

Münchener Kommentar zum Bilanzrecht Band 2: Bilanzrecht §§ 238-342 e HGB

von

Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Prof. Dr. Detlef Kleindiek, Prof. Dr. Christoph Watrin, Michael Bisle, Dr. Michael Bormann, Dr. Jens Wilfried Brune, Andrea Drinhausen, Dr. Frank Ellenbürger, Dr. Torsten Engers, Norbert Freisleben, Dr. Helmut Graf, Dr. Sven Greulich, Dr. Bettina Hammers, Dr. Felix Hoehne, Dr. Michael Kempermann, Dr. Manfred Kessler, Prof. Dr. Bruno Kropff, Prof. Dr. Edgar Löw, Stephan Christian Maier, Robert Risse, Dr. Carsten Schlotter, Dr. Michael Schmidt-Versteyl, Dr. Thomas Senger, Dr. Thomas Strieder, Dr. Oliver Strnad, Dr. Stefan Wilhelm Suchan, Dr. Susanne Tiedchen, Prof. Dr. Martin Paul Waßmer, Prof. Dr. Carl-Heinz Witt

1. Auflage

Münchener Kommentar zum Bilanzrecht Band 2: Bilanzrecht §§ 238-342 e HGB – Hennrichs / Kleindiek / Watrin / et

al.
schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Bilanz-, Bilanzsteuerrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 57866 3

recht an einer Forderung die Anzeige an den Schuldner). Im Hinblick auf diese wirtschaftliche „Pfandfunktion“ sind gemäß Abs 1 Satz 2 2. Hs deshalb auch unter Eigentumsvorbehalt erworbene oder zur Sicherheit übertragene Gegenstände in der **Bilanz des Sicherungsgebers** zu aktivieren. Der Sicherungsnehmer hat die gesicherte Forderung zu bilanzieren. Bei deren Bewertung kann die dingliche Sicherheit berücksichtigt werden.

Für den Fall des **Eigentumsvorbehalts** bedeutet das, dass die Vermögensgegenstände mit Lieferung beim Käufer zu aktivieren sind; im Gegenzug hat der Käufer die Kaufpreisschuld zu passivieren. Der Vorbehaltsverkäufer bucht die Ware aus und die Kaufpreisschuld ein.³⁰⁵ 168

Ein **getrennter Ausweis** der Gegenstände, an denen Sicherungsrechte bestehen, oder ein entsprechender Vermerk in der Vorspalte des entsprechenden Bilanzpostens ist **nicht erforderlich**.³⁰⁶ Kapitalgesellschaften sind allerdings gemäß § 285 Nr 1 lit b zu **Erläuterungen im Anhang** verpflichtet (siehe dort).³⁰⁷ 169

Verwertungsfall. Fraglich ist, ob die Zurechnung des Sicherungsguts beim Sicherungsgeber auch dann noch geboten ist, wenn der Sicherungsnehmer das Sicherungsrecht geltend macht. Teilweise wird angenommen, (bereits) mit Eintritt des **Sicherungs- oder Verwertungsfalls** verliere der Sicherungsgeber die wirtschaftliche Herrschaft über den Gegenstand, die eine Zuordnung bei ihm (dem Sicherungsgeber) rechtfertigt. Wenn der Sicherungsnehmer das Sicherungsgut für die Zwecke der Verwertung herausverlange, zeige sich, dass der Sicherungsgeber den Sicherungsnehmer nicht (mehr) von der Einwirkung auf den Vermögensgegenstand ausschließen könne. Daher sei der Vermögensgegenstand nun **umzubuchen**, dh beim Sicherungsgeber aus- und beim Sicherungsnehmer einzubuchen.³⁰⁸ 170

Richtigerweise bleibt das Sicherungsgut demgegenüber gemäß der Sicherungsabrede und entsprechend der Interessenlage **bis zur tatsächlichen Veräußerung** in der Hand des Sicherungsnehmers **Treugut**, das nur nach Maßgabe der Sicherungsbedingungen und unter Beachtung der Interessen des Sicherungsgebers³⁰⁹ verwertet werden darf.³¹⁰ Der Sicherungsgeber kann den Sicherungsfall aufgrund seines Ablöserechts (vgl für das Pfandrecht: § 1249 BGB), das bis zur endgültigen Verwertung des Sicherungsgutes an den Ersteher besteht,³¹¹ bis zuletzt abwenden (zB eine anderweitige Finanzierung stellen und das Darlehen doch noch tilgen), damit die Verwertung stoppen und den Sicherungsnehmer wieder von Einwirkungen auf das Wirtschaftsgut ausschließen.³¹² Gelingt es dem Sicherungsgeber, doch noch eine andere Finanzierung zu stellen, kann er vom Sicherungsnehmer Unterlassung der Verwertung verlangen.³¹³ Selbst wenn es dem Sicherungsgeber nicht gelingt, den Sicherungsfall noch abzuwenden, und das Sicherungsgut daher rechtmäßig veräußert wird, geschieht die Verwertung nicht für eigene Rechnung des Sicherungsnehmers, sondern für fremde Rechnung, nämlich **für Rechnung des Sicherungsgebers**.³¹⁴ Zwar kann der Gläubiger sich aus dem Erlös bevorrechtigt bedienen, dies aber nur gegen Anrechnung auf seine bisherige Darlehensforderung; ein etwaiger Übererlös gebührt in jedem Fall dem Sicherungsgeber (für das Pfandrecht: § 1247 Satz 2 BGB; Entsprechendes gilt für die Sicherungsübertragung aufgrund der Sicherungsabrede). Das 171

³⁰⁵ Statt aller ADS Rn 267.

³⁰⁶ ADS Rn 271; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 16.

³⁰⁷ ADS Rn 272.

³⁰⁸ Pahlke/Koenig/Koenig AO, 2. Aufl 2009, § 39 Rn 64; ebenso hier MüKoAktG/Henrichs, 2. Aufl 2003, § 246 HGB Rn 135).

³⁰⁹ Vgl besonders deutlich Soergel/Habersack BGB, 13. Aufl 2001, § 1233 Rn 2 (für das Pfandrecht).

³¹⁰ Henrichs, GedS Hübner, 2012, S 507 ff mwN.

³¹¹ Vgl Palandt/Bassenge BGB, 68. Aufl 2009, § 1249 Rn 1; MüKoBGB/Damrau, 5. Aufl 2009, § 1249 Rn 3; Soergel/Habersack BGB, 13. Aufl 2001, § 1249 Rn 4; Staudinger/Wiegand BGB (2002) § 1249 Rn 4.

³¹² Vgl auch BFHE 149, 440 = BStBl II 1988 S 521, 524.

³¹³ Vgl für das Pfandrecht MüKoBGB/Damrau, 5. Aufl 2009, § 1243 Rn 1.

³¹⁴ Aus dem bilanzrechtlichen Schrifttum zB Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 91; HdJ/Lutz Abt I/4 Rn 90 (Mai 2003).

§ 246 172–174

1. Abschnitt. Vorschriften für alle Kaufleute

Sicherungsgut trägt mithin durch seine Verwertung zur Schuldentilgung beim Sicherungsgeber bei. Spiegelbildlich steht dem Gläubiger der Erlös aus der Verwertung nicht „per se“ oder zusätzlich zu, sondern nur als Sicherheit für seine bestehende Darlehensforderung, die mit der Anrechnung erlischt. Eine substanzuelle Vermögensmehrung ist damit für den Gläubiger nicht verbunden, es findet bei ihm nur ein Aktivtausch statt (Kasse an Forderung). Das Sicherungsgut ist ihm eben nicht „als solches“, sondern nur als Sicherheit überlassen. Die Verwertungsmöglichkeit als solche begründet aber keine Zurechnung, wenn sie nicht im wirtschaftlichen Interesse des Verwertungsberechtigten, sondern für Rechnung des Sicherungsgebers ausgeübt werden muss.³¹⁵

172 Gegen eine Ausbuchung des Sicherungsguts beim Sicherungsgeber noch vor der tatsächlichen Veräußerung spricht ferner die in § 264 Abs 2 Satz 1 zum Ausdruck gekommene Zielsetzung der Rechnungslegung, ein **getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage** zu geben. Eine Ausbuchung wäre nämlich jedenfalls dann irreführend, wenn dieser Ausbuchung keine entsprechende Abbuchung der gesicherten Schuld und keine Einbuchung des voraussichtlichen Verwertungserlöses korrespondieren würde. Ersteres (Ausbuchung der gesicherten Schuld) ist aber gemäß dem Vollständigkeitsgebot des Abs 1 Satz 1 ausgeschlossen, denn vor der tatsächlichen Tilgung ist die Schuld rechtlich noch nicht erloschen und muss deshalb passiviert bleiben. Aber auch eine Einbuchung des voraussichtlichen Verwertungserlöses kommt vor der tatsächlichen Realisierung nicht in Betracht. Dagegen spricht zum einen das Realisationsprinzip gemäß § 252 Abs 1 Nr 4. Zum anderen wäre ein solcher Aktivtausch („Forderung auf den Verwertungserlös an Wirtschaftsgut“) auch irreführend. Denn vor der Veräußerung besteht keine solche Forderung, sondern ist dem Sicherungsgeber nach wie vor das Wirtschaftsgut selbst zuzurechnen. Das wird anschaulich, wenn man sich den Fall vor Augen führt, dass es dem Sicherungsgeber doch noch gelingt, den Sicherungsfall abzuwenden. In diesem Fall dürfte das Sicherungsgut nämlich, wie ausgeführt, nicht verwertet werden, dh das Wirtschaftsgut wäre an den Sicherungsgeber herauszugeben und damit unzweifelhaft wieder ihm zuzurechnen. In diesem Fall müsste der zuvor erfolgte Aktivtausch (also die Ausbuchung des Wirtschaftsguts und die Einbuchung der Forderung auf den Verwertungserlös) durch „Rücktausch“ wieder rückgängig gemacht werden.

173 Für eine bilanzielle Erfassung des Sicherungsguts beim Sicherungsgeber bis zur endgültigen Verwertung durch Übereignung an den Ersterer spricht ferner der Vergleich mit der Rechtslage beim Kommissionsgeschäft (Rn 193). Während der Verwertung des Sicherungsguts agiert der Gläubiger wirtschaftlich betrachtet wie ein **Verkaufskommissionär**, denn er verkauft für fremde Rechnung und muss den Erlös mit seiner Darlehensforderung verrechnen und einen etwaigen Übererlös an den Sicherungsgeber abliefern. Für den Fall der Verkaufskommission ist aber allgemein anerkannt, dass das Wirtschaftsgut dem Kommittenten zuzurechnen ist (Rn 193 mwN); erst im Zeitpunkt der Veräußerung an den Endabnehmer hat der Kommittent das Gut aus- und eine Forderung gegen den Kommissionär einzubuchen.³¹⁶ Zwar kann der Sicherungsnehmer sich, anders als der Kommissionär, aus dem Erlös bevorrechtigt bedienen, dies aber, wie ausgeführt, nur gegen Anrechnung auf seine bisherige Darlehensforderung.

174 Das **Sicherungsgut** gehört mithin **auch während** der Zeit der **Verwertung** noch als Kreditunterlage zum **Schuldendeckungspotential** des Sicherungsgebers.³¹⁷ Das Pfand- oder Sicherungsrecht des Gläubigers ändert daran nichts, sondern führt nur dazu, dass der Verwertungserlös spezifisch zu seinen Gunsten reserviert ist. Vor Eintritt des Sicherungsfalls gehörte das Sicherungsgut durch seinen Ertragsbeitrag zum Schuldendeckungspotenzial des Schuldners. Im Verwertungsfall trägt es durch den Verwertungserlös (als Surrogat für Subs-

³¹⁵ Vgl. BFHE 154, 525; BFH BFHE 149440; Tipke/Kruse/Kruse AO/FGO § 39 AO Rn 25 (April 2008).

³¹⁶ Vgl. zB BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 22.

³¹⁷ Henrichs, GedS Hübner, 2012, S 507 ff mwN.

tanz und Ertrag) und dessen Anrechnung auf die gesicherte Schuld, die im Umfang des Verwertungserlöses erlischt, zur Schuldendeckung des Sicherungsgebers bei. Damit gebühren Ertrag und Substanz des Sicherungsgutes bis zuletzt dem Sicherungsgeber.

Verbuchung bei Veräußerung. Maßgeblicher Zeitpunkt für die **Ausbuchung beim Sicherungsgeber** (Schuldner) ist mithin erst der Zeitpunkt, zu dem die Verwertung durch den Sicherungsnehmer tatsächlich abgeschlossen ist.³¹⁸ Dem Umstand, dass die Verwertung bevorsteht, ist ggf durch eine Abschreibung auf den niedrigeren Veräußerungserlös Rechnung zu tragen (handelsrechtlich § 253 Abs 3 Satz 3, steuerrechtlich § 6 Abs 1 Nr 1 Satz 2 EStG). Mit Veräußerung hat der Sicherungsgeber den Vermögensgegenstand auszubuchen, in Höhe der Befriedigung des Gläubigers erlischt korrespondierend die gesicherte Schuld, ein etwaiger Mehrerlös ist als Forderung zu aktivieren, ein etwaiger Fehlbetrag bleibt als Schuld stehen.

c) Treuhandvermögen. Die vorstehenden Grundsätze für fiduziarisches Sicherungsgut (Rn 165 ff) gelten für **andere Treuhandverhältnisse**³¹⁹ entsprechend³²⁰ (siehe auch § 39 Abs 2 Nr 1 Satz 2 AO).³²¹

Begriff des Treuhandverhältnisses, Arten. Als (echte) Treuhandverhältnisse bezeichnet man allgemein solche Rechtsverhältnisse, bei denen dem sog Treuhänder **nach außen** die **volle Rechtsstellung** an einem Vermögensrecht eingeräumt, die damit vermittelte Rechtsmacht **im Innenverhältnis** zum sog Treugeber aber durch die sog Treuhandabrede **beschränkt** ist. Die Treuhand ist mithin gekennzeichnet durch ein dingliches und ein obligatorisches Element: Die dingliche Seite bestimmt das rechtliche Können im Außenverhältnis, die schuldrechtliche Seite (die Treuhandabrede) die Bindung des Treuhänders im Innenverhältnis (sein rechtliches Dürfen).³²²

Die dingliche Seite des Treuhandverhältnisses kann in drei verschiedenen Formen zustande kommen: (1) als **Übertragungstreuhand** durch Übertragung des Rechts vom Treugeber an den Treuhänder; (2) als **Erwerbstreuhand** durch Erwerb des Rechts seitens des Treuhänders von einem Dritten für Rechnung und im Auftrag des Treugebers; (3) als **Vereinbarungstreuhand**, wenn der Treuhänder das Recht schon innehat und nun mit einem Dritten (Treugeber) vereinbart, das Recht künftig für diesen als Treuhänder zu halten.³²³

Allerdings ist nicht jedes von den Parteien als „Treuhand“ bezeichnete Rechtsverhältnis auch rechtlich als Treuhand einzuordnen.³²⁴ Maßgebend für die rechtliche Beurteilung eines Rechtsverhältnisses ist nicht die von den Parteien gewählte Bezeichnung, sondern der Inhalt der getroffenen Abreden (das wirtschaftlich Gewollte). Ein **bilanzrechtlich anzuerkennendes Treuhandverhältnis** ist nur dann gegeben, wenn die mit der rechtlichen Eigentümer- bzw Inhaberstellung verbundene Verfügungsmacht so zugunsten des Treugebers eingeschränkt ist, dass das rechtliche Eigentum bzw die rechtliche Inhaberschaft als „leere Hülle“ erscheint.³²⁵ Der **Treugeber muss das Treuhandverhältnis beherrschen**, wobei steuerrechtlich nicht nur auf die mit dem Treuhänder getroffenen Absprachen, sondern auch auf deren **tatsächlichen Vollzug** abgestellt wird.³²⁶ Es muss zweifelsfrei erkennbar sein, dass der Treuhänder ausschließlich **für Rechnung des Treugebers** handelt.³²⁷ Wesentliches und im Grundsatz unverzichtbares Merkmal einer solchen Beherr-

³¹⁸ Aus Gründen der Praktikabilität schon etwas früher: ADS Rn 270 (sobald der Sicherungsgeber die Verwertungsnachricht erhält).

³¹⁹ Vgl ADS Rn 274 ff; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 7 ff; HdR/Wöhe Kap I Rn 540 ff; Roß S 16 ff.

³²⁰ Ebenso ADS Rn 266.

³²¹ Vgl BFH BStBl II 1998 S 152; 1999 S 514; BFH DStRE 2010, 494.

³²² BFH BStBl II 1998 S 152; Palandt/Bassenge BGB § 903 Rn 33; ausführlich zu der Begriffsbestimmung des Treuhandverhältnisses, siehe Roß S 1 ff.

³²³ Vgl BFH BStBl II 1998 S 152; K. Schmidt GesR § 61 III.

³²⁴ BFH BStBl II 1999 S 514; BFH DStRE 2010, 494.

³²⁵ BFH BStBl II 1999 S 514.

³²⁶ BFH BStBl II 1998 S 152; BFH BStBl II 2010 S 590.

³²⁷ BFH BStBl II 2001 S 468, 470; BFH BStBl II 2010 S 590.

schung ist eine **Weisungsbefugnis** des Treugebers und damit korrespondierend eine Weisungsgebundenheit des Treuhänders in Bezug auf das Treugut (Rn 183). Zudem muss der Treugeber berechtigt sein, jederzeit die **Rückgabe des Treuguts** zu verlangen, wobei die Vereinbarung einer angemessenen Kündigungsfrist unschädlich ist³²⁸ (Einzelheiten Rn 182). – Keine eigentliche Treuhand idS ist demzufolge die sog **unechte** Treuhand oder **Ermächtigungstreuhand**, bei der Vollrechtsinhaber der Treugeber bleibt und der Treuhänder nur ermächtigt ist, über das Treugut nach Maßgabe der Treuhandabrede im eigenen Namen (§ 185 BGB) zu verfügen.³²⁹ Solange der Treuhänder nicht auf Grund seiner Ermächtigung verfügt hat, behält der Treugeber rechtlich und wirtschaftlich die Herrschaft über den Gegenstand, der deshalb bilanziell ihm zugeordnet bleibt.

180 Im Rahmen der echten Treuhandverhältnisse werden die **eigennützige Sicherungstreuhand** und die **uneigennützige Verwaltungstreuhand** unterschieden.³³⁰ Zur ersten Gruppe zählen die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung. Hier verfolgt der Treuhänder (Sicherungsnehmer) eigennützige Sicherungsinteressen. Demgegenüber wird die uneigennützige Verwaltungstreuhand im Interesse des Treugebers begründet. Paradigma ist die Vermögenspflegschaft, hierher gehören aber bspw auch die von Rechtsanwälten und Notaren geführten Anderkonten, die Sanierungstreuhand und die Inkassozeession (Abtretung „nur“ zum Zwecke der Einziehung der Forderung). Letztgenanntes Beispiel macht allerdings deutlich, dass die Übergänge fließend sind (denn der Inkassozeessionar verfolgt natürlich auch eigene [Vergütungs-]Interessen). Auch sind Mischformen (sog **doppelseitige Treuhand**) denkbar und ua bei Sicherheiten-Pool-Verträgen anzutreffen.

181 **Bilanzierung und Ausweis.** Treuhandvermögen (Treugut) ist, wenn ein bilanzrechtlich anzuerkennendes Treuhandverhältnis im Sinne der oben dargestellten Grundsätze gegeben ist, wenn also der Treuhänder zur Rückgabe des Treugutes verpflichtet ist („Rückfall“ des Treugutes, Rn 182),³³¹ er entsprechend der Treuhandabrede weisungsgebunden ist (Rn 183) und auf Rechnung und Gefahr des Treugebers handelt,³³² gemäß Abs 1 Satz 2 2. Hs entsprechend der wirtschaftlichen Zugehörigkeit in der **Bilanz des Treugebers** zu aktivieren. Das gilt auch in den Fällen der sog Vereinbarungstreuhand (Rn 178).³³³

182 Hinsichtlich des **Rückfalls des Treugutes** an den Treugeber sind verschiedene Fälle denkbar. Treuhandtypisch ist ein Rückgabeanpruch des Treugebers gegen den Treuhänder bei Beendigung oder Zweckerreichung des Treuhandverhältnisses. Soll das „Treugut“ demgegenüber nach Ablauf des „Treuhandverhältnisses“ nicht an die „Treugeber“ genannte Partei zurückgegeben werden, sondern beim „Treuhänder“ genannten Beteiligten verbleiben, liegt trotz entsprechender Bezeichnung keine echte Treuhand vor, sondern eine unechte Treuhand, die der Sache nach als Nutzungsüberlassung zu beurteilen ist (vgl auch Rn 179). Dasselbe gilt grds, wenn der „Treugeber“ nach Beendigung der „Treuhand“ keinen unbedingten Anspruch auf Rückgabe des Treugutes hat, sondern umgekehrt lediglich dem „Treuhänder“ ein Rückgaberecht eingeräumt ist, oder wenn der Treuhänder zwar zur Rückgabe verpflichtet ist, er aber eine Call-Option auf Erwerb des Treugutes hat. Bei dieser Sachlage hat es der „Treuhänder“ genannte Beteiligte in der Hand, das Gut zurückzugeben oder zu behalten, was für die Annahme einer Zurechnung des Treugutes zum Treugeber prinzipiell nicht ausreicht (vgl auch § 340 b Abs 3, 5). Etwas anderes (also Zurechnung beim Treugeber trotz bloßen Rückgaberechts oder Erwerbsoption des Treuhänders) gilt entsprechend den Grundsätzen für die Zurechnung von Bauten auf fremdem Grund und Boden (Rn 198 ff) und Leasingobjekten (siehe Rn 204 ff) dann, wenn der

³²⁸ BFH BStBl II 2010 S 590.

³²⁹ Vgl ADS Rn 276; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 13; Glade Praxishandbuch Rn 339.

³³⁰ Allg Gernhuber JuS 1988, 355; Henssler AcP 196 (1996), 37, 42 f.

³³¹ Vgl BFH BStBl II 1999 S 514; BFH BStBl II 2010 S 590.

³³² ADS Rn 280 f; Baumbach/Hopt/Merkt Rn 16; Staub/Kleindiek Rn 58; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 92; Mathews BB 1987, 642, 644; grds auch BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 9.

³³³ BFH BStBl II 1998 S 152; ADS Rn 282; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 92; teilweise aa BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 9.

Treugeber bei Beendigung des Treuhandverhältnisses zwar nicht in jedem Fall das Treugut selbst, wohl aber den vollen in ihm verkörperten Wert erhält (zB aufgrund einer „Abfindungsregelung“, wonach der Treuhänder bei Behalten des Treugutes dem Treugeber dessen Zeitwert zu zahlen hat). Denn dann stehen Substanz und Ertrag des Treuguts letztlich doch dem Treugeber zu, so dass ihm der wirtschaftliche Wert der Vermögensgegenstände zu jedem gedachten Zeitpunkt wirtschaftlich zusteht.³³⁴ Der Treugeber trägt bei dieser Sachlage einerseits das Risiko des Verlustes und der Wertminderung der Gegenstände, andererseits auch die Chance evtl Wertsteigerungen. Eine Erwerbsoption des Treuhänders führt als Gestaltungsrecht erst bei Ausübung der Option zur Umbuchung des Gutes.³³⁵

Weitere Voraussetzung für die Annahme einer Zurechnung des Treugutes beim Treugeber ist die **Weisungsgebundenheit** des Treuhänders. Der Treugeber muss das Treuhandverhältnis beherrschen.³³⁶ Das ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen, wobei auch rechtlich selbstständige Verträge bei dieser Gesamtbildbetrachtung zusammen gewürdigt werden. Sind dem Treuhänder nach der Treuhandabrede weitreichende Einwirkungsbefugnisse auf das Treugut eingeräumt, die über den Treuhandzweck hinausreichen, dann kommt trotz der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses als „Treuhand“ ein Ausweis des „Treugutes“ beim Treuhänder in Betracht. Denn ein „Vertragspartner, der nur mit Billigung und Wohlwollen des Treuhänders seine Rechte ausüben kann, ist kein das Treuhandverhältnis beherrschender Treugeber und damit nicht im bilanzrechtlichen Sinne Inhaber des Treugutes.“³³⁷ Sind bspw bei einer Treuhand über Beteiligungen an Gesellschaftsanteilen (dazu auch Rn 192) dem Treuhänder Einwirkungsrechte zugewiesen, die die gewöhnliche strategische Finanz- und Geschäftspolitik der Gesellschaft betreffen, dann spricht dies dafür, dass der Treuhänder das Treuhandverhältnis beherrscht.³³⁸ Denn die mit dem Innehaben von Gesellschaftsrechten verbundene „Herrschaftsposition“ wird maßgeblich durch die sog Verwaltungsrechte geprägt. Sie ermöglichen den Einfluss auf die Betätigung und Willensbildung in der Gesellschaft. Behält sich der „Treuhänder“ substantielle Einwirkungsbefugnisse auf die Leitung der Gesellschaft vor, kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass er als rechtlicher Inhaber der Gesellschaftsanteile durch den „Treugeber“ von der Einwirkung auf die Beteiligungen ausgeschlossen wäre. Kann der Treuhänder demgegenüber die Geschäftspolitik lediglich fremdnützig zum Vorteil des Treugebers bestimmen, liegt keine Beherrschung durch den Treuhänder vor.³³⁹ Unschädlich sind auch Einwirkungsrechte betreffend Grundlagenentscheidungen wie Veräußerungen von Geschäftsteilen oder Anschaffungen wesentlicher Vermögenswerte. Der Treuhänder verfolgt mit solchen Klauseln ein legitimes Sicherungsinteresse. Diese sind ihrem Gehalt nach treuhandtypische Schutzrechte (wie sie bspw auch bei der Sicherungsübertragung üblich sind) und nicht Mitwirkungsrechte.

Ist das Treugut nach den genannten Kriterien dem Treugeber zuzurechnen, muss das Treuhandverhältnis beim **Treuhänder erfolgsneutral** bleiben. Umstritten ist aber, ob und wenn ja wie das Treuhandverhältnis im Jahresabschluss des Treuhänders wenigstens nachrichtlich zu **vermerken** ist. Teilweise wird insoweit ein Ausweis „unter dem Strich“ (aber

³³⁴ Vgl auch Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 90: „Bei befristeter Nutzung ist Sache dem Nutzenden zuzurechnen, wenn ihm bei Beendigung Anspruch auf Ersatz des Zeitwertes zusteht“. Ferner BStBl II 1994 S 164, 166; BFH BStBl II 1997 S 774, 776; BFH BStBl II 2002, 741, 742 f (jeweils für die ähnlich gelagerte Problematik von Bauten auf fremdem Grund und Boden).

³³⁵ Vgl BFH BStBl II 1997 S 382, 383 (für den ähnlich gelagerten Fall eines vereinbarten Rücktrittsrechts).

³³⁶ Vgl BFH DStRE 2010, 494; BFH BB 1999, 2544, 2545; vgl ferner BFHE 170, 383, BStBl II 1994 S 615, 1993 S 1713; BFHE 166, 460 = BStBl II 1992 S 459.

³³⁷ So für § 39 AO BFH BB 1999, 2544, 2545.

³³⁸ Noch strenger St. Mayer S 153: Unschädlich für die Bilanzierung unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Eigentums seien nur Einflussmöglichkeiten des zivilrechtlich Berechtigten, die eine „Bagatellgrenze nicht überschreiten“; sobald sich aber ein „relevanter Einfluss“ abzeichne, habe im Zweifel eine Zurechnung zum zivilrechtlich Berechtigten zu erfolgen.

³³⁹ Vgl auch IDW RS HFA 2 Rn 53 f.

§ 246 185–188

1. Abschnitt. Vorschriften für alle Kaufleute

getrennt von dem nach § 251 vorgeschriebenen Vermerk),³⁴⁰ im Anhang oder in einer Vorspalte der Bilanz³⁴¹ gefordert. Richtigerweise ist ein solcher Hinweis im Jahresabschluss des Treuhänders aber rechtlich nicht vorgeschrieben, sondern nur zu empfehlen.³⁴² Eine Sonderregelung besteht gemäß § 6 RechKredV nur für Kreditinstitute.

185 Werden bei der Verwaltung von Treugut **Verbindlichkeiten** im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung übernommen, so sind diese gemäß **Abs 1 Satz 3** stets in der Bilanz des Treuhänders zu passivieren, obwohl sie das Unternehmen wirtschaftlich nicht belasten; ein entsprechender Ausgleichsanspruch ist zu aktivieren.³⁴³ Denn im Außenverhältnis zum Gläubiger ist der Treuhänder zur Zahlung verpflichtet, er trägt das Rückgriffsrisiko. Auch zum richtigen Liquiditätsausweis ist die Passivierung geboten; ferner – falls der Ausgleichsanspruch nicht vollwertig ist – zur richtigen Darstellung der Vermögenslage.

186 d) Pensionsgeschäfte. Begriff und Arten. Pensionsgeschäfte sind Geschäfte, durch die ein Pensionsgeber einen Vermögensgegenstand (zB Wechsel, Forderung oder Wertpapier) für begrenzte Zeit gegen Entgelt auf einen anderen (Pensionsnehmer) überträgt („in Pension gibt“).³⁴⁴ Pensionsgeschäfte werden vor allem von Kreditinstituten geschlossen, weshalb der Gesetzgeber in § 340 b die Bilanzierung von Pensionsgeschäften bei Kreditinstituten besonders geregelt hat. Die dort ausdrücklich normierten Zuordnungsregeln sind Ausdruck allgemeiner GoB und können auf Pensionsgeschäfte von Unternehmen anderer Geschäftszweige (die nicht Kreditinstitute sind) übertragen werden.³⁴⁵

187 Zu unterscheiden sind **echte und unechte Pensionsgeschäfte**. Bei ersteren ist der Pensionsnehmer verpflichtet, die „in Pension genommenen“ Vermögensgegenstände zu einem bestimmten oder vom Pensionsgeber zu bestimmenden Zeitpunkt wieder zurückzuübertragen (§ 304 b Abs 2). Nach hM ist es ausreichend, wenn vereinbarungsgemäß gleichartige Stücke hin- und her übertragen werden.³⁴⁶ Demgegenüber besteht bei einem unechten Pensionsgeschäft lediglich ein Rückgaberecht des Pensionsnehmers (§ 340 b Abs 3).³⁴⁷ Die Beurteilung, welche Art des Pensionsgeschäfts tatsächlich vorliegt, kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Die äußere Form erlaubt mitunter keine klare Zuordnung, weil vor allem im Verkehr zwischen Banken teilweise nur mündliche Abreden getroffen werden. Dann entscheiden hier wie sonst die Gesamtumstände.³⁴⁸ Für die Beurteilung als echtes Pensionsgeschäft ist es nicht notwendig, dass die Verpflichtung des Pensionsnehmers zur Rückübertragung bei Vertragsschluss bereits konkret festgelegt ist; es genügt, wenn der Pensionsgeber sich diesen Anspruch zB durch Ausübung eines Optionsrechtes verschaffen kann. Entscheidend ist, dass der Pensionsgeber auf jeden Fall in der Lage ist, sich den Gegenstand wieder zu verschaffen.³⁴⁹

188 Bilanzierung. Bei einem **echten Pensionsgeschäft** sind die Pensionsgegenstände entsprechend der Regel des § 340 b Abs 4 weiterhin in der **Bilanz des Pensionsgebers** zu

³⁴⁰ ADS Rn 287 ff, 293. Für „wesentliches Treuhandvermögen“ auch MüKoAktG/Kropff, 2. Aufl 2003, § 149 Rn 56 („um den Umfang des Treuhandgeschäfts und die mit ihm verbundene Haftung für die ordnungsmäßige Verwaltung deutlich zu machen“).

³⁴¹ So HdR/Kußmaul Kap I Rn 398; Beck HdR/Kreutziger B 775 Rn 45; Bonner HdR/Kupsch Rn 41.

³⁴² Baumbach/Hopt/Merkt Rn 16; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 11; Glade Praxishandbuch Teil I Rn 339; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 92 (Bilanzvermerk „kann zweckmäßig sein“).

³⁴³ ADS Rn 294; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 11.

³⁴⁴ Vgl Jahn S 15; vom Treuberg/ScharpfDB 1991, 1233 ff; Hinz BB 1995, 971 ff; zu möglichen Abgrenzungsproblemen, insbes zur Wertpapierleihe und zum Sachdarlehen, siehe ADS Rn 345 ff.

³⁴⁵ So ADS Rn 336; Baumbach/Hopt/Merkt Rn 17; Glade Praxishandbuch Teil I Rn 338; Kropff ZGR 1993, 41, 53; BilRecht/Thiele Rn 247; methodisch anders (Analogie), im Ergebnis aber wie hier Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 91; je mwN.

³⁴⁶ Vgl MüKoHGB/Böcking/Oldenburger § 340 b Rn 14 mwN.

³⁴⁷ Vgl Baumbach/Hopt/Merkt § 340 b Rn 1; BankR-HdB/Kienle § 105 Rn 18; Stobbe BB 1990, 518, 523; v. Treuberg/ScharpfDB 1991, 1233, 1236; zum gemischten Pensionsgeschäft siehe BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 24.

³⁴⁸ Vgl auch ADS Rn 335; Baumbach/Hopt/Merkt § 340 b Rn 1, Anh (7) BankGesch Rn J/5 und T/2; BankR-HdB/Kienle § 105 Rn 19.

³⁴⁹ BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 21; aA anscheinend Clemm WPg 1970, 177, 178.

aktivieren.³⁵⁰ Sie sind wirtschaftlich wie eine Sicherheit des Pensionsgebers für ein vom Pensionsnehmer gewährtes Darlehen anzusehen.³⁵¹ Die übertragenen Vermögensgegenstände verbleiben also bilanziell dem Pensionsgeber, der nach wie vor die Chancen und Risiken von Wertänderungen des Gegenstands trägt und dem in der Regel gemäß Vereinbarung sowohl die Nutzungen zustehen als auch die Lasten zufallen.³⁵² Die nach § 340 b Abs 4 Satz 4 bei Kreditinstituten außerdem verlangte Anhangsangabe des Buchwertes der in Pension gegebenen Vermögensgegenstände dürfte von anderen Kaufleuten allerdings nicht zu fordern sein;³⁵³ siehe aber bei § 285 Nr 1 lit b. – In Höhe des für die Übertragung erhaltenen Entgelts hat der Pensionsgeber eine Verbindlichkeit gegenüber dem Pensionsnehmer zu passivieren (§ 340 b Abs 4 Satz 2). – Der **Pensionsnehmer** hat entsprechend nur das von ihm gezahlte Entgelt als Forderung gegen den Pensionsgeber zu aktivieren (vgl § 340 b Abs 4 Satz 5). Den ihm übertragenen Vermögensgegenstand darf er nicht in seiner Bilanz ausweisen. Auch ein anderweitiger Vermerk (etwa „unter dem Strich“ oder im Anhang) ist nicht vorgeschrieben.³⁵⁴

Bei einem **unechten Pensionsgeschäft** sind die Vermögensgegenstände demgegenüber **189** in der **Bilanz des Pensionsnehmers** auszuweisen (vgl § 340 b Abs 5).³⁵⁵ Weil der Pensionsgeber nicht sicher mit der Wiedererlangung der Gegenstände rechnen kann, sind sie seiner Herrschaft auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise entzogen. Entsprechend erscheint auf der Passivseite der Bilanz des Pensionsgebers auch keine Verbindlichkeit mehr betreffend die Rückzahlung des für die Übertragung erhaltenen Betrags (§ 340 b Abs 4 Satz 2). Das ist dann unbefriedigend, wenn der Pensionsgeber den Gegenstand auf Verlangen des Pensionsnehmers jederzeit bei sofortiger Zahlung zurücknehmen muss. Daher verpflichtet § 340 b Abs 5 Satz 2 Kreditinstitute zu einer Angabe des für den Fall der Rückübertragung vereinbarten Betrages unter der Bilanz. So wird die bei Rücknahme drohende Liquiditätsbelastung gezeigt. Bei Nicht-Banken hat der Liquiditätsausweis nicht die gleiche Bedeutung. Sie sind zu einem solchen Vermerk daher nicht verpflichtet.³⁵⁶ Kapitalgesellschaften haben jedoch die Höhe der Verpflichtung nach § 285 Nr 3 im Anhang anzugeben.³⁵⁷ – Im Hinblick auf das Rückgaberecht des Pensionsnehmers ist eine **Gewinnrealisierung** beim Pensionsgeber beim unechten Pensionsgeschäft ausgeschlossen, siehe Rn 56.³⁵⁸

e) Wertpapierleihe/Sachdarlehen. Begriff, Abgrenzung zum Pensionsgeschäft. 190 Während das Pensionsgeschäft rechtlich als Kauf mit fester Rückkaufsvereinbarung auf Termin (so beim echten Pensionsgeschäft) oder mit Rückkaufsrecht (unechtes Pensionsgeschäft) zu bewerten ist,³⁵⁹ liegt bei der Wertpapierleihe ein **Sachdarlehen** vor (§ 607 Abs 1 BGB). Der Darlehensgeber erhält nicht den Wert der „verliehenen“ Wertpapiere als Kaufpreis (gegen Rückzahlungspflicht), sondern die vereinbarten Darlehenszinsen. Damit trägt er – anders als bei Pensionsgeschäften – das Bonitätsrisiko seines Partners.

Bilanzierung. Die Wertpapierleihe ist nicht wie ein (echtes) Pensionsgeschäft,³⁶⁰ sondern **191** als Sachdarlehen zu bilanzieren,³⁶¹ dh der Gegenstand des Sachdarlehens ist **beim**

³⁵⁰ ADS Rn 336 ff; Staub/Kleindiek Rn 62; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 91; krit HdJ/Lutz Abt I/4 Rn 65.

³⁵¹ Baumbach/Hopt/Merkel § 340 b Rn 4.

³⁵² So ADS Rn 338 ff; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 22.

³⁵³ ADS Rn 342.

³⁵⁴ Vgl ADS Rn 343, die darauf hinweisen, dass die Beziehungen des Pensionsnehmers zu dem Pensionsgut teilweise noch enger als bei Treuhandverhältnissen sein können.

³⁵⁵ Staub/Kleindiek Rn 62.

³⁵⁶ Wie hier ADS Rn 344 mit Hinweis darauf, dass eine solche Verpflichtung auch nicht aus § 251 S 1 hergeleitet werden kann.

³⁵⁷ v. Treuberg/Scharpf DB 1991, 1233, 1237; Hinz BB 1995, 971, 973.

³⁵⁸ Siehe ferner ADS Rn 344 aE; IDW ERS HFA 13 Rn 24; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 91 (Gewinnrealisierung im Hinblick auf das Rückgaberecht ausgeschlossen).

³⁵⁹ Vgl Baumbach/Hopt Anh (7) BankGesch Rn J/5; BankR-HdB/Kienle § 105 Rn 12 f; je mwN.

³⁶⁰ So aber Prahl/Naumann WM 1992, 1173, 1180 (dh Ausweis des Gegenstands beim Darlehensgeber); ferner Knobbe-Keuk S 70 f.

³⁶¹ ADS Rn 356; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 150; BeBiKo/Kozikowski/Schubert § 253 Rn 55.

Darlehensnehmer zu Eigentum einzubuchen gegen Passivierung einer entsprechenden Rückgabepflichtung. Der Darlehensgeber bucht den Gegenstand zum Buchwert aus und eine entsprechende Darlehensforderung ein;³⁶² die Forderung ist zum Buchwert des übertragenen Vermögensgegenstands anzusetzen, weshalb der Vorgang erfolgsneutral bleibt.³⁶³

192 **f) Kapitalgesellschaftsanteile.** Das wirtschaftliche Eigentum an einem Kapitalgesellschaftsanteil geht auf einen Erwerber über, wenn der Käufer des Anteils (1) aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und (2) die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen (Verwaltungs- und Vermögens-)Rechte (insbesondere Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht, siehe Rn 183) sowie (3) Risiko und Chance von Wertveränderungen auf ihn übergegangen sind. Danach erlangt wirtschaftliches Eigentum, wer nach dem Inhalt der getroffenen Abrede alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte, insbesondere Gewinnbezugs- und Stimmrecht) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann.³⁶⁴ Besteht die Position eines Gesellschafters allein in der gebundenen Mitwirkung an einer inkongruenten Kapitalerhöhung, vermittelt sie kein wirtschaftliches Eigentum iSv Abs 1 Satz 2 (und § 39 Abs 2 Nr 1 AO) an einem Gesellschaftsanteil.³⁶⁵

193 **g) Kommissionsgeschäfte.** Kommissionsgut (§§ 383 ff) ist **beim Kommittenten** zu bilanzieren.³⁶⁶ Für die **Verkaufskommission** folgt das schon aus Abs 1 Satz 2 1. Hs, weil der Kommissionär hier im Regelfall nicht Eigentümer der Kommissionsware wird, das Eigentum vielmehr beim Kommittenten verbleibt und der Kommissionär gemäß § 185 BGB (mit Einwilligung des Berechtigten) verfügt.³⁶⁷ Bei der **Einkaufskommission** erwirbt der Kommissionär zwar grds³⁶⁸ Eigentum an der eingekauften Ware, die er an den Kommittenten weiterzugeben hat (§ 384 Abs 2). Der Erwerb des Kommissionärs ist aber nur ein Zwischenerwerb, er handelt für Rechnung und Risiko des Kommittenten. Das Kommissionsgut ist daher gemäß Abs 1 Satz 2 2. Hs auch bei der Einkaufskommission Aktivum des Kommittenten.³⁶⁹ Zu bilanzieren ist zu dem Zeitpunkt, zu dem der Kommissionär die Verfügungsmacht oder Gefahr erlangt. Kennt der Kommittent diesen Zeitpunkt nicht, kann er sich an der vom Kommissionär zu erstellenden Abrechnung orientieren.³⁷⁰ Der Kommissionär seinerseits bilanziert die von ihm gelagerte Ware nicht, sondern aktiviert die Forderungen gegen den Kommittenten (auf Provisionszahlung und Aufwendungsersatz, § 396; §§ 675 Abs 1, 670 BGB) und passiviert die Verbindlichkeit gegenüber dem Verkäufer der Kommissionsware.³⁷¹ – Die Delkrederhaftung des Kommissionärs gemäß § 394 ändert nichts an der Zurechnung des Kommissionsguts zum Kommittenten.

194 **h) Factoring.** Beim Factoring überträgt ein Factoring-Kunde (Gläubiger, Zedent) seine Forderungen durch (vorweggenommene Global-)Zession an den Factor (Zessionar). Dieser vergütet dem Kunden sofort den Gegenwert der Forderungen abzüglich einer Provision (Finanzierungs- und Dienstleistungsfunktion des Factoring). Wegen der **verschiedenen**

³⁶² Baumbach/Hopt/Merkel Rn 18.

³⁶³ ADS Rn 358 f; Häuselmann S 37.

³⁶⁴ BFH BStBl II 2009 S 140 unter II. 2.; BFH BStBl II 2007 S 296; BFH BStBl II 2012 S 3; St. Mayer S 65 ff.

³⁶⁵ BFH BStBl II 2012 S 3.

³⁶⁶ ADS Rn 306 ff; Baumbach/Hopt/Merkel Rn 15; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 17 f; Glade Praxishandbuch Teil I Rn 335; Staub/Kleindiek Rn 59; HdR/Kußmaul Kap I Rn 398; BilRecht/Thiele Rn 239 f; Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh GmbHG, 18. Aufl 2006, § 42 Rn 91.

³⁶⁷ Baumbach/Hopt § 383 Rn 17.

³⁶⁸ Zu den denkbaren Gestaltungen zB Baumbach/Hopt § 383 Rn 15.

³⁶⁹ ADS Rn 308; Baumbach/Hopt/Merkel Rn 15; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 19; HdR/Kußmaul Kap I Rn 398.

³⁷⁰ ADS Rn 309; BeBiKo/Förschle/Kroner Rn 19; Rowedder/Wiedmann GmbHG, 3. Aufl 1997, Anh I nach § 42 a Rn 21.

³⁷¹ ADS Rn 308; Rowedder/Wiedmann GmbHG, 3. Aufl 1997, Anh I nach § 42 Rn 21.