

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND
HANDELSKAMMERTAG
Breite Str. 29
10178 Berlin

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN
INDUSTRIE
Breite Str. 29
10178 Berlin

BUNDESVERBAND DEUTSCHER
BANKEN
Burgstraße 28
10178 Berlin

GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT
Friedrichstraße 191
10117 Berlin

Institut der Wirtschaftsprüfer
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

3. September 2007

**Entwurf einer Neufassung der IDW-Stellungnahme zur Rechnungslegung:
Einzelfragen zum Übergang von wirtschaftlichem Eigentum und zur Gewinnrealisierung
nach HGB (IDW ERS HFA 13 n. F.)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Hauptfachausschuss des IDW hat einen überarbeiteten Entwurf einer Stellungnahme zur Rechnungslegung: Einzelfragen zum Übergang von wirtschaftlichem Eigentum und zur Gewinnrealisierung nach HGB veröffentlicht und zur Diskussion gestellt. Im Mittelpunkt des Entwurfs stehen bilanzpolitisch motivierte Transaktionen, die nicht zu einer (vorzeitigen) Realisierung von stillen Reserven führen sollten. Hierzu wird eine Reihe von Geschäftsvorfällen behandelt, in denen das zivilrechtliche Eigentum übertragen wird, aber nach Ansicht des IDW wesentliche Elemente des wirtschaftlichen Eigentums beim Verkäufer bleiben. In derartigen Fällen sollen nach dem Entwurf die Ausbuchung des Vermögensgegenstandes und die Realisierung eines Veräußerungsgewinns nicht in Betracht kommen.

Unsere nachfolgenden Anmerkungen zu dem Entwurf erfolgen vor dem Hintergrund der steuerlichen Auswirkungen der geplanten IDW-Stellungnahme, denn der Auslegung der § 238 ff. HGB und der Ermittlung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung kommen auf Grund des sogenannten Maßgeblichkeitsprinzips erhebliche Bedeutung für die steuerliche Gewinnermittlung zu. Auch wenn der BFH in nunmehr ständiger Rechtsprechung nicht auf die tatsächlich aufgestellte und testierte, sondern für Steuerzwecke „richtige“ Handelsbilanz abstellt¹, haben die fachlichen Verlautbarungen des IDW in diesem Zusammenhang eine große Bedeutung.

¹ Vgl. Urteil vom 13. Juni 2006, BStBl. II 2006 S. 928.

Vor diesem Hintergrund bitten wir Sie – auch wenn dies im Vergleich zum Vorentwurf der beabsichtigten IDW-Stellungnahme bereits teilweise erfolgt ist – die steuerrechtlichen Grundsätze noch stärker zu berücksichtigen.

1. Vorbemerkung

Der Entwurf der Stellungnahme fokussiert sich für die Frage nach der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums stark auf die Übertragung von Chancen und Risiken und drängt die Zuordnung von Vermögensgegenständen in Abweichung von der Rechtsprechung des BFH, der bilanzrechtlichen Literatur und der Gesetzgebung (§ 39 AO) in erheblichem Maße zurück. Damit erfolgt eine Adaption der Grundsätze zur Ausbuchung von Vermögensgegenständen in den Internationalen Rechnungslegungsstandards, die den „transfer of risk and rewards“ zu einem zentralen Merkmal machen. In der Rechtsprechung des BFH wird zur Erläuterung der Tatbestandsmerkmale des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO hingegen primär auf den „Übergang von Besitz, Gefahr, Nutzen und Lasten“ abgestellt². Das Begriffspaar der „Übernahme von Chancen und Risiken“ kommt nur als weitergehende Erläuterung, nicht aber als selbstständiges Prüfkriterium vor.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die bloße derivative Verlagerung wirtschaftlicher Risiken durch den Eigentümer eines Vermögensgegenstandes auf einen Dritten bei unveränderter Übernahme des Primärrisikos durch den Eigentümer kein wirtschaftliches Eigentum des Dritten vermitteln kann. Die bloße Abbildung bzw. der Nachvollzug wirtschaftlicher Risiken aus Vermögensgegenständen ohne jede Sachherrschaft oder Einwirkungsrechte auf die Vermögensgegenstände selbst kann kein wirtschaftliches Eigentum vermitteln. Dafür spricht auch, dass bei bloß derivativer Übertragung der Nutzungen und Wertentwicklung von Vermögensgegenständen (insbesondere Wertpapieren) der Vertragspartner, dem diese Ansprüche zustehen, in Form des Bonitäts- und Kreditrisikos des unter einem derartigen Vertrag Verpflichteten (der ggf. Eigentümer dieser Vermögensgegenstände ist) zusätzliche Risiken eingeht.

Die bilanzielle Würdigung der im Entwurf der Stellungnahme dargestellten Sachverhalte kann im Einzelfall zu einem Doppelausweis von Vermögensgegenständen führen. Sofern einer solchen bilanziellen Würdigung auch für steuerliche Zwecke zu folgen wäre, widerspricht dies der grundsätzlichen Beurteilung des Steuerrechts (§ 39 AO), der gemäß es grundsätzlich nur einen wirtschaftlichen Eigentümer geben kann. Eine andere Beurteilung, d.h. die Anerkennung eines Doppelausweises von Vermögensgegenständen, könnte auch zu ungewünschten fiskalischen Auswirkungen führen.

2. Anmerkungen zu den einzelnen Randnummern

Rn. 1 – 5: Einleitend wird die Bilanzierung von Vermögensgegenständen nach dem „Übergang des wirtschaftlichen Risikos“ unter Abkehr der Bilanzierung auf Basis des zugrunde liegenden zivilrechtlichen Geschäfts zum Grundsatz erhoben. Dabei wird sogar ausdrücklich in Kauf genommen, dass dies zur Bilanzierung eines Wirtschaftsgutes in mehreren Bilanzen führen kann. Der Entwurf enthält leider keinen Hinweis auf die gesetzliche Grundlage dieser Ausführungen.

² Vgl. z. B. BFH-Urteil vom 12. September 1991, BStBl II 1992, S. 180.

Rn. 6: Es erfolgt eine Unterscheidung zwischen dem Abgang eines Vermögensgegenstandes und der daraus gegebenenfalls resultierenden Gewinnrealisierung. Auch insoweit lässt der Entwurf einen Hinweis auf die gesetzliche Grundlage vermissen.

Rn. 10 – 21: Im Entwurf werden Einzelsachverhalte beschrieben, die als Gestaltung einer Ausbuchung und Gewinnrealisierung entgegenstehen sollen. Bei sale-and-buy-back-Geschäften soll ein Abgang und eine damit verbundene Gewinnrealisierung in Zweifel gezogen werden, wenn der Erwerber keine Möglichkeit der Verwertung außer einer Rückveräußerung an den Veräußerer hat, aber nach Rn. 13 auch dann, wenn es tatsächlich kurzfristig zu einer derartigen Rückveräußerung kommt. Dies soll auch bei sogenannten Gattungsgeschäften gelten (Kauf und Verkauf z. B. von Wertpapieren).

Dies ist unseres Erachtens so nicht haltbar, denn die Veräußerung von Vermögensgegenständen bei gleichzeitiger Vereinbarung eines Rückerwerbs führt bei der Übertragung vertretbarer Sachen – wie z. B. der meisten Wertpapiere – vorbehaltlich der Aussagen zu echten Pensionsgeschäften³ grundsätzlich zu einem Wechsel auch des wirtschaftlichen Eigentums. Bei einem Dritten, der nicht zivilrechtlicher Eigentümer der der Gattung nach geschuldeten, vertretbaren Sachen ist, ist grundsätzlich ein Sachlieferungsanspruch zu bilanzieren.

Das Sachenrecht ist gekennzeichnet durch das Spezialitätsprinzip und den Bestimmtheitsgrundsatz, d. h. der Gegenstand seiner Verfügung muss individuell festgelegt und nicht nur der Gattung nach beschrieben sein. Wenn sich – entsprechend § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO – das wirtschaftliche Eigentum in Abgrenzung zum zivilrechtlichen Eigentum definiert, so ist auch hier die Beachtung des Spezialitätsprinzips bzw. des Bestimmtheitsgrundsatzes erforderlich. Die Berechtigung eines Dritten in Bezug auf einen Vermögensgegenstand der im (zivilrechtlichen) Eigentum eines anderen steht, muss sich ebenfalls auf einen individuell bestimmten Vermögensgegenstand richten. Mit anderen Worten: So wenig es (zivilrechtliches) Eigentum an nur gattungsmäßig bestimmten Sachen geben kann, so wenig kann es wirtschaftliches Eigentum im bilanzrechtlichen Sinne an nur gattungsmäßig geschuldeten Sachen geben.

Nach Rn. 15 soll zudem eine Quantifizierung des Wertänderungsrisikos, dessen Übergang auf den Erwerber Voraussetzung der Abgangsbuchung ist, erfolgen, indem eine Gewinnrealisierung nicht anerkannt wird, wenn die zwischen Verkauf und Rückkauf eingetretene Wertänderung nur einer „Verzinsung“ entspricht. Da auch diese Voraussetzung bislang in steuerlicher Hinsicht unbekannt ist, besteht die Gefahr, dass eine Vielzahl von Handelsstrategien bei der Kapitalanlage, beispielsweise bei Finanzdienstleistern, auf ihre bilanzielle Abbildung untersucht und steuerlich neu bewertet werden müsste.

Wünschenswert ist zudem eine Klarstellung, dass sale-and-buy-back-Geschäfte zwischen Automobilherstellern und Mietwagenunternehmen einen handelsbilanziell relevanten Vermögensabgang darstellen und zu einer Gewinnrealisierung führen.

³ Bei echten Pensionsgeschäften ist es überwiegende Auffassung in der handelsrechtlichen Literatur, dass die Grundsätze des § 340b Abs. 2 HGB auch für Gattungssachen gelten (vgl. MüKo zu § 340b HGB, Rn. 14). Dies erscheint auch gerechtfertigt, da echte Wertpapierpensionsgeschäfte wirtschaftlich mit einem Wertpapier besicherten Darlehen vergleichbar sind.

In der Automobilindustrie ist es gängige Praxis, dass die von den Mietwagenunternehmen erworbenen Automobile an den Automobilhersteller zurückverkauft werden. Dieser Vertragsgestaltung liegt der Umstand zugrunde, dass nach einer Verwendungsdauer von 6 bis 12 Monaten die Verwendungsfähigkeit eines Automobils zur gewerblichen Nutzungsüberlassung erloschen ist und die Mietwagenunternehmen bei der dann anstehenden Weiterveräußerung auf das flächendeckende Vertriebsnetz der Automobil-Herstellers zurückgreifen möchten. Der Rückkaufpreis bestimmt sich dabei nach den typischerweise den Verkehrswert bestimmenden Faktoren wie Haltedauer, Laufleistung, Beschädigungen etc., wobei sämtliche Risiken beim Mietwagenunternehmen liegen. Derartige sale-and-buy-back-Geschäfte sind nicht bilanzpolitisch motiviert. Vielmehr begründen sie sich aus der wirtschaftlichen Notwendigkeit heraus. Im Rahmen der Veräußerung wird sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum übertragen, da nunmehr alle Nutzungschancen und –risiken beim Mietwagenunternehmen liegen und dieses das Untergangs-, Wertänderungs- und damit Veräußerungsrisiko zu tragen hat.

Zur Vermeidung von Unsicherheiten empfehlen wir daher die Aufnahme eines Hinweises, dass aufgrund des Übergangs von zivilrechtlichem und wirtschaftlichem Eigentum ein handelsbilanzieller Vermögensabgang mit damit einhergehender Gewinnrealisierung vorliegt.

Rn. 28: Die Formulierung, nach der eine Gewinnrealisierung ebenfalls nicht anzunehmen sein soll, wenn „der Veräußerer auf Grund anderer Gestaltung rechtlich oder faktisch zu einem Rückerwerb gezwungen wird“, ist zu unbestimmt. Hier bedarf es dringend einer Konkretisierung.

Rn. 30: Besteht sowohl eine Rückveräußerungsoption des Erwerbers als auch eine Rückerwerbsoption des Veräußerers eines Vermögensgegenstandes soll es nach dem Entwurf jedenfalls dann nicht zu einem Abgang des Vermögensgegenstandes kommen, wenn bei den Optionsrechten der selbe Basispreis, die selben Ausübungsmodalitäten und übereinstimmende Laufzeiten zugrunde liegen.

Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass ein Erwerber in derartigen Fällen nicht in der Ausübung seiner Rechte aus dem Vermögensgegenstand eingeschränkt ist. Wirtschaftlich haben gegenläufige Call-/Put-Optionen zudem als wechselseitig bedingte Termingeschäfte denselben Effekt wie ein unbedingter Terminverkauf.

Die folgenden Beispiele sollen die Problematik verdeutlichen:

A verkauft an B eine Aktie zum Preis von 100 (Buchwert 60). Zugleich wird eine gegenläufige Call-/Put-Option mit einem Basispreis von 110 und einer Laufzeit von 12 Monaten abgeschlossen.

a) Lösung nach geltendem Recht⁴:

A bucht den Abgang der Aktie und einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 40.

⁴ Vgl. BFH-Urteil vom 11. Juli 2006, BStBl. II 2007 S. 296.

b) Lösung nach dem IDW-Entwurf:

A bucht keinen Abgang. Der Veräußerungspreis wird in Höhe von 100 als Verbindlichkeit ausgewiesen. B bucht die Aktie zu 100 gegen Bank ein. Es kommt zu einem Doppelausweis der Aktie in den Bilanzen von A und B.

Variante 1: Da der Basispreis dem Börsenpreis entspricht, kommt es nicht zur Optionsausübung.

Die Lösung nach dem IDW-Entwurf entspricht im Ergebnis dem geltenden Steuerrecht. Allerdings entsteht der Veräußerungsgewinn bei A nach Auffassung des IDW erst zum Zeitpunkt des Verfalls des Optionsrechtes durch Ausbuchung der Verbindlichkeit (und der Aktie).

Variante 2: Da der Börsenpreis der Aktie auf 120 und damit über den Basispreis, übt A seine Call-Option aus und schafft die Aktie zu 110 von B an.

a) Lösung nach geltendem Recht:

A hat neue Anschaffungskosten in Höhe von 110.

b) Lösung nach dem IDW-Entwurf:

A bucht die Verbindlichkeit aus dem ursprünglichen Verkauf (100) aus und erhöht zugleich die Anschaffungskosten (?) der bislang nicht abgegangenen Aktie um 10 (= Differenz zwischen Rückkaufpreis und vorangegangenen Veräußerungspreis).

Variante 3: Da der Börsenpreis der Aktie auf 80 und damit unter den Basispreis sinkt, übt B seine Put-Option aus und verkauft die Aktie zu 110 an A.

a) Lösung nach geltendem Recht:

A hat neue Anschaffungskosten von 110 und hat bei Bewertung zum Abschlussstichtag zu prüfen, ob eine voraussichtlich dauernde Wertminderung vorliegt.

b) Lösung nach dem IDW-Entwurf:

A bucht die Verbindlichkeit aus dem ursprünglichen Verkauf (100) aus und erhöht zugleich die Anschaffungskosten (?) der nie abgegangenen Anteile um 10 und hat bei Bewertung zum Abschlussstichtag ebenfalls zu prüfen, ob eine voraussichtlich dauernde Wertminderung vorliegt.

Über die Gesamtbetrachtung ergibt sich zwar für beide Darstellungen das gleiche Ergebnis, jedoch mit unterschiedlicher zeitlicher Verteilung, ggf. über mehrere Geschäftsjahre. Darüber hinaus stellt sich das gravierende steuerliche Problem, dass auf den erfolgswirksamen Teil der Ausbuchung der Verbindlichkeit im Sinne der IDW-Lösung § 8b Abs. 2 KStG angewendet werden müsste.

Im Fall gegenläufiger Call-/Put-Optionen – ohne Verkauf – hat der BFH dagegen mit Urteil vom 11. Juli 2006⁵ entschieden, dass die Call/Put-Option allein nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums führt, sondern zusätzlich die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte übergehen müssen⁶. Nur weil der Übergang der wesentlichen (Stimm- und Gewinnbezugs-) Rechte im Urteilsfall gegeben war, kam es zu einer Abweichung des Gewinnrealisierungszeitpunktes vom Zeitpunkt des zivilrechtlichen Eigentumsübergangs. Aus der Formulierung im IDW-Entwurf „dies ist z. B. dann der Fall, wenn für beide Optionsrechte derselbe Basispreis, dieselben Ausübungsmodalitäten und übereinstimmende Laufzeit vereinbart wurden“ ergeben sich wiederum Auslegungsmöglichkeiten, die zu einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung führen. Dabei wird sich in der Praxis die Frage stellen, wie groß der Unterschied beim Basispreis und/oder der Laufzeit sein muss/darf, um den Übergang des Eigentums nicht zu hindern.

- Rn. 37 ff.: Bei Veräußerung und anschließendem Erwerb von Wertpapieren über die Börse geht der Entwurf von einer Gewinnrealisierung aus. Steuerlich ist dies umstritten. Das FG Münster⁷ stimmt der Auffassung im IDW-Entwurf zu. Das FG Schleswig-Holstein⁸ versagt die Gewinnrealisierung, aber nicht aufgrund der Bilanzierung, sondern wegen Missbrauchs von Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Gesamtplanrechtsprechung.
- Rn. 38, 39: Die Einschränkungen bei Selbsteintritt von Banken sind wiederum ohne erkennbare Grundlage im Gesetz. Dass die Gewinnrealisierung davon abhängig sein sollte, dass bei Selbsteintritt einer Bank die gehandelten Papiere das übliche Handelsvolumen nicht überschreiten, ist weder nachvollziehbar noch praktikabel und kann auch nur nach Durchführung des Geschäfts beurteilt werden. Hiervon ist aber auch die steuerliche Behandlung abhängig, weshalb Verwerfungen zu erwarten wären. Da es dem vorgesehenen Kriterium des ausreichenden Marktvolumens und der Bezugnahme auf das übliche Handelsvolumen der jeweiligen Börse an der erforderlichen Bestimmtheit mangelt, sollte zumindest ein konkreter Betrachtungszeitraum sowie eine Ermittlungsmethode vorgegeben werden.
- Rn. 40: Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kann unseres Erachtens grundsätzlich nicht davon abhängen, ob die hier betrachteten Geschäfte zu den üblichen Geschäften eines Unternehmens gehören oder nicht. Auf die Rn. 40 sollte daher im Interesse der Praktikabilität der beabsichtigten IDW-Stellungnahme verzichtet werden.
- Rn. 42, 43: Die Zeitgrenze von im Regelfall mindestens einem Monat für den Handel mit Inhaber- und Orderpapieren lässt sich ebenfalls nicht aus dem Gesetz ableiten. Sie scheint zumindest aus steuerlicher Sicht auch deutlich zu lang. Eine unterschiedliche Gewinnrealisierung in der Handelsbilanz einerseits und der Steuerbilanz andererseits würde bei den Unternehmen, insbesondere bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen zu Verwerfungen hinsichtlich der Regelung des § 21

⁵ Vgl. Fn. 4.

⁶ Vgl. *Kutt*, DB 2006 S. 2669; *Weber*, BB 2006 S. 2681.

⁷ Vgl. Urteil vom 14. März 2007, 10 K 3380/04E.

⁸ Vgl. Urteil vom 14. September 2006, 5 K 286/03.

KStG führen, da der Rückstellung für Beitragsrückerstattungen „nur“ das handelsrechtliche Ergebnis zugeführt werden kann.

Die Voraussetzungen des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums für handelsbilanzielle Zwecke sollte bei Wertpapieren dann erfüllt sein, wenn Kursrisiken und -chancen auf den Erwerber übergehen. Hilfsweise sollte daher zumindest für Wertpapiere, die in irgendeiner Form (direkt oder indirekt) einen Kurs- oder Rücknahmewert haben und deren Kaufpreis sich danach bestimmt, ein Mindestzeitraum zwischen Verkauf und Rückkauf von einem Bankarbeitstag gefordert werden. Dies entspricht der Bilanzierungspraxis wurde von Wirtschaftsprüfern (in Kenntnis des "IDW ERS HFA 13") in der Vergangenheit auch so akzeptiert.

Rn. 43: Für die Gewinnrealisierung bei der Rückgabe von Anteilen an Investmentfonds soll es nach dem Entwurf handelsrechtlich erforderlich sein, dass zwischen Rückgabe und Neuerwerb der Anteile eine längere Zeitspanne liegt, der Rücknahmepreis und Ausgabepreis tatsächlich gezahlt werden und dass der Fonds über die hierzu nötige Liquidität verfügt. Diese Voraussetzungen sind insbesondere in Bezug auf Publikumsfonds realitätsfremd. Zudem ist wiederum keine gesetzliche Grundlage dafür zu erkennen, dass die Gewinnrealisierung beim Veräußerer von der Zahlung beim Erwerber abhängig ist. Ein Trading mit Geldmarktfonds wäre hiernach äußerst schwierig abzubilden. Mit sehr großer Wahrscheinlichkeit würde die Finanzverwaltung die bisherige steuerliche Behandlung beibehalten, was wiederum zu Verwerfungen insbesondere bei Lebens- und Krankenversicherungsunternehmen führen würde.

Rn. 52, 53: Der Entwurf beschreibt eine Sonderkonstellation, nämlich das Zusammentreffen von Wertpapierveräußerungen (z. B. von Aktien) mit dem damit im Zusammenhang stehenden Abschluss eines total return swap bezüglich der Wertentwicklung der Aktien. Falls sich die im Entwurf dargelegte Auffassung generell durchsetzen sollte, würde dies dramatische Auswirkungen auf den Derivate-Markt nach sich ziehen.

Bei einem total return swap (insbesondere in Bezug auf börsennotierte Wertpapiere) findet lediglich eine rein derivative, d. h. synthetische Bezugnahme auf die Referenzgröße (die Wertpapiere) statt. Im Unterschied zu einem Treuhandverhältnis schuldet daher der sogenannte equity payor (der im Stellungnahmeentwurf die entsprechenden Wertpapiere zunächst erworben hat) nicht die Auskehr der Früchte (Zinsen, Dividenden und Wertentwicklung) der konkreten Wertpapiere, die vom equity payor ursprünglich erworben wurden. Vielmehr ist der Erwerber dieser Wertpapiere in der sachenrechtlichen Verfügung, d. h. in seinem Verwertungsrecht, beispielweise durch Veräußerung, weder schuld- noch sachenrechtlich eingeschränkt. Auch wird bei der Bestimmung der unter dem total return swap vom equity payor geschuldeten Zahlungen nicht auf die individuelle Situation des equity payors abgestellt (beispielsweise im Hinblick auf etwaige von ihm zu tragende Verwahrungskosten oder Steuern). Es wird vielmehr "synthetisch" an diejenigen Früchte und Wertentwicklungen angeknüpft, die ein "gattungsmäßig" bezeichneter Eigentümer dieser Wertpapiere erzielt hätte.

Daher kann der Erwerber der Wertpapiere durch anschließende Veräußerung der Wertpapiere die Verpflichtungen aus dem total return swap "ungedeckt" eingehen

und trägt daher in vollem Umfang das Wertänderungsrisiko der entsprechenden Wertpapiere.

Des Weiteren trägt der ursprüngliche Veräußerer der Wertpapiere als Vertragspartei des total return swap das Erfüllungs- und Bonitätsrisiko des equity payor. Insofern kommt es zu einer "Verwässerung" der wirtschaftlichen Situation des ursprünglichen Veräußerers, da neben seinem derivativen Anspruch auf Früchte und Wertentwicklung der Wertpapiere er nun auch dieses Risiko im Hinblick auf den ursprünglichen Erwerber (den equity payor) trägt. Bei börsennotierten Wertpapieren ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass typischerweise in den Verkauf der Wertpapiere und den Abschluss des total return swaps unterschiedliche Vertragsparteien eingebunden sind. Die Ausführungen des Entwurfs der Stellungnahme zur sogenannten Börsenklausel müssen daher entsprechend gelten.

Rn. 55 – 69: Die im Entwurf dargestellten Folgen aus der Zurückbehaltung von Risiken beim Verkäufer erscheinen problematisch, was anhand des folgenden Beispiels deutlich werden sollte:

A verkauft eine Beteiligung an B zum Preis von 500 (Buchwert 100).

Variante 1: Für einen Zeitraum von drei Jahren werden wesentliche Erfolgsfaktoren aus dem der Unternehmensbewertung zugrunde liegendem Businessplan garantiert, bei deren Nichterreichung der Kaufpreis nach den Vereinbarungen zwischen den Parteien im Kaufvertrag anteilig zu reduzieren ist.

Nach Randnummer 55 soll es zum Zeitpunkt der Veräußerung zwar zu einem Abgang der Beteiligung, nicht aber zu einer Gewinnrealisierung kommen. Soweit der Veräußerungspreis den Buchwert übersteigt, soll eine Verbindlichkeit passiviert werden. Ob die Gewinnrealisierung anschließend zeitanteilig oder erst am Ende der Garantiezeit erfolgt, bleibt offen.

Variante 2: wie Variante 1. Die Garantiezeit beträgt jedoch fünf Jahre.

Da der in Rn. 56 genannte Zeitraum von zwei bis drei Jahren überschritten wird, käme es nach dem Entwurf nicht zu einer Abgangsbuchung. Der Kaufpreis wäre in voller Höhe als Verbindlichkeit zu erfassen. Ob ein Abgang der Beteiligung nach zwei Jahren oder erst am Ende der Garantiezeit mit Gewinnrealisierung zu erfassen ist, bleibt ebenfalls offen.

Nicht zuletzt zur Vermeidung von Meinungsverschiedenheiten mit der Finanzverwaltung sollte der Entwurf auch an dieser Stelle noch einmal überarbeitet werden.

Rn. 70 – 72: Die Vorschriften zu den sale-and-lease-back-Gestaltungen führen für den Fall des „überschießenden“ Finanzierungsleasings zu Abweichungen von den derzeitigen steuerlichen Regelungen über die Zurechnung des Leasinggegenstandes, während gerade diese nach wie vor auch handelsrechtlich übernommen werden sollen⁹.

⁹ Vgl. WP-Handbuch Band I Abschn. E Rn. 25.

Nach den diesbezüglichen Regelungen des Leasingerlasses kommt es für die Zurechnung nur auf die Amortisation während der Grundmietzeit an, wobei bislang – soweit erkennbar – steuerlich noch nicht festgestellt wurde, ob das sale-and-lease-back auch einen verdeckten Darlehensanteil enthält. Nach Rn. 72 soll die Veräußerung zwar dem Grunde nach anerkannt werden. In Höhe des verdeckten Darlehensanteils (Veräußerungspreis überschreitet den Zeitwert) soll jedoch schon handelsrechtlich keine Gewinnrealisierung zulässig sein. Dies erscheint unpraktisch, da von den in der Praxis üblichen vertraglichen Vereinbarungen abgewichen würde. Der Satz „Eine Gewinnrealisierung kommt jedoch insoweit nicht in Betracht, als der Veräußerungspreis den Zeitwert überschreitet“ sollte daher gestrichen werden. Es handelt sich um einen absoluten Sonderfall. Der Leasingunternehmer wird in der Praxis kaum mehr als den Zeitwert bezahlen.

Eine verlässliche bilanzielle Abbildung des Leasing ist auch deshalb von besonderer Bedeutung, da nach Einführung der Regelungen zur sogenannten Zinsschranke (§ 4h EStG) eine vom Zivilrecht abweichende Zuordnung enorme nachteilige Auswirkungen haben kann.

Rn. 73 – 102: Auch im Bereich der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen würden die Festlegungen im Entwurf zu einer Abweichung von der derzeit praktizierten Bilanzierung führen. Ob und inwieweit diese neuen Sichtweisen steuerliche Anerkennung finden würden, bleibt offen. Der Satz in Rn. 77 "Alternativ kann er ... mit einem erfolgsneutralen Zwischenwert bewertet werden, der eine eventuelle steuerliche Belastung kompensiert" sollte gestrichen werden. Diese Aussage erscheint nicht nachvollziehbar, da ein Zwischenwert nicht neutral ist.

Nach Rn. 97 würde im Ergebnis die Finanzierungsfreiheit im Zusammenhang mit der Anschaffung von Vermögensgegenständen stark eingeschränkt. Es steht aber im Ermessen eines jeden Unternehmers, wie er einen Kauf finanziert. Rn. 97 sollte daher gestrichen werden.

Contractual Trust Agreements:

Sogenannte Contractual Trust Agreements (CTA) ermöglichen vielen Unternehmen die Saldierung von Vermögensgegenständen mit Verbindlichkeiten aus Pensionsversprechen und führen somit zu einer Bilanzverkürzung nach internationalen Rechnungslegungsstandards (z. B. IFRS und US- GAAP). Auch sind sie als geeignetes Mittel zur Insolvenzversicherung von Altersteilzeitguthaben und sonstigen Wertguthaben im Sinne der §§ 8a ATzG und 7d SGB IV anerkannt.

Zur Einhaltung bestehender Vorgaben wird dazu typischerweise ein eingetragener Verein gegründet, auf den das zivilrechtliche Eigentum an den zur Insolvenzversicherung der Arbeitnehmeransprüche zu separierenden Vermögensgegenständen übertragen wird. Der Eigentumstransfer erfolgt regelmäßig im Rahmen eines Verwaltungstreuhandvertrages zwischen dem Verein und dem übertragenden Unternehmen. Dieser Treuhandvertrag, welcher im Wesentlichen bestimmt, dass der Verein die Vermögensgegenstände samt deren Erträgen und Surrogaten für das übertragende Unternehmen hält, und ferner Vorgaben zur Vermögensverwaltung enthält, führt nach herrschender Meinung¹⁰ zu einer wirtschaftlichen Zurechnung des Treuhandvermögens beim Treugeber. Aufgrund dieser wirtschaftlichen

¹⁰ Vgl. z. B. BB 1999 S. 2498.

Zurechnung zum Unternehmen als Treugeber sind die übertragenen Vermögensgegenstände weiterhin als Aktiva in der Handels- und Steuerbilanz des Unternehmens auszuweisen.

Die neben der rechtlichen Separierung der Vermögensgegenstände von IAS 19.7 weiter vorgeschriebene Absicherung des Treuhandvermögens vor dem Zugriff des Unternehmens oder Dritter im Sicherungsfall erfolgt mittlerweile vornehmlich durch die Begründung einer zusätzlichen Sicherungstreuhandabrede. Im Rahmen dieser Sicherungstreuhand verpflichtet sich der Verein im Wege des Vertrags zu Gunsten Dritter, die Leistungen an die Arbeitnehmer aus den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln im Falle einer Insolvenz zu erbringen. Der Verein übernimmt somit eine Doppelfunktion, da er einerseits die auf ihn zu rechtlichem Eigentum übertragenen Vermögensgegenstände im Rahmen des Verwaltungstreuhandvertrages für das Unternehmen hält, andererseits aufgrund des Sicherungstreuhandvertrages die Interessen der Arbeitnehmer (aufschiebend bedingt) zu vertreten hat. Diese CTA-Gestaltung wird daher als doppelseitiges Treuhandmodell bezeichnet.

Wie bereits erwähnt, wurde im Hinblick auf die Bilanzierung nach deutschen Rechnungslegungsvorschriften in diesem Zusammenhang bislang davon ausgegangen, dass die Begründung von CTA vollkommen bilanzneutral ist, und die aus dem treuhänderisch überlassenen Vermögen anfallenden Erträge und Aufwendungen handels- und steuerlich weiterhin beim Treugeber zu erfassen und dort den allgemeinen Regelungen (z. B § 8 b Abs. 1 und 2 KStG) zu unterwerfen sind.

In Durchbrechung dieser bislang herrschenden Meinung weist die OFD Frankfurt a. M. in ihrer Verfügung vom 1. Dezember 2006¹¹ darauf hin, dass jedenfalls als Planvermögen im Sinne des IAS 19.7 verwendete Bareinlagen wirtschaftlich dem Treuhänder zuzurechnen seien und folglich nicht mehr beim Unternehmen bilanziert werden dürfen. Zur Begründung wird auf § 246 Abs. 1 Satz 3 HGB verwiesen, der im Rahmen des Maßgeblichkeitsgrundsatzes auch für die steuerliche Gewinnermittlung anzuwenden sei. Hiernach seien die im Rahmen der doppelten Treuhandkonstruktion auf den Treuhänder übertragenen Barmittel zwingend bei diesem zu bilanzieren, da sie ununterscheidbar in das Vermögen des Treuhänders übergängen. Dies habe den Verlust des rechtlichen und des wirtschaftlichen Eigentums auf Seiten des Treugebers zur Folge. Das Unternehmen als Treugeber habe in seiner Bilanz anstelle der übertragenen Barmittel einen entsprechenden Erstattungsanspruch zu aktivieren, dessen Höhe sich nach dem jeweiligen Umfang der Barmittel inklusive eventueller Barmittel inklusive eventueller Erträge richte.

Dem Vernehmen nach erging die OFD-Verfügung zu einem von den normalen CTA-Konstruktionen abweichenden Sonderfall. Unabhängig davon wird die pauschale Betrachtungsweise der Finanzverwaltung unseres Erachtens nicht der Tatsache gerecht, dass die gängigen CTA-Strukturen eine gesonderte Vermögensverwaltung für den jeweiligen Treugeber nach den engen Vorgaben seiner Anlage Richtlinien vorsehen und es bereits aus diesem Grunde zu keinem ununterscheidbaren Übergang des Treugutes in das Vermögen des Treuhänders kommen kann. Nach § 246 Abs. 1 Satz 3 HGB, auf den sich die OFD-Verfügung zur Begründung ihrer Auffassung beruft, hat ein Sicherungsnehmer die von einem Sicherungsgeber geleisteten Bareinlagen zu aktivieren. In diesem Zusammenhang stellt sich unabhängig davon, dass unseres Erachtens bereits aufgrund der weiterhin möglichen

¹¹ Vgl. BB 2007 S. 324.

Separierung des Treuguts der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zu verneinen ist, die Frage, ob der Treuhänder im Rahmen einer CTA-Konstruktion als Sicherungsnehmer im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann. Dies dürfte zu verneinen sein. Zwar hält der Treuhänder die auf ihn übertragenen Vermögensgegenstände aufgrund der zugunsten der Arbeitnehmer geschlossenen Sicherungstreuhandabrede zum Zwecke der Absicherung von Arbeitnehmeransprüchen. Diese Sicherungstreuhand wird aber – zumindest solange kein Sicherheitsfall eintritt – von der Verwaltungstreuhandabrede überlagert und ist damit aufschiebend bedingt.

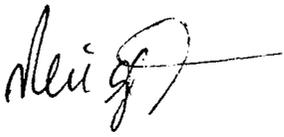
Für die Stellung des Treugebers als wirtschaftlicher Eigentümer spricht zudem, dass das Unternehmen über die Anlagerichtlinien maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen des Treuhänders hat, der an diese Vorgaben unabdingbar gebunden ist. Das Treuhandverhältnis im Rahmen eines CTA wird somit ganz entscheidend von der Verwaltungstreuhand, die zugunsten des Unternehmens besteht, geprägt, so dass der Anwendungsbereich des § 246 Abs. 1 Satz 3 HGB keinesfalls eröffnet ist. Hierfür spricht auch, dass letztlich in den gängigen CTA-Modellen sämtliche Wertsteigerungen und Wertminderungen dem Treugeber zustehen, d.h. Wertsteigerungen, die sich nach vollständiger Abwicklung der gesicherten Ansprüche im Verein ergeben, sind zurückzugeben. Umgekehrt schuldet der Treugeber weiterhin seinen gesicherten Arbeitnehmern und Pensionären die zugesagte Leistung, auch wenn die Mittel des CTA hierfür nicht ausreichen. Der Treugeber kann sich schließlich durch Bereitstellung einer adäquaten anderen Absicherung der Berechtigten seiner Verpflichtung entledigen und den Verein auflösen.

Die bestehende Unsicherheit in diesem materiell sehr bedeutenden Bereich sollte durch eine Klarstellung in der beabsichtigten IDW-Stellungnahme endgültig beseitigt werden.

Zusammenfassend kann zu IDW ERS HFA 13 n. F. festgehalten werden, dass die darin aufgestellten Grundsätze bezüglich des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums zum Teil wesentlich von den von der Rechtsprechung, Literatur und auch der Finanzverwaltung bisher aufgestellten Grundsätzen abweichen. Bei Verabschiedung des Entwurfs auch in seiner derzeitigen Neufassung können sich daher erhebliche wirtschaftliche Nachteile bei den Unternehmen und ihren Kunden ergeben, denn die beabsichtigte IDW-Stellungnahme wird auch Auswirkungen auf die steuerliche Behandlung der darin angesprochenen Geschäfte haben. Auch wenn die Stellungnahme handelsrechtlich mit Beschlussfassung nur für die Zukunft wirken würde, können sich steuerliche Auswirkungen auf alle offenen Veranlagungszeiträume ergeben. Wir bitten daher dringend, unsere vorstehenden Anmerkungen bei den weiteren Erörterungen zu der beabsichtigten IDW-Stellungnahme zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

DEUTSCHER INDUSTRIE- UND
HANDELSKAMMERTAG



BUNDESVERBAND DEUTSCHER
BANKEN



BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN
INDUSTRIE



GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN
VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT

