



Institut der Wirtschaftsprüfer  
z.H. Frau Dr. Cornelia Flury  
Tersteegenstraße 14

40474 Düsseldorf

03. Dezember 2007

**IDW ERS HFA 13 n.F.**

Sehr geehrte Frau Dr. Flury,

wie zwischen Ihnen und dem Rechtsunterzeichnenden besprochen, möchten wir nachstehend einige kommentierende Ausführungen zum Entwurf der Stellungnahme „IDW ERS HFA 13 n.F.“ (**HFA 13**) machen. Dabei geht es um die dort in den Textziffern 96 und 97 enthaltene Aussage, dass dann, wenn ein Vermögensgegenstand (z.B. ein Geschäfts- oder Gesellschaftsanteil) an eine dem Veräußerer „nahe stehende“ Gesellschaft, die über kein weiteres relevantes Vermögen verfüge, veräußert und der Kaufpreis längerfristig gestundet oder in ein Darlehen umgewandelt werde, es an der Übertragung des Risikos auf die Erwerberin fehle und damit nicht angenommen werden könne, dass das wirtschaftliche Eigentum auf die Erwerberin übergegangen sei. Letzteres deshalb, weil der Veräußerer zur Durchsetzung seines gestundeten Kaufpreisanspruchs gegen die Erwerberin nur in den gekauften Vermögensgegenstand selbst vollstrecken könne, so dass eine treuhandähnliche Konstruktion vorliege. Hieraus folge in dem beschriebenen Fall für die Erwerberin ein Verbot der Aktivierung bezüglich des erlangten Vermögensgegenstandes.

Wir teilen diese Auffassung nicht, sondern meinen, dass in dem geschilderten Fall ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums angenommen werden muss. Die Gründe für unsere abweichende Einschätzung möchten wir wie folgt darlegen:

**1. Praxisrelevanz**

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der in Textziffer 97 Sätze 3 und 4 des HFA 13 geschilderte Fall in der Praxis bei gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, vor allem bei sogenannten „Recapitalizations“ (d.h. der Aufnahme von Bankdarlehen und anderer Arten von Fremdverschuldung zwecks Ablösung bestehender Kredite und/oder der Durchführung

KÖLN

Heumarkt 14

50667 Köln

T+ 49 221 20 50 7-0

Direkt T+ 49 221 20 50 7-215

F+ 49 221 20 50 7-90

Direkt F+ 49 221 20 50 7-315

E alexander.mentz@freshfields.com

W freshfieldsbruckhausderinger.com

DOK NR DAC2367852/2+

UNSER ZEICHEN Am PMF-003589

IHR ZEICHEN



von Ausschüttungen), durchaus häufig vorkommt. Die entsprechenden Sachverhalte bestehen in der Regel darin, dass eine Muttergesellschaft, die alle Anteile an einer operativen Tochtergesellschaft (*OpCo*) hält, diese Anteile an eine von ihr in Deutschland neu gegründete GmbH oder GmbH & Co. KG (*NewCo*), die in der Regel mit einem Stammkapital von EUR 25.000,00 (oder einem Kommanditkapital in ähnlicher Größenordnung) ausgestattet ist, verkauft und abtritt, so dass die *NewCo* Inhaberin aller Anteile an der *OpCo* wird. Dabei ist der Kaufpreis regelmäßig identisch mit dem (zumeist durch ein IDW S 1-Gutachten bestätigten) beizulegenden Zeitwert dieser Anteile, und er liegt über dem Buchwert, zu dem die *OpCo*-Anteile bislang im HGB-Einzelabschluss der Muttergesellschaft ausgewiesen sind. Ein solcher „Step-up“ im bilanziellen Ausweis der Anteile an der *OpCo* von dem niedrigeren Wert dieser Anteile im HGB-Einzelabschluss der Muttergesellschaft auf den höheren beizulegenden Zeitwert im HGB-Einzelabschluss der *NewCo* wird von der herrschenden Meinung zugelassen, so dass die *OpCo*-Anteile bei der *NewCo* mit dem beizulegenden Zeitwert aktiviert werden dürfen, auch wenn sich der Vorgang konzernintern abspielt (vgl. etwa IDW Stellungnahme BFA 2/1982, WPg 1982; IDW Stellungnahme HFA 2/1997 Textziffer 32212, WPg 1997, 235 ff., 239; Lutter, UmwG 2006, § 24 Rn. 57). Der seitens der *NewCo* gegenüber der Muttergesellschaft als der Verkäuferin der *OpCo*-Anteile geschuldete Kaufpreis wird nicht selten verzinslich gestundet; er soll dann entweder in Etappen mittels derjenigen Liquidität getilgt werden, die bei der *NewCo* aus Dividendenausschüttungen seitens der *OpCo* ankommt, oder auf ihn soll seitens der Muttergesellschaft zu gegebener Zeit ganz oder teilweise verzichtet werden. Die geschilderten Step-up-Transaktionen können den verschiedensten Zwecken dienen, z.B. dem Zweck, die *NewCo* als Clearing- und/oder Cash-Pooling-Führungsgesellschaft mit einer ausreichenden bilanziellen Substanz, d.h. ausreichenden freien Rücklagen, auszustatten, oder aber sie kann z.B. dazu dienen, weitere freie Rücklagen zu schaffen, damit etwa eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen gesellschaftsrechtlich bedenkenfrei zurückgezahlt werden können.

## 2. Kriterien für das Vorliegen wirtschaftlichen Eigentums

In Textziffer 7 des HFA 13 werden als die wesentlichen Merkmale für wirtschaftliches Eigentum die Kriterien des „Besitzes“, der „Gefahr“, der „Nutzungen“ und der „Lasten“ genannt. Dies steht im Einklang mit der herrschenden Meinung (vgl. etwa *Winnefeld*, Bilanzhandbuch, 4. Auflage 2006, D 108; *Förschle/Kroner* in: Beck'scher Bilanzkommen-



tar, 6. Auflage 2006, § 246 Rn. 7). Im oben genannten NewCo-Beispiel sind Besitz (in Gestalt der Stimmrechte), Gefahr (in Gestalt einer möglichen Insolvenz und Liquidation der OpCo), Nutzungen (in Gestalt der Dividendenansprüche und des Anspruchs auf den Liquidationsüberschuss) und Lasten (Handelsregisterkosten etc.) auf die Erwerberin, d.h. die NewCo, übergegangen.

In Textziffer 7 zu HFA 13 am Ende wird ferner Folgendes ausgeführt: *„Das wirtschaftliche Eigentum umfasst hiernach regelmäßig das Verwertungsrecht durch Nutzung oder Veräußerung des Gegenstands, die Chancen und Risiken aus der laufenden Nutzung und die Chance der Wertsteigerung sowie das Risiko der Wertminderung bzw. des Verlustes einschließlich des Risikos des zufälligen Untergangs.“* Auch diese (weiteren) Voraussetzungen stehen im Einklang mit der herrschenden Meinung (vgl. etwa *Förschle/Kroner*, a.a.O., Rn. 8), und sie sind im geschilderten NewCo-Modell erfüllt, da das rechtliche Eigentum an den Anteilen übergegangen ist. Schließlich stellt Textziffer 8 des HFA 13 am Ende auch noch auf das *„Gewinnbezugsrecht“* sowie insbesondere das *„Recht zur Weiterveräußerung an Dritte“* ab. Auch diese Anforderungen sind im NewCo-Modell infolge des Übergangs des rechtlichen Eigentums erfüllt.

Aus alledem ergibt sich, dass bei Heranziehung der geschilderten **allgemeinen** (im Einklang mit der herrschenden Meinung stehenden) **Kriterien** das wirtschaftliche Eigentum im NewCo-Modell auf die Erwerberin, d.h. die NewCo, übergegangen ist, so dass deshalb in diesem Fall auch eine Aktivierung der OpCo-Anteile zum beizulegenden Zeitwert möglich sein muss.

### 3. Weiteres Kriterium (Notwendigkeit der Vollstreckung in die OpCo-Anteile) gerechtfertigt?

Überraschend ist, dass in Textziffer 97 Sätze 3 und 4 nicht auf die vorgenannten allgemeinen Kriterien abgestellt, sondern dass ein neues (weiteres) Kriterium zur Beurteilung herangezogen wird. Dieses soll darin bestehen, dass die *„notwendige Übertragung des Risikos auf den Erwerber“* nicht erfolgt sei, weil zur Durchsetzung seines Zahlungsanspruchs der Veräußerer mangels anderen Vermögens nur in den verkauften Vermögensgegenstand selbst vollstrecken könne, so dass eine *„treuhandähnliche Konstellation“* bestehe.



Dieses Kriterium lässt sich aus den vorgenannten allgemeinen Voraussetzungen nicht ableiten, und es bleibt unklar, woraus es sich überhaupt rechtfertigen soll. **U.E. ist dieses Kriterium nicht gerechtfertigt.** Eine treuhandähnliche Konstellation liegt mangels entsprechender Abreden nicht vor (vgl. *Winnefeld*, a.a.O., D 107, 2. Absatz a.E.). Letzteres zeigt sich schon daran, dass die NewCo neben den erworbenen Anteilen an der OpCo ja auch anderes relevantes Vermögen haben kann. Für diesen Fall bestimmt Textziffer 97 Satz 1 des HFA 13 ausdrücklich, dass dann der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (im NewCo-Beispiel) **nicht** behindert sei. Es wäre durchaus eine Gestaltung denkbar, bei der die Abtretung der OpCo-Anteile von der Muttergesellschaft an eine NewCo stattfindet, die zu diesem Zeitpunkt noch anderes relevantes Eigentum innehat, so dass dadurch eine Aktivierung gesichert wäre, dass aber zeitlich nach dieser Abtretung die NewCo ihr übriges Vermögen verkauft und den Verkaufserlös an ihre Muttergesellschaft ausschüttet. Es fragt sich, ob in diesem Fall die zum Zeitpunkt der Abtretung gegebene Aktivierung der OpCo-Anteile im Nachhinein wieder mittels eines Aktivierungsverbotes revidiert werden soll. Dabei erscheint es kaum möglich, einen Zeitraum zu definieren, innerhalb dessen die Veräußerung der übrigen Aktivitäten der NewCo schädlich wäre bzw. nach dessen Ablauf sie nicht mehr schädlich wäre.

#### 4. Begebung von Schuldverschreibungen

Dass das in Textziffer 97 des HFA 13 dargelegte NewCo-Beispiel nicht dem dort normierten Aktivierungsverbot unterfallen kann, ergibt sich auch aus einer weiteren Überlegung wie folgt:

Die NewCo wäre nicht gehindert, mit der Muttergesellschaft einen Kaufvertrag abzuschließen, in dem nicht eine Stundung des Kaufpreises vereinbart, sondern die Hingabe kapitalmarktfähiger Schuldverschreibungen (**Bonds**) von der NewCo an die Muttergesellschaft vereinbart wird und die Muttergesellschaft die Befugnis erhält, diese Bonds an der Börse oder an private Investoren zu veräußern und sich aus dem Kaufpreis zu bedienen. In einem solchen Fall wäre der Kaufvertrag seitens der NewCo (mit dem Eingang des Cash bei der Muttergesellschaft) erfüllt, und es gäbe keine gestundete Kaufpreisforderung mehr, so dass auch eine Vollstreckung seitens der Muttergesellschaft nicht mehr nötig bzw. möglich wäre. Eine gestundete Kaufpreisforderung (angenommen, sie ist werthaltig - was im vorliegenden



Zusammenhang aber zu unterstellen ist) wäre grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als hingeebene Bonds, denn diese Kaufpreisforderung könnte ja ebenfalls an einen (konzerninternen oder konzernexternen) Dritten verkauft und in Cash umgewandelt werden.

Auch hieran zeigt sich, dass das von Textziffer 97 des HFA 13 im NewCo-Fall verhängte Aktivierungsverbot **nicht gerechtfertigt** ist.

## 5. Besicherung

Gemäß Textziffer 98 des HFA 13 soll für das NewCo-Beispiel eine Ausnahme vom Aktivierungsverbot (auch) dann eingreifen, wenn der gestundete Zahlungsanspruch ausreichend **besichert** ist (beispielsweise durch die werthaltige Bürgschaft eines Dritten oder durch eine Sachsicherheit, die allerdings nicht an dem veräußerten Gegenstand selbst eingeräumt sein darf).

Auch hier wäre eine Konstellation denkbar, bei der zunächst eine Besicherung besteht und somit eine Aktivierung möglich ist, die Besicherung nachträglich aber wieder aufgehoben wird. Es erschiene nicht nachvollziehbar, warum (und wann) die beim Closing (aufgrund der bestehenden Besicherung) zulässige Aktivierung der OpCo-Anteile auf der Ebene der NewCo nachträglich wieder wegfallen sollte.

Auch dieser Aspekt spricht **gegen** das in der Textziffer 97 des HFA 13 verhängte **Aktivierungsverbot**.

## 6. Nahe stehende Personen

Unabhängig vom Vorstehenden (und unabhängig davon, ob HFA 13 für das genannte NewCo-Beispiel ein Aktivierungsverbot verhängt oder nicht) ist abschließend noch Folgendes anzumerken:

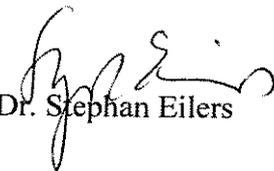
Gemäß Textziffer 96 des HFA 13 soll eine der Voraussetzungen für die Annahme eines Aktivierungsverbots im genannten Fall und ähnlichen Konstellationen darin zu sehen sein, dass sich Veräußerer und Erwerber „nahe“ stehen.



Für das Kriterium der „nahe stehenden Personen“ enthält das HGB-Bilanzrecht (anders als etwa IAS 24.9) aber keine Definition. Zwar findet sich eine Definition der „nahestehenden Personen“ in § 138 InsO; diese Definition steht aber in völlig anderem Regelungszusammenhang und ist vorliegend nicht einschlägig. Wenn nicht auf das in IAS 24.9 aufgeführte Merkmal der „nahe stehenden Personen“ („related parties“) rekuriert werden soll, so wäre zu empfehlen, die in §§ 15 ff. AktG normierten Merkmale für „verbundene Unternehmen“ heranzuziehen. Es läge dann eine eindeutige und verlässliche Definition vor.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

  
Dr. Stephan Eilers

  
Dr. Alexander Mentz