

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND  
HANDELSKAMMERTAG E. V.  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN  
INDUSTRIE E. V.  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

ZENTRALVERBAND DES  
DEUTSCHEN HANDWERKS E. V.  
Mohrenstr. 20/21  
10117 Berlin

BUNDESVEREINIGUNG DER DEUTSCHEN  
ARBEITGEBERVERBÄNDE E. V.  
Breite Str. 29  
10178 Berlin

BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN E. V.  
Burgstr. 28  
10178 Berlin

GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN  
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT E. V.  
Wilhelmstr. 43/43 G  
10117 Berlin

HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND (HDE)  
Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

BUNDESVERBAND GROSSHANDEL,  
AUSSENHANDEL, DIENSTLEISTUNGEN E. V.  
Am Weidendamm 1A  
10117 Berlin

15. Februar 2018

Herrn Dr. Elmar Braun  
Leiter Abt. B Steuern, Steuerpolitik  
Ministerium der Finanzen des Saarlandes  
Postfach 10 09 41  
66009 Saarbrücken

### **Steuerliche Behandlung von Genussrechten Änderung der Finanzverwaltungs-auffassung**

Sehr geehrter Herr Dr. Braun,

die Praxis wurde vor knapp zwei Jahren mit einer offenbar abgestimmten und steuerverschärfenden Finanzverwaltungs-auffassung zur steuerlichen Behandlung von Genussrechten konfrontiert. Betroffen sind Genussrechte, die derart ausgestaltet sind, dass sie die Voraussetzungen erfüllen, um in der Handelsbilanz als Eigenkapital ausgewiesen zu werden. Nach einer Verfügung der OFD NRW vom 12.5.2016 (Az: S 2742-2016/0009-St 131; abgedruckt in DB 2016, 1407) sollen in diesen Fällen Vergütungen an den Genussrechtsinhaber nunmehr Dividendenzahlungen gleichgestellt werden und deshalb nach § 8 Abs. 3 S.1 KStG beim Genussrechtsgeber (Emittent) steuerlich nicht (mehr) als Betriebsausgabe abziehbar sein. Die veröffentlichte Finanzverwaltungs-auffassung ist für die Unternehmenspraxis, die Genussrechtskapital einsetzt, nicht nur belastend, sondern kam nach jahrzehntelang anderer Verwaltungs-auffassung auch völlig überraschend.

Stark betroffen von der Neuregelung ist zum einen die Kreditwirtschaft. Insbesondere für Sparkassen und Genossenschaftsbanken sind Genussscheine ein stark genutztes Finanzierungs-

instrument, da es bankaufsichtsrechtlich lange Zeit als Eigenmittel anerkannt wurde. Bereits emittierte und noch laufende Genussscheine kommen daher noch in großer Zahl vor.

Zum anderen besteht eine große Betroffenheit bei den zahlreichen Genossenschaften in der Realwirtschaft. Hintergrund ist, dass Genossenschaften aufgrund von Satzungsbeschränkungen nicht wie etwa Kapitalgesellschaften Eigenkapital durch einfache Kapitalerhöhungen generieren können. Auch sind sie bei der Fremdfinanzierung wegen eines geringeren Schutzes des Eigenkapitals und sich daraus ergebender geminderter Bonität im Vergleich zu Kapitalgesellschaften benachteiligt. Für die Finanzierung von Genossenschaften ist Genussrechtskapital daher eine wichtige Alternative zu herkömmlichen Wegen der Eigenkapital- oder Fremdfinanzierung.

Die neue Finanzverwaltungsauffassung bricht mit einer tradierten Rechtsauffassung sowohl der Fachliteratur (z.B. Rengers, in: Blümich, 139. Aufl. 2018, § 8 KStG Rn. 200) als auch des Bundesfinanzhofs (siehe Urteil vom 14.6.2005 – VIII R 73/03, BStBl. II 2005 S. 861). Bisher war anerkannt, dass sich ein Abzugsverbot nur aus § 8 Abs. 3 S. 2 KStG ergeben kann. Das dortige Abzugsverbot erfasst Genussrechte, die so ausgestaltet sind, dass damit nicht nur eine Beteiligung am Gewinn, sondern auch am Liquidationserlös verbunden ist. Diese sollen den Dividenden gleichgestellt werden und dementsprechend nicht steuerlich abziehbar sein. In allen anderen Fällen - insbesondere wenn also keine Beteiligung am Liquidationserlös gegeben ist - sollen Ausschüttungen - wie bei Zinsen auf Fremdkapital - steuerlich abziehbar sein. Auch die Finanzverwaltung hat zuletzt im BMF-Schreiben zur Zinsschranke (BMF-Schreiben vom 4.7.2008) nicht von § 8 Abs. 3 S. 2 KStG erfasste Genussrechte als Fremdkapital behandelt.

Nach der OFD-Verfügung würden nun aber auch Genussrechte vom Abzugsverbot erfasst, wenn sie in der Handelsbilanz als Eigenkapital auszuweisen sind. Gerade diese Art der Genussrechte ist besonders praxisrelevant.

Die in der OFD-Verfügung zugrunde gelegte Auffassung ist steuerrechtlich kaum haltbar. Das Steuerrecht sieht eine Gleichstellung mit Dividenden nur für die qualifizierte Form des Genussrechtskapitals vor, bei dem nach den Vereinbarungen u.a. eine Beteiligung am Liquidationserlös gegeben ist. Das ergibt sich aus § 8 Abs. 3 S. 2 KStG. Das ergibt sich aber auch aus der vom Gesetzgeber vorgesehenen steuerlichen Behandlung des die Ausschüttungen erhaltenden Genussrechteinhabers. Bei diesem werden völlig konsequent nur solche Ausschüttungen den Dividenden gleichgestellt, bei denen das Genussrecht u.a. eine Beteiligung am Liquidationserlös vermittelt, vgl. § 20 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG. Nur für diese gelten daher die steuerlichen Freistellungen für Dividenden. Ausschüttungen aus anderen Genussrechten werden dagegen wie Zinsen besteuert. Die Auffassung der OFD NRW würde nun dazu führen, dass Ausschüttungen auf

Genussrechte einerseits beim zahlenden Emittenten wie Dividenden nicht abziehbar sind, andererseits beim Zahlungsempfänger wie Zinsen voll versteuert würden.

**Aus unserer Sicht sollte die durch die OFD NRW publizierte Finanzverwaltungsauffassung zu Genussrechten noch einmal überdacht werden und nicht Gegenstand einer etwaigen gesetzgeberischen Initiative bzw. beipflichtenden Klarstellung durch das BMF werden.**

Sofern an dieser Auffassung festgehalten werden soll, muss das Ertragsteuerrecht aber auch im Übrigen konsequent der Einordnung als steuerliches Eigenkapital folgen. Das heißt insbesondere, dass die Ausschüttungen dann beim Empfänger der Dividendenbesteuerung gleichgestellt werden müssen. Zudem müsste sich das steuerliche Einlagekonto i.S.v. § 27 KStG des die Genussrechte begebenden Emittenten entsprechend erhöhen.

Außerdem muss die geänderte steuerliche Behandlung mit einer ausreichenden Übergangsregelung flankiert werden. Die Steuerpflichtigen durften auf die letztlich auch von der Finanzverwaltung anerkannte Rechtslage bis zur Veröffentlichung der Verfügung der OFD NRW vertrauen. Dieses Vertrauen muss geschützt werden, so dass sich eine rückwirkende Anwendung für Zeiträume vor Veröffentlichung der Verfügung verbietet. Abgesehen davon muss aber auch den Steuerpflichtigen die Möglichkeit gegeben werden, auf eine geänderte Verwaltungsauffassung zu reagieren. Teilweise sind Genussrechte für die Emittenten nicht kündbar. Demnach dürfte die neue Rechtslage allenfalls auf Genussrechte angewendet werden, die nach dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Verfügung der OFD NRW emittiert worden sind.

Von einer etwaigen Ausdehnung auf andere Mezzanine-Finanzierungen, wie insb. stille Beteiligungen, sollte ebenfalls abgesehen werden. Auch hier würde die jahrzehntelang geübte Besteuerungssystematik (atypisch vs. typisch still) ins Wanken geraten.

Mit freundlichen Grüßen

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND  
HANDELSKAMMERTAG E. V.

Dr. Rainer Kambeck



BUNDESVERBAND  
DER DEUTSCHEN INDUSTRIE E. V.

Annette Selzer

Cedric von der Hellen



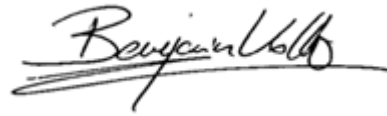
ZENTRALVERBAND DES DEUTSCHEN  
HANDWERKS E. V.

Carsten Rothbart



BUNDESVEREINIGUNG DER DEUTSCHEN  
ARBEITGEBERVERBÄNDE E. V.

Dr. Oliver Perschau



BUNDESVERBAND DEUTSCHER  
BANKEN E. V.

Joachim Dahm

Heiko Schreiber



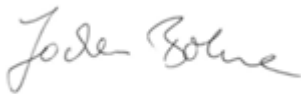
GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN  
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT E. V.

Till Hannig



HANDELSVERBAND DEUTSCHLAND E. V.

Jochen Bohne



BUNDESVERBAND GROSSHANDEL,  
AUSSENHANDEL, DIENSTLEISTUNGEN E. V.

Michael Alber

