

Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V.  
 Bundesverband deutscher Banken e. V.  
 Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands e. V.  
 Deutscher Sparkassen- und Giroverband e. V.  
 Verband deutscher Pfandbriefbanken e. V.

Die Deutsche  
Kreditwirtschaft

Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken e. V. |  
 Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Bundesministerium der Finanzen  
 Herrn MDg Dr. Rolf Möhlenbrock  
 Leiter Unterabteilung IV C  
 Wilhelmstraße 97  
 10117 Berlin

Kontakt: Dr. Heinz-Jürgen Tischbein  
 Telefon: +49 30 2021- 2400  
 Fax: +49 30 2021- 192400  
 E-Mail: tischbein@bvr.de  
 Unsere Zeichen: Dr. Ti/AM

AZ DK: KStG-8 Abs. 3 Satz 3  
 AZ BVR: KStG-8-3-3

### **Steuerliche Abzugsfähigkeit von Ausschüttungen auf Genussrechte und stille Beteiligungen**

17. Januar 2017

Sehr geehrter Herr Dr. Möhlenbrock,

völlig überraschend wurde mit der Verfügung der OFD Nordrhein-Westfalen vom 12.05.2016 der Betriebsausgabenabzug von Ausschüttungen auf Genussrechtskapital Einschränkungen unterworfen. Aus Sicht der Kreditinstitute wird mit dieser Auffassung eine völlig neue Sichtweise durch die Finanzverwaltung vertreten, die auch Auswirkungen auf laufende Genussrechtsvereinbarungen hat. Wir halten die in der abgestimmten Länderverfügung vertretene Auffassung aus rechtlichen Gründen für unzutreffend. Auch eine Übertragung auf Ausschüttungen auf stille Beteiligungen halten wir für verfehlt. Die Einzelheiten können Sie dem als Anhang beigefügten Vermerk entnehmen.

#### Anlage

Vermerk „Steuerliche Abzugsfähigkeit von Ausschüttungen auf Genussrechte und stille Beteiligungen“ vom 17.01.2017

Für ein persönliches Gespräch zur Erörterung der Thematik stehen wir gerne zur Verfügung. Einen Abdruck dieser Eingabe haben wir mit Schreiben vom heutigen Tag auch an die Abteilung VII Finanzmarktpolitik übersandt.

Mit freundlichen Grüßen  
 für Die Deutsche Kreditwirtschaft  
 Bundesverband der Deutschen  
 Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V.

i. V.



Gerhard Hofmann



Dr. Heinz-Jürgen Tischbein

Federführer:  
 Bundesverband der Deutschen  
 Volksbanken und Raiffeisenbanken e.V.  
 Schellingstraße 4 | 10785 Berlin  
 Telefon: +49 30 2021-0  
 Telefax: +49 30 2021-1900  
 www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de

# Vermerk

## Steuerliche Abzugsfähigkeit von Ausschüttungen auf Genussrechte und stille Beteiligungen

Kontakt:

Dr. Heinz-Jürgen Tischbein

Telefon: +49 30 2021- 2400

Telefax: +49 30 2021-192400

E-Mail: [tischbein@bvr.de](mailto:tischbein@bvr.de)

Berlin, 17.01.2017

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken  
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße 4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

[www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de](http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de)

## **A. Steuerliche Abzugsfähigkeit von Ausschüttungen auf Genussrechte**

In Rahmen von Betriebsprüfungen werden aktuell die Auszahlungen bzw. Ausschüttungen auf Genussrechte nicht als Betriebsausgaben anerkannt. Dies geschieht unter Bezugnahme auf eine Erörterung im Kreis der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder.

### **1. Abgrenzung von steuerlichem Eigenkapital zu Fremdkapital**

Die OFD NRW hat am 12.05.2016 eine Verfügung zur körperschaftsteuerlichen Behandlung von Genussrechten veröffentlicht, die dem Vernehmen nach dem Ergebnis der Abstimmung der Körperschaftsteuer-Referatsleiter des Bundes und der Länder im Frühjahr 2015 entspricht:

*OFD Nordrhein-Westfalen v. 12.05.2016 - S 2742-2016/0009-St 131*

*„Die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder haben zur steuerlichen Behandlung von Genussrechten Beschlüsse gefasst. Danach gelten folgende Grundsätze:*

*Ein Genussrecht, das unter Beachtung des Vorsichtsprinzips einschließlich der durch den IDW/HFA 1/1994 (Die Wirtschaftsprüfung, 1994, S. 419) aufgestellten Kriterien (Nachrangigkeit, Erfolgsabhängigkeit der Vergütung und Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe sowie Längerfristigkeit der Kapitalüberlassung) schon in der Handelsbilanz nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung keine Verbindlichkeit darstellt, darf auch in der Steuerbilanz nicht als Verbindlichkeit ausgewiesen werden. In diesen Fällen liegt steuerliches Eigenkapital vor, welches im Zeitpunkt der Begründung als Einlage in Höhe des werthaltigen Teils zu behandeln ist.*

*Ausschüttungen jeder Art auf diese Genussrechte stellen eine Einkommensverwendung dar, die das Einkommen der ausschüttenden Körperschaft nicht mindern darf (§ 8 Abs. 3 Satz 1 KStG). Aus dem Wortlaut des § 8 Absatz 3 Satz 1 KStG ergibt sich generell ein Abzugsverbot für „Ausschüttungen“ auf steuerliche EK-Instrumente.*

*Unabhängig davon dürfen Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, die in der Handelsbilanz als Fremdkapital behandelt werden, mit denen aber das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, das Einkommen der ausschüttenden Körperschaft nicht mindern (§ 8 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz KStG). Die zur Auslegung des § 8 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz KStG ergangenen BMF-Schreiben haben weiterhin Gültigkeit (BMF-Schreiben vom 17. Februar 1986 – IV B 7 – S 2742 – 1/86 –, vom 8. Dezember 1986 – IV B 7 – S 2742 – 26/86 – und vom 27. Dezember 1995, BStBl 1996 I S. 49).“*

Danach ist der Betriebsausgabenabzug für die Ausschüttungen zu versagen, wenn das Genussrecht handelsrechtlich Eigenkapital darstellt. Zum Beleg, wann dies im Einzelfall der Fall sein soll, wird auf die Stellungnahme des IDW/HFA 1/1994, Die Wirtschaftsprüfung 1994, 419 verwiesen.

## **2. Steuerrechtliche Beurteilung:**

Nach der Kreditinstituts-Rechnungslegungsverordnung –RechKredV- werden Genussrechte unter Passiva 10 und somit als Verbindlichkeiten ausgewiesen. Nach § 29 RechKredV sind Ausschüttungen auf Genussrechte als Zinsaufwand zu verbuchen. Die RechKredV differenziert auf der Passivseite der Bilanz zwischen Eigenkapital und Fremdkapital. Unter der Position Eigenkapital werden nur das eingezahlte Kapital, Kapitalrücklagen, Gewinnrücklagen und der Bilanzgewinn/Bilanzverlust ausgewiesen. Genussrechte gehören nicht dazu, sondern werden getrennt hiervon unter Passiva 10 bilanziert. Sie werden auch nicht in den Eigenkapitalpiegel nach § 264 Abs. 1 Satz 2 HGB aufgenommen. Hieraus folgt, dass die handelsrechtliche Behandlung der Genussrechte bei Kreditinstituten nach dem Maßgeblichkeitsgrundsatz in der Steuerbilanz nicht zu einer Behandlung als Eigenkapital führen kann, denn sie werden in der Handelsbilanz nicht als Eigenkapital bilanziert. Im Ergebnis bedarf es mithin einer eigenständigen Qualifizierung der Genussrechte für die Steuerbilanz nach steuerrechtlichen Grundsätzen.

Bei der Anwendung der steuerlichen Regelungen sind dabei die folgenden allgemeinen Grundsätze zu berücksichtigen:

### **a) Die Spezialvorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG geht der Anwendung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes vor**

§ 5 Abs. 6 EStG bestimmt, dass die Vorschriften zum Betriebsausgabenabzug dem Maßgeblichkeitsgrundsatz vorgehen. Hieraus folgt, dass die Spezialvorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zum Betriebsausgabenabzug bei Ausschüttungen auf Genussrechte dem allgemeinen Maßgeblichkeitsgrundsatz und darüber hinaus auch der handelsrechtlichen Zuordnung vorgeht. Der Betriebsausgabenabzug ist danach alleine und ausschließlich an der Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG zu orientieren. Der Maßgeblichkeitsgrundsatz kann hier auch nicht ergänzend zur Verweigerung des Betriebsausgabenabzuges herangezogen werden.

Der BFH hat bestätigt, dass steuerrechtliche Vorschriften auch dann eigenständig auszulegen sind, wenn sie im Handelsrecht eine Entsprechung finden, und zwar unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs, in dem sie im Steuerrecht stehen.<sup>1</sup> Dies gilt auch für die Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG. Diese Spezialvorschrift geht dem allgemeinen Maßgeblichkeitsgrundsatz daher vor.<sup>2</sup>

Im Ergebnis ist deshalb steuerlich eigenständig zwischen Genussrechten, die Eigenkapitalcharakter haben und Genussrechten, die Fremdkapitalcharakter haben, zu unterscheiden.

---

<sup>1</sup> BFH GrS v. 31.01.2013, GrS 1/10, BStBl. II 2013, 317

<sup>2</sup> vgl. Rengers in Blümich, KStG, § 8 Rz. 200, 216

## **b) Die Abgrenzung des Eigenkapitals vom Fremdkapital folgt bei Genussrechten eigenen steuerrechtlichen Prinzipien**

Handelsrechtlich erfolgt die Abgrenzung des Eigenkapitals vom Fremdkapital maßgeblich nach der Haftungsfunktion und damit aus der Perspektive der Gläubiger. Dieser Auslegung dienen auch die Ausführungen des IDW in HFA 1/1994.

Die steuerliche Gewinnermittlung folgt demgegenüber dem Leistungsfähigkeitsprinzip nach Art 3 GG. Es stellt auf die Perspektive des leistenden Unternehmens ab. Es muss danach geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen Fremdkapital das Unternehmen vergleichbar belastet wie (typisches) Eigenkapital. Genussrechtskapital, das nur aus dem Reingewinn zu verzinsen und aus dem Liquidationserlös zu tilgen ist, belastet nur das Reinvermögen und ist daher als Eigenkapital zu qualifizieren. Demgegenüber ist das gewinnunabhängig verzinsten Genussrechtskapital als Fremdkapital einzustufen, da Zinsen hierauf auch in Verlustjahren gezahlt werden müssen und es daher mit Schuldverschreibungen und Darlehen zu vergleichen ist.<sup>3</sup> Die Beteiligung am Gewinn und an den stillen Reserven des Unternehmens steht dabei nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG im Vordergrund. Aus der Beteiligung am Liquidationserlös ergibt sich die Beteiligung an den stillen Reserven des Unternehmens. Fehlt es hieran, ist das Genussrecht nicht als Eigenkapital einzustufen. Bestätigt wird dieses Ergebnis in der Praxis durch fehlende Mitspracherechte des Genussrechtsgläubigers (keine Mitgliedsrechte, Stimmrechte, Kontrollrechte).

## **c) Bestätigung durch die Entstehungsgeschichte der Norm, die Rechtsprechung und die bisherige Verwaltungsauffassung**

Rechtshistorisch ist § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG auf die streitige Behandlung von Ausschüttungen auf Genussscheine zurück zu führen (Begründung zum KStG 1934, RStBl 1935, 81, 84). Die Rechtsprechung des RFH schloss Ausschüttungen auf solche Genussscheine vom Betriebsausgabenabzug aus, die dem Inhaber eine dem Gesellschafter vergleichbare Stellung einräumten.<sup>4</sup> Daraus leitet sich das kumulative Erfordernis einer Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös her.<sup>5</sup>

Der Gesetzgeber differenziert heute zwischen Genussrechten/-scheinen schlechthin (§ 17 Abs.1 EStG) und Genussrechten, die eine Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös vorsehen (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 20 Abs.1 Nr.1 EStG). Diese bewusste Differenzierung verbietet es, Genussrechte steuerlich auch bei einer fehlenden Beteiligung am Liquidationserlös als Eigenkapitalinstrumente einzustufen.

---

<sup>3</sup> vgl. RFH v. 17.04.1934, I A 316/32, RStBl. 1934, 773,776

<sup>4</sup> RFH I A 316/32, RStBl 1934, 773

<sup>5</sup> BFH I R 67/92, BStBl 1996, 77

Der Gesetzgeber hat die Frage wertend beantwortet, unter welchen Voraussetzungen seiner Ansicht nach eine schuldrechtliche Beteiligung eigenkapitalähnlich ausgestaltet ist, so dass eine unterschiedliche Behandlung steuerlich nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>6</sup> Eigenkapital liegt damit nach den eindeutigen steuerrechtlichen Wertungen nur vor, wenn der Kapitalgeber auch an den stillen Reserven beteiligt ist. Daran fehlt es, wenn das Genussrecht zum Buchwert zu tilgen ist. Diese steuerliche Einstufung ist auch deshalb erforderlich, da das Handelsrecht keine eindeutigen Abgrenzungskriterien vorgibt. Für einen Rückgriff auf die handelsrechtlichen GoB ist angesichts dieser eigenständigen steuerlichen Grenzziehung kein Raum (Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 4 Rn. 122).

Die Rechtsprechung schließt konsequenterweise nur Ausschüttungen auf solche Genussrechte vom Betriebsausgabenabzug aus, die dem Inhaber eine dem Gesellschafter der Kapitalgesellschaft vergleichbare Stellung einräumen, wozu auch die Beteiligung am Liquidationserlös gehört<sup>7</sup>.

Auch im BMF-Schreiben vom 8.12.1986 wird klargestellt, dass Genussrechte, die sämtliche Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 S. 2, 2. HS KStG erfüllen, nach Einschätzung der Finanzverwaltung steuerlich als Eigenkapital einzustufen sind:

"Es wird die Auffassung vertreten, dass Ausschüttungen auf Genussrechte bei Kapitalgesellschaften als Betriebsausgaben abziehbar sind, wenn die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG nicht vorliegen. Grundsätzlich wird diese Ansicht geteilt.

Zur Auslegung dieser Bestimmung wurde auf die im Bericht des Finanzausschusses zitierte Auskunft des Bundesfinanzministeriums hingewiesen; danach liegt ein Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös nicht vor; "wenn das Genussrechtskapital ohne anteilige stille Reserven zurückzuzahlen ist" (BT-Drucks. 10/2510 S. 7). An dieser Beurteilung hält der Bundesfinanzminister fest."

Im Umkehrschluss ergibt sich: Werden die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs.3 Satz 2 KStG nicht erfüllt, liegt steuerlich kein Eigenkapital vor. Der Betriebsausgabenabzug darf dann auch nicht unter Verweis auf die Maßgeblichkeit versagt werden.

Der Verweis auf die Ausführungen des IDW in HFA 1/1994 kann zu keinem anderen Ergebnis führen, da sich die Rechtsauslegung hierin ausschließlich an den handelsrechtlichen, am Gläubigerschutzgedanken orientierten Auslegungskriterien orientiert, die hier jedoch von der spezialgesetzlichen steuerrechtlichen Regelung im Anwendungsbereich verdrängt werden. Der Verweis auf die handelsrechtliche Maßgeblichkeit geht hier schon wegen des Verweises in § 5 Abs. 6 EStG auf den Vorrang der Spezialregelung des § 8 Abs. 3 KStG zum Betriebsausgabenabzug fehl.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Schön, JbFStR 202/2013, 320

<sup>7</sup> vgl. u.a. BFH vom 12.12.2012, I R 27/12, BStBl II 2013, 682, BFH vom 19.01.1994, I R 67/92, BStBl. II 96, 77; RFH-Urteil v. 17.04.1934, I A 316/32, in RStBl 1934, 773

<sup>8</sup> vgl. Gosch in Gosch, KStG. 3. Aufl. 2015, § 8 Rn. 149; Stein in H/H/R, EStG/KStG, 275. EL 2016, KStG § 8 Rn. 230; Häuselmann BB 2007, 931, 934f.

Wenn die Finanzverwaltung nunmehr entgegen einer mehr als 30-jährigen Verwaltungspraxis und entgegen dem Wortlaut des BMF-Schreibens vom 8.12.1986 den Betriebsausgabenabzug für Ausschüttungen auf Genussrechte verweigern möchte, dann wird hierdurch nicht nur das berechnete Vertrauen der Steuerpflichtigen enttäuscht, sondern auch eine rechtssichere Einordnung in der Praxis aufgegeben. Eine Änderung der Verwaltungsauffassung widerspricht zudem der geltenden Rechtslage. Eine Änderung der Rechtslage wäre vor dem vorstehend geschilderten Hintergrund auch nicht ohne Übergangsvorschrift möglich. Auch der BFH sieht eine besondere Schutzwürdigkeit von Steuerpflichtigen, wenn die vorherige Finanzverwaltungsauffassung langfristig praktiziert wurde.<sup>9</sup> Hier ist insbesondere auch das Vertrauen der kleineren und mittleren Kreditinstitute zu berücksichtigen, die in der Vergangenheit ebenfalls zusätzlichen aufsichtsrechtlichen Anforderungen zur Bildung zusätzlichen haftenden Eigenkapitals nach KWG (bzw. CRR-Richtlinie) ausgesetzt sind, dieses aber auch zu wettbewerbsfähigen Konditionen aufnehmen können müssen.

#### **d) Ergebnis**

Werden die Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG "eingehalten", also beispielsweise eine Beteiligung am Liquidationserlös ausgeschlossen, muss der Betriebsausgabenabzug für die Zinszahlungen auch zukünftig gewährt werden. Für Maßgeblichkeitsüberlegungen verbleibt hier kein Raum.

Die Verweigerung des Betriebsausgabenabzuges in der OFD-Verfügung vom 12.05.2016 geht in der pauschalen Aussage ohne die steuerrechtlich erforderliche Differenzierung fehl und steht darüber hinaus auch in Widerspruch zu den zutreffenden Aussagen im BMF Schreiben vom 10.04.2014, IV C 2 - S 2742/12/10003 :002 und zur steuerlichen Bewertung durch den BFH. Zudem wäre bei einem Abzugsverbot der Vergütungen für „neue“ EK-Genussrechte auf Ebene des Emittenten auch eine Entlastungswirkung auf Ebene des Inhabers herbeizuführen. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG regelt eine (anteilige) Steuerfreistellung nach § 8b KStG bzw. § 3 Nr. 40 EStG jedoch nur für „alte“ EK-Genussrechte. Somit unterliegen die gezahlten Vergütungen hier einer tatsächlichen Doppelbelastung. Eine Änderung der Verwaltungsauffassung zur Qualifikation der Genussrechte wäre daher vor der Anwendung auch bei daraus resultierenden Folgewirkungen zu berücksichtigen.

Die Auslegung in der OFD-Verfügung entgegen dem Sinn und Zweck und der Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Norm führt für Kreditinstitute zu einer großen Beeinträchtigung ihrer Wettbewerbsposition bei der Bereitstellung des aufsichtsrechtlich erforderlichen Haftkapitals im internationalen Vergleich. Bereits vor diesem Hintergrund ist eine uneingeschränkte Anwendung der neuen Verwaltungsgrundsätze in der Vergangenheit abzulehnen. Sie sollten aber auch unter Berücksichtigung der vorstehend aufgeführten Argumente für die Zukunft überdacht werden.

---

<sup>9</sup> BFH vom 17.12.2007, GrS 2/04, BStBl. II 2008, 608

## **B. Steuerliche Abzugsfähigkeit von Ausschüttungen auf stille Beteiligungen**

In der Praxis der Betriebsprüfung wird vereinzelt die Frage aufgeworfen, ob typische stille Einlagen in analoger Anwendung der Kriterien nach IDW HFA 1/1994 handelsrechtlich als Eigenkapital einzustufen sind. Die handelsrechtliche Einordnung soll nach dem Grundsatz der Maßgeblichkeit auf die Steuerbilanz durchschlagen. Hieraus wird z.T. weitergehend der Schluss gezogen, dass Vergütungen auf handelsrechtlich dem EK zuzurechnende typische stille Einlagen steuerlich nicht aufwandswirksam, sondern als gewinnneutrale Zahlungen auf das EK anzusehen sind. Diese Auffassung steht offensichtlich in Widerspruch zur Rechtsprechung des BFH und auch zur bisherigen Praxis der Finanzverwaltung.

### **1. Abgrenzung von steuerlichem Eigenkapital zu Fremdkapital**

Die handelsrechtlichen GoB haben keine Relevanz für die steuerliche EK-Zuordnung von stillen Einlagen. Denn die steuerliche Einordnung von stillen Beteiligungen erfolgt ungeachtet der handelsrechtlichen Einordnung nach eigenständigen steuerrechtlichen Regelungen. Dabei wird danach unterschieden, ob eine sog. atypische stille Beteiligung oder aber eine typische stille Beteiligung vorliegt. Die steuerliche Qualifikation von stillen Einlagen orientiert sich dabei an anderen Maßstäben als das Handelsbilanzrecht. Die steuergesetzlichen Sondervorschriften gehen deshalb zu Recht auch dem allgemeinen Maßgeblichkeitsgrundsatz vor. Dieser Sichtweise folgt offenbar auch der 1. Senat des BFH. Er ist in seinem Urteil vom 20.08.2008<sup>10</sup> erkennbar davon ausgegangen, dass eine stille Beteiligung, die in der Handelsbilanz nach der RechKredV bilanziert war, steuerlich dem Fremdkapital zuzuordnen ist, ohne dabei die Maßgeblichkeit „allgemeiner GoB“ zu thematisieren.

### **2. Steuerrechtliche Beurteilung**

In den §§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG und 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG unterscheidet das Steuerrecht zwischen der typischen stillen Beteiligung, bei der die Kapitalüberlassung Fremdkapitalcharakter hat (arg. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG), und der eigenkapitalähnlichen atypischen stillen Beteiligung. Bei der atypischen stillen Beteiligung handelt es sich um eine Mitunternehmerschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, die nach den für Mitunternehmerschaften geltenden Grundsätzen abzubilden ist. Bei der typischen stillen Beteiligung, bei der die Voraussetzungen einer Mitunternehmerschaft gerade nicht vorliegen, handelt es sich dagegen steuerlich nach der Wertung des § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG um ein Fremdkapitalüberlassungsverhältnis. Die auf den stillen Gesellschafter entfallenden Gewinnanteile werden beim Inhaber des Betriebs gewinnmindernd als Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) eingeordnet. Die typische stille Beteiligung ist in der Bilanz des Inhabers als Verbindlichkeit zu zeigen. Ganz in diesem Sinne hat auch der BFH die „bilanz- und ertragsteuerliche Gleichwertigkeit“ von Darlehens- und typischen stillen Beteiligungsverhältnissen betont.

---

<sup>10</sup> BFH-Urteil vom 20.08.2008, I R 29/07, BStBl. II 2010, 142

**a) Die steuerlichen Spezialvorschriften zu stillen Beteiligungen gehen der Anwendung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes vor**

Der Begriff der typischen stillen Gesellschaft und damit die eigenständige steuerliche Abgrenzung, ob stille Einlagen als Fremdkapital zu qualifizieren sind oder nicht, hat sich von der Handelsbilanz gelöst. Nach der Rechtsprechung des BFH ist ein Gesellschafter nur Mitunternehmer, wenn er Mitunternehmerinitiative entfalten kann und ein Mitunternehmerrisiko trägt. Allein eine Verlustteilnahme erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Fehlt es an einem der vorbezeichneten Merkmale, liegt steuerlich Fremdkapital vor.

Aus § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG geht hervor, dass der Gesetzgeber bei einer stillen Gesellschaft von Einnahmen aus einem Kapitalüberlassungsverhältnis ausgeht, „es sei denn, dass der Gesellschafter oder Darlehensgeber als Mitunternehmer anzusehen ist“. Der Steuergesetzgeber nutzt die Mitunternehmerschaft zur Grenzziehung zwischen fremdkapitalähnlichen und eigenkapitalähnlichen stillen Beteiligungen. Damit sind zwei Wertungsentscheidungen verbunden: Der Gesetzgeber macht einerseits deutlich, dass er atypische stille Beteiligungen und Kommanditgesellschaften steuerlich gleich behandeln möchte.

Weiter geht aus der Systematik und Teleologie des § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG aber auch hervor, dass Vergütungen auf stille Einlagen, die steuerlich nicht als Mitunternehmerschaften anzusehen sind, ertragsteuerlich immer als Einkünfte aus einem Kapitalüberlassungsverhältnis zu werten sind, und zwar unabhängig davon, wie die stille Einlage in der Handelsbilanz eingeordnet wird. Auch wenn die stille Einlage handelsrechtlich als Eigenkapital ausgewiesen wird, ist dies für die Bilanzierung in der Steuerbilanz nicht maßgebend. Denn die Beurteilung erfolgt im Handelsrecht und Steuerrecht nach unterschiedlichen Kriterien. Dabei geht die besondere ertragsteuerliche Abgrenzung gem. § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG dem allgemeinen Maßgeblichkeitsgrundsatz vor. Aufgrund dieser besonderen einkommensteuerlichen Wertungsentscheidung ist für die Anwendung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes in der Steuerbilanz an dieser Stelle kein Raum. Die Wertungsentscheidung des Gesetzgebers, Ausschüttungen auf die typische stille Beteiligung wie Vergütungen für Fremdkapital zu behandeln, wird bestätigt durch die Regelungen zur gewerbesteuerlichen Hinzurechnung des Gewinnanteils des stillen Gesellschafters (§ 8 Nr. 1 lit. c GewStG) und zur Zinsschranke nach § 4h EStG.

**b) Die Abgrenzung des Eigenkapitals vom Fremdkapital folgt auch bei stillen Beteiligungen eigenen steuerrechtlichen Prinzipien**

Stille Einlagen haben handelsrechtlich grundsätzlich den Charakter von Verbindlichkeiten. Denn stille Einlagen sind spätestens bei Beendigung der stillen Gesellschaft (s. § 234 HGB) nach Maßgabe des § 235 HGB zurückzuzahlen. In der Insolvenz des Inhabers kann der Stille seine Einlage nach § 236 HGB als Insolvenzgläubiger geltend machen. Allerdings unterliegt die Ausgestaltung der stillen Beteiligung der Vertragsautonomie. Im Einzelfall können stille Einlagen vereinbarungsgemäß durchaus eigenkapitalähnliche Merkmale aufweisen. Ob und unter welchen Voraussetzungen in solchen Fällen atypischer stiller Beteiligungen („atypisch“ hier im handelsrechtlichen Sinne gemeint) ein Ausweis der stillen Einlagen unter dem Eigenkapital des Inhabers des Handelsgeschäfts zulässig oder geboten ist, ist im Einzelnen umstritten. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass der Kaufmann sich für den handelsbilanziellen Ausweis von stillen Einlagen an den vom IDW in HFA 1/1994 für Genussrechte entwickelten Maßstäben orientieren könne. Diese Kriterien sind allerdings ausschließ-

lich anhand der handelsbilanziellen Zwecke der Bilanz (Gläubigerschutz, Informationsfunktion) konzipiert worden und bereits handelsrechtlich nicht unwidersprochen geblieben. Als GoB in die Steuerbilanz übertragen werden kann diese Sichtweise jedenfalls nicht.

Insoweit ist zu beachten, dass die IDW-Verlautbarung keine Frage der materiellen EK/FK-Abgrenzung regelt, sondern nur den handelsbilanziellen Ausweis. Dies zeigt sich bereits daran, dass auch nach Ansicht des HFA Vergütungen auf das handelsrechtlich als EK einzustufende Kapital stets als Aufwand der Gesellschaft zu erfassen sind, also selbst dann, wenn das fragliche Kapital die vom HFA aufgestellten Kriterien für eine Zuordnung zum Bilanzposten „Eigenkapital“ gem. § 266 Abs. 3 (i.V.m. § 265 Abs. 5 HGB) erfüllt. Begründet wird dies damit, dass auch die Vergütung für die Überlassung von „Genussrechtskapital mit Eigenkapitalcharakter [...] auf einem schuldrechtlichen Vertrag beruht“. Deshalb stelle die Vergütung „ebenfalls Aufwand der Gesellschaft und nicht Teil der Gewinnverwendung dar“. In diese Richtung geht auch der Hinweis des HFA gleich zu Beginn der Stellungnahme, wonach Genussrechte unabhängig von ihrer Ausgestaltung nicht ihren schuldrechtlichen Charakter verlieren und keine Mitgliedschaftsrechte gewähren. Hiernach soll also „Genussrechtskapital mit Eigenkapitalcharakter“ zwar in der Bilanz unter dem Posten EK auszuweisen sein (und zwar bezeichnenderweise auch in einem separaten Posten). Vergütungen auf solches Genussrechtskapital sind in der GuV aber weiterhin als Aufwand zu erfassen, die das Jahresergebnis schmälern. Bei einer Übertragung von IDW HFA 1/1994 auf stille Einlagen kann insoweit nichts anderes gelten.

Der Stille ist zudem nicht Anteilsinhaber (Gesellschafter) und kann somit formal der Gesellschaft des Inhabers des Handelsgeschäftes kein EK zur Verfügung stellen. Auch der BFH hat in Entscheidungen festgestellt, dass EK nur angenommen werden kann, wenn Kapital von einem Gesellschafter überlassen wird.<sup>11</sup>

Die nicht widerspruchsfreie Einstufung des IDW – in der Bilanz EK-Ausweis des fraglichen Genussrechtskapitals, in der GuV dennoch FK-Charakter der auf dieses Kapital gezahlten Vergütungen – hat daher Fragen aufgeworfen. Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn man davon ausgeht, dass das IDW mit dem befürworteten Ausweis des EK-ähnlichen Genussrechtskapitals unter einem EK-Posten im handelsrechtlichen Jahresabschluss in Wahrheit gar nichts zum materiellen Charakter des Genussrechtskapitals sagt, sondern lediglich die Frage der bilanziellen Darstellung dieses Kapitals unter dem Aspekt der besseren Information über die Vermögenslage behandelt. Dafür spricht u.E., dass das IDW gleich zu Beginn und wiederholt im weiteren Duktus der Stellungnahme betont, dass Genussrechtskapital unabhängig von der vertraglichen Ausgestaltung stets schuldrechtlichen Charakter hat und behält. So verstanden plädiert das IDW zwar unter bestimmten Voraussetzungen für einen Ausweis des Genussrechtskapitals „als“ bilanzielles EK (so auch die Formulierung des IDW ) in der Bilanz („Als-ob-Ausweis“), trifft aber keine Aussage zum „wahren“ materiellen Charakter dieses Kapitals, sondern nur zu seiner bilanziellen Darstellung im handelsrechtlichen Jahresabschluss.

Anders formuliert: Die IDW-Verlautbarung betrifft die Darstellung des Genussrechtskapitals in der handelsrechtlichen Bilanz, aber nicht die (handelsrechtliche) Gewinnermittlung in der GuV. Für Zwecke der (handelsrechtlichen) GuV bleibt das Genussrechtskapital vielmehr nach Auffassung des IDW stets Fremdkapital und sind Vergütungen darauf weiterhin als Aufwand zu erfassen.

---

<sup>11</sup> BFH vom 22.8.1990, I R 119/86, BStBl II 1991, 415 und BFH vom 30.05.1990, I R 97/88, BStBl II 1990, 875

### **c) Ergebnis**

Die IDW-Verlautbarung zu den Genussrechten entfaltet für die steuerliche Gewinnermittlung von Ausschüttungen auf stille Beteiligungen von vornherein keine Maßgeblichkeit. Sie stellt keinen relevanten „GoB“ i.S. des § 5 Abs. 1 EStG dar, vgl. auch § 342 Abs. 2 Nr. 1 HGB. Denn es geht dem IDW gar nicht um eine materielle Abgrenzung von EK und FK für Zwecke der Gewinnermittlung, sondern allein um die Darstellung in der handelsrechtlichen Bilanz. Für die steuerliche Gewinnermittlung können aber nur die handelsrechtlichen Gewinnermittlungs-GoB maßgeblich sein.

Auf handelsrechtliche Grundsätze kann vorliegend zur Abgrenzung des Eigenkapitals vom Fremdkapital auch deshalb nicht unbesehen zurückgegriffen werden, weil - wie der Große Senat des BFH in seiner Entscheidung zur Aufgabe des subjektiven Fehlerbegriffes bei bilanziellen Rechtsfragen zuletzt zutreffend hervorgehoben hat - steuerbilanzielle Fragen selbst dann eigenständig zu würdigen und zu beantworten sind, wenn sie im Handelsrecht eine Entsprechung finden, und zwar unter Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs, in dem sie im Steuerrecht stehen. Es ist daher zu beachten, dass das Steuerrecht bei der EK/FK-Abgrenzung einen anderen Fokus hat als das Handelsbilanzrecht. Zudem bezieht sich die Maßgeblichkeit nur auf materielle GoB. In der Handelsbilanz wird die EK/FK-Grenzziehung durch IDW HFA 1/1994 schwerpunktmäßig ausgehend von der Haftungsfunktion des Kapitals gezogen. Die Position Eigenkapital wird daher ausgehend von der Perspektive der Gläubiger entwickelt. Zentral ist insoweit die Verlustabsorption. Weiterer Zweck ist die Informationsfunktion für Kapitalgeber.

Die Steuerbilanz hat eine eigene, von der Handelsbilanz abweichende Zwecksetzung. Die steuerliche Gewinnermittlung folgt dem Leistungsfähigkeitsprinzip und muss daher naturgemäß neben der Perspektive des still Beteiligten die Perspektive des belasteten Unternehmens in den Vordergrund (Belastungswirkung) rücken. Es hat damit mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG ein Belastungsvergleich zu erfolgen, unter welchen Voraussetzungen Fremdkapital das Unternehmen gleich belastet wie gesetzestypisches Eigenkapital. Insoweit kommt es nicht zentral auf die Verlustbeteiligung an, sondern es muss zusätzlich die Beteiligung am Gewinn und an den stillen Reserven des Unternehmens hinzukommen. Gerade dieser Gesichtspunkt wird auch durch die Mitunternehmerkriterien betont. Steuerliches EK kann daher bei stillen Einlagen allenfalls dann denkbar sein, wenn der Kapitalgeber auch an den stillen Reserven einschließlich des Goodwill beteiligt wäre. An diesen für die Steuerbilanz relevanten Voraussetzungen fehlt es regelmäßig, denn eine stille Beteiligung ist zu ihrem aktuellen Buchwert zu tilgen, eine Beteiligung an den stillen Reserven regelmäßig ausgeschlossen.