. Damit kommt eine Besteuerung nach dem Abgeltungsteuersatz gem. § 32d EStG grundsätzlich nicht in Betracht. Die Erträge sind in vollem Umfang steuerpflichtig.

Soweit das Genussrecht mit einem Recht am Gewinn und am Liquidationserlös einer Kapitalgesellschaft verbunden ist und die Vergütungen somit als Gewinnausschüttungen gewertet werden, unterliegen diese Einkünfte dem Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 EStG und sind somit zu 40 % steuerfrei.

Wird das von einem fremden Dritten gezahlte Genussrecht auf der Ebene des Genussrechtsschuldners als Eigenkapital mit der Folge eines voll steuerpflichtigen Ertrags behandelt (vgl. 6.3), führt dies in einem Betriebsvermögen nicht zu einer voll abzugsfähigen Betriebsausgabe, da es an einem diesbezüglichen Korrespondenzprinzip fehlt. Vielmehr ist das Genussrechtskapital mit seinen Anschaffungskosten als Vermögensgegenstand zu erfassen. Bei dauerhafter Wertminderung führt eine notwendige Teilwertabschreibung zu abzugsfähigen Betriebsausgaben.

Ist der Genussrechtsgläubiger ein Gesellschafter und handelt es sich um eine verdeckte Einlage, stellt das Kapital in Höhe des werthaltigen Teils Anschaffungskosten dar und in Höhe des nicht werthaltigen Anteils abzugsfähige Betriebsausgaben. Dies erklärt sich bereits daraus, dass nicht werthaltige Vermögensgegenstände im Betriebsvermögen abgeschrieben werden müssen und es demzufolge nicht auf ein Korrespondenzprinzip ankommt.

Handelt es sich bei dem Genussrechtsgläubiger um eine steuerliche Mitunternehmerschaft, z. B. eine GmbH & Co. KG, wird das Genussrechtskapital, das ein Kommanditist geleistet hat, zu seinem Sonderbetriebsvermögen bei der Mitunternehmerschaft. Die Vergütungen stellen dann Sonderbetriebseinnahmen dar und werden als gewerbliche Einkünfte im Rahmen der Mitunternehmerschaft steuerlich erfasst.

6.6.3 Behandlung bei einer Kapitalgesellschaft

Die Vergütungen für das Genussrechtskapital gehören im Regelfall zu den uneingeschränkt steuerpflichtigen Einnahmen.

Eine Ausnahme bilden die Vergütungen für Genussrechtskapital, das eine Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös vermittelt. Da diese Vergütungen auf der Ebene des Genussrechtsgläubigers gem. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG als Gewinnausschüttung behandelt werden, zählen sie beim Genussrechtsgläubiger zu den Vergütungen, die gem. § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei sind und lediglich der 5%igen Gewinnhinzurechnung gem. § 8b Abs. 3 KStG unterliegen. Demzufolge sind Kapitalverluste steuerlich nicht abzugsfähig und etwaige Veräußerungs- oder Auflösungsgewinne nur mit 5 % steuerpflichtig.

Ist der Genussrechtsgläubiger eine Mitunternehmerschaft, verbleibt es bei der steuerlichen Erfassung im Rahmen der Mitunternehmerschaft (vgl. 6.6.2).

7. BEISPIEL EINER GENUSSRECHTSVEREINBARUNG

Nachfolgend ist das Beispiel einer Genussrechtsvereinbarung dargestellt, die handelsrechtlich zu Eigenkapital führt und steuerlich eine Verbindlichkeit darstellt.

Genussrechtsvereinbarung

Zwischen der

Genießer GmbH, Musterstraße 7, 12345 Großneustadt,
- im Weiteren auch nur „**Genussrechtsschuldnerin**“ genannt – und

Benedikt Freigeber, Musterstraße 9, 12345 Großneustadt,
- im Weiteren auch nur „**Genussrechtsgläubiger**“ genannt – wird Folgendes vereinbart:

§ 1 Vertragsgegenstand

(1) Investor Freigeber als Genussrechtsgläubiger stellt der Genießer GmbH als Genussrechtsschuldnerin ein **Genussrechtskapital** im Gesamtbetrag von 500.000 € (Nennbetrag des Genussrechtskapitals) nach Maßgabe der nachfolgenden Bedingungen zur Verfügung.

(2) Das Genussrechtskapital ist binnen zehn Bankarbeitstagen nach Abschluss dieser Vereinbarung auf ein von der Genießer GmbH benanntes Bankkonto durch Überweisung zu zahlen.

§ 2 Ausschüttungshöhe

(1) Die Genussrechtsschuldnerin ist verpflichtet, dem Genussrechtsgläubiger eine dem Gewinnanteil der Gesellschafter der Genießer GmbH vorgehende jährliche Ausschüttung

- a) i. H. v. 4,0% des Nennbetrages des Genussrechtskapitals sowie
- b) einer jährlichen erfolgsabhängigen Ausschüttung in Höhe 3,0% des Jahresüberschusses i. S. v. § 275 Abs. 2 Nr. 17 HGB gem. Einzel-Jahresabschluss der Genussrechtsschuldnerin, max. jedoch weitere 6,0% des Nennbetrages des Genussrechtskapitals,

zu zahlen.

(2) Die Ausschüttungen auf das Genussrechtskapital sind dadurch begrenzt, dass durch sie kein Bilanzverlust entstehen darf und sie müssen aus Eigenkapitalbestandteilen geleistet werden können, die nicht besonders gegen Ausschüttungen geschützt sind. Ein nach Satz 1 nicht entstandener Ausschüttungsanspruch ist in späteren Geschäftsjahren nachzuholen, wenn und soweit in diesen späteren Jahren durch die Zahlung kein Bilanzverlust der Genießer GmbH entsteht und sie aus Eigenkapitalbestandteilen geleistet werden können, die nicht besonders gegen Ausschüttungen geschützt sind.

(3) Das Genussrechtskapital ist unbeschadet seines Inkrafttretens mit dem Tag des Abschlusses dieser Vereinbarung ab 01.01.2025 ausschüttungsberechtigt, d.h. für das Geschäftsjahr 2024 erfolgt keine zeitanteilige Ausschüttung.

(4) Die Ausschüttung auf das Genussrechtskapital für jedes abgelaufene Geschäftsjahr ist jeweils nachträglich am 30. Juni des folgenden Jahres fällig. Sofern zu diesem Termin der Jahresabschluss der Genießer GmbH für das vorangegangene Geschäftsjahr noch nicht endgültig festgestellt ist, wird die Zahlung am ersten Bankarbeitstag nach der endgültigen Feststellung fällig.

§ 3 Rechte des Genussrechtsgläubigers

Das Genussrechtskapital gewährt ausschließlich schuldrechtliche Ansprüche gegenüber der Genießer GmbH und begründet keine Gesellschafterrechte des Genussrechtsgläubigers, insb. kein Teilnahme-, Mitwirkungs- und Stimmrecht in den Gesellschafterversammlungen. Das Genussrechtskapital gewährt keinen Anteil an einem etwaigen Liquidationsüberschuss nach Begleichung der Ansprüche aus dem Genussrechtskapital.

§ 4 Laufzeit

Die Laufzeit dieser Genussrechtsvereinbarung beträgt 7 (sieben) Jahre und ist bis zum 31.12.2031 befristet. Vorbehaltlich der Bestimmungen über die Teilnahme am Verlust wird das Genussrechtskapital zum Nennbetrag zurückgezahlt. Der zurückzuzahlende Betrag ist am 10.01.2032 fällig. Die Rückzahlungspflicht besteht ganz oder teilweise nicht, wenn und soweit diese nur aus dem Stammkapital der Genießer GmbH bedient werden kann. Wird das Genussrechtskapital aus vorstehendem Grund ganz oder teilweise nicht zurückgezahlt, so verlängert sich die Laufzeit des Genussrechtskapitals bis zur vollständigen Bedienung dieser Zahlungsansprüche bis max. zum 31.12.2034. Soweit zu diesem Datum noch keine Rückzahlung des Genussrechtskapitals möglich sein sollte, entfällt die Rückzahlungsverpflichtung endgültig.

§ 5 Rückzahlungsanspruch, Verlustbeteiligung

(1) Weist die Genießer GmbH in einem oder mehreren Jahresabschlüssen einen Bilanzverlust aus oder wird ihr Stammkapital zur Deckung von Verlusten herabgesetzt, so vermindert sich der Rückzahlungsanspruch des Genussrechtsgläubigers unmittelbar anteilig und zwar insg. in dem Umfang, in dem diese Verluste nicht von Eigenkapitalbestandteilen getragen werden können, die gegen Ausschüttungen nicht besonders geschützt sind. Hierdurch wird verhindert, dass durch die Rückzahlung von Genussrechtskapital das bilanzielle Eigenkapital unter die Höhe der Summe der vor Ausschüttungen besonders geschützten Eigenkapitalbestandteile fällt.

Bilanzverluste werden mit dem bilanziellen Eigenkapital, das gegen Ausschüttungen besonders geschützt ist, erst verrechnet, wenn das gesamte Genussrechtskapital durch Verlustverrechnung vollständig aufgezehrt ist.

(2) Bei einer Kapitalherabsetzung vermindert sich der Rückzahlungsanspruch in demselben Verhältnis, in dem das neue Stammkapital zum alten Stammkapital der Genießer GmbH steht. Verlustvorträge aus Vorjahren bleiben hierbei außer Betracht.

(3) Eine Verlustteilnahme nach Abs. 1 oder 2 führt nicht zu einer Herabsetzung des Nennbetrages des Genussrechtskapitals, insb. für die Zwecke der Ausschüttung gem. § 2.

(4) Werden nach einer Teilnahme des Genussrechtsgläubigers am Verlust in den folgenden Geschäftsjahren Gewinne erzielt, so sind aus diesen die Rückzahlungsansprüche bis zum Nennbetrag des Genussrechtskapitals zu erhöhen, bevor eine anderweitige Gewinnverwendung vorgenommen wird. Diese Verpflichtung besteht nur während der Laufzeit des Genussrechtskapitals nach dieser Vereinbarung.

§ 6 Nachrangigkeit des Genussrechtskapitals

Das Genussrechtskapital tritt gegenüber allen Bankverbindlichkeiten sowie sämtlichen anderen gegenwärtigen und zukünftigen Gläubigern der Genießer GmbH im Rang zurück. Im Falle eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen oder im Falle der Liquidation der Genießer GmbH wird das Genussrechtskapital erst nach allen anderen Gläubigern und vorrangig vor den Gesellschaftern der Genießer GmbH bedient; das Genussrechtskapital gewährt keinen Anteil am Liquidationserlös.

§ 7 Anwendbares Recht

(1) Diese Genussrechtsvereinbarung sowie alle sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten bestimmen sich ausschließlich nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland.

(2) Erfüllungsort und ausschließlicher Gerichtsstand ist Großneustadt.

§ 8 Salvatorische Klausel

Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, so wird hiervon die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Anstelle der unwirksamen Bestimmung werden die Parteien eine gültige Bestimmung vereinbaren, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen Bestimmung am nächsten kommt; dasselbe gilt für den Fall einer vertraglichen Lücke.

Großneustadt, den ...

Genießer GmbH
als Genussrechtsschuldnerin

Der Genussrechtsgläubiger

Jürgen Genießer, Geschäftsführer

Benedikt Freigeber