

StB Dr. Uwe Schimmelschmidt / StB Dr. Peter Happe, C.P.A., Düsseldorf

Off-Balance-Sheet-Finanzierungen am Beispiel der Bilanzierung von Leasingverträgen im Einzelabschluss und im Konzernabschluss nach HGB, IFRS und US-GAAP

I. Einleitung

Die Finanz- und Kapitalmärkte verlangen von börsennotierten, immer häufiger aber auch von nicht-börsennotierten Unternehmen im Hinblick auf die Kapitalkosten eine Optimierung der (Konzern-)Bilanzstruktur. Dieses Erfordernis ist durch „Basel II“ noch verschärft worden, nach dem Banken die Kreditnehmer künftig vor der Kreditvergabe und während der Kreditlaufzeit einem Rating unterziehen müssen, in das gewöhnlich Bilanzstrukturkennzahlen wie die Eigenkapitalquote, die Gesamtkapitalrendite und der Verschuldungsgrad eingehen¹. Zu den bedeutendsten Maßnahmen zur Verbesserung der Bilanzstruktur gehört das sog. Off-Balance-Sheet-Financing, bei dem von einem Unternehmen genutzte Vermögensgegenstände sowie das zu deren Finanzierung notwendige Fremdkapital nicht in der (Konzern-)Bilanz dieses Unternehmens (sog. Sponsor, der auch als Initiator oder Originator bezeichnet wird), sondern in der Bilanz von Objektgesellschaften² ausgewiesen werden. Off-Balance-Sheet-Financing-Maßnahmen haben einen bilanzverkürzenden Effekt, der letztlich zur Erhöhung der Eigenkapitalquote und zur Verbesserung der ausgewiesenen Gesamtkapitalrendite führt.

Voraussetzung für ein Off-Balance-Sheet-Financing mithilfe von Objektgesellschaften ist es,

- dass die zivilrechtlich von der Objektgesellschaft gehaltenen Aktiva ihr auch wirtschaftlich zugerechnet werden können, damit die Vermögensgegenstände in der Bilanz der Objektgesellschaft und nicht des Sponsors ausgewiesen werden (*derecognition*), und
- dass die Objektgesellschaften nicht im Konzernabschluss des Sponsors vollkonsolidiert werden müssen (*deconsolidation*). Dies hätte zur Folge, dass die Aktiva und Schulden der Objektgesellschaft in der Konzernbilanz des Initiators ausgewiesen würden, was den Zweck eines Off-Balance-Sheet-Financing konterkarieren würde.

Zu den typischen Off-Balance-Sheet-Financing-Maßnahmen mithilfe von Objektgesellschaften gehören z. B. Asset-Backed-Securitisations³, Projektfinanzierungen⁴ und v. a. Leasingfinanzierungen.

In diesem Beitrag wird am Beispiel von in der Praxis typischerweise anzutreffenden Leasingfinanzierungen mit Leasing-Objektgesellschaften die Zurechnung von Leasinggegenständen und die

Konsolidierung von Objektgesellschaften in den Bilanzrechtskreisen HGB, IFRS und US-GAAP dargestellt.

II. Off-Balance-Sheet-Financing mithilfe von Leasing-Objektgesellschaften

In der deutschen Leasing-Praxis sind im Wesentlichen die folgenden zwei Modelle anzutreffen:

Beim *Grundfall* wird der Leasinggegenstand von einer Objektgesellschaft erworben, die von einer Leasinggesellschaft nur mit einem Mindesteigenkapital ausgestattet wird. Die Objektgesellschaft schließt als Leasinggeber mit dem Initiator als Leasingnehmer einen Leasingvertrag ab, der so gestaltet ist, dass der Leasinggegenstand der Objektgesellschaft zugerechnet wird. Einziger Gesellschafter der Objektgesellschaft ist die Leasinggesellschaft, mit der zugleich ein Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen wird. Die Objektgesellschaft finanziert den Objekterwerb durch ein rückgriffsloses (*non-recourse*-)Darlehen eines Kreditinstituts oder alternativ bzw. ergänzend durch den Verkauf der Leasingforderungen (Forfaitierung).

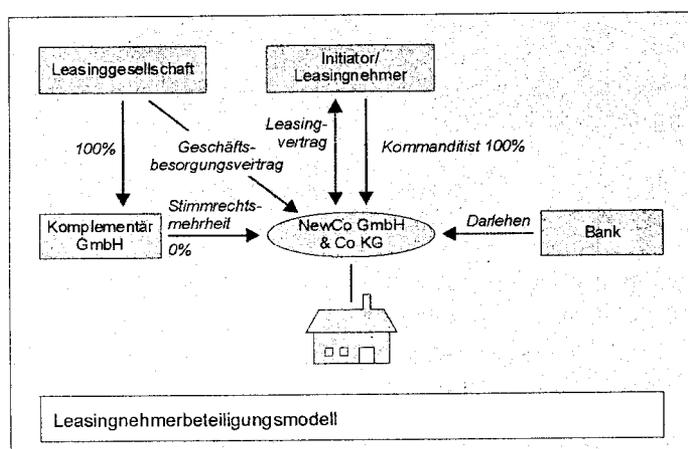
Beim *Leasingnehmerbeteiligungmodell* (Einbringungs- oder Leasingnehmer-Beteiligungsmodell⁵) hat die Leasing-Objektgesellschaft gewöhnlich die Rechtsform einer GmbH & Co. KG. Einziger Kommanditist ist der Leasingnehmer, der i. d. R. entweder zu 100% oder zu 94% an der Objektgesellschaft beteiligt ist. Einziger Gesellschafter der nicht oder nur in geringem Umfang

Dipl.-Kfm. Dr. Uwe Schimmelschmidt ist Partner und Steuerberater im Düsseldorfer Büro von Clifford Chance. Dipl.-Kfm. Dr. Peter Happe ist Steuerberater und C.P.A. (New York) im Düsseldorfer Büro von Clifford Chance.

- 1... Vgl. Rauschenbach, BB 2002, Leasing-Beilage 5, S. 1.
- 2... Oftmals auch als Zweckgesellschaften, Special Purpose Entities (SPE), Special Purpose Vehicles (SPV) oder Single Purpose Vehicles bezeichnet.
- 3... Vgl. Grummert/Trapp, IWB F. 3 S. 1603.
- 4... Vgl. Reuter, Bilanzneutrale Gestaltung von Projektfinanzierungen nach GoB, Leasingregeln und US-GAAP, BB 2000 S. 659; Schruoff/Rothenburger, WPrG. 2002 S. 756 f.
- 5... Vgl. Leukel, DB 2002 S. 1852.

vermögensmäßig beteiligten Komplementär-GmbH ist eine Leasinggesellschaft. Dieser steht über die Komplementär-GmbH die Mehrheit der Stimmrechte sowie die Geschäftsführung an der Objektgesellschaft zu. Über die Verwaltung der Objektgesellschaft wird zwischen dieser und der Leasinggesellschaft ein Geschäftsbesorgungsvertrag geschlossen. Die Beteiligung des Leasingnehmers an der Objektgesellschaft hat im Regelfall allein steuerliche Gründe: Sie ermöglicht es dem Leasingnehmer, Wirtschaftsgüter (i. d. R. Grundstücke) ohne Steuerbelastung durch Einbringung oder Verkauf auf die Objektgesellschaft zu übertragen. Die Finanzierung der Objektgesellschaft erfolgt wie im Grundfall durch Bankdarlehen oder die Forfaitierung von Leasingraten. I. d. R. beträgt die Summe der Eigenkapitalkonten des Kommanditisten nach Anschaffung oder Einlage des Leasingobjekts und Entnahme des Einlagegegenwerts nahezu null.

Bei beiden Modellen kann der Leasingnehmer der Objektgesellschaft zusätzlich Mieterdarlehen gewähren. Bei Verträgen mit Kaufoption des Leasingnehmers (i. d. R. Immobilienleasing) dient das Mieterdarlehen im Regelfall der Finanzierung und Absicherung des auf das Ende des Leasingvertrags kalkulierten Restwerts des Leasinggegenstands.



Der Erwerb des Leasinggegenstands über eine Objektgesellschaft (anstelle des alternativen Direkterwerbs durch die i. d. R. hinter der Objektgesellschaft stehende Leasinggesellschaft) erfolgt insbesondere aus den folgenden Gründen:

- Durch den Erwerb über eine Objektgesellschaft kann eine Haftungsabschirmung der hinter der Objektgesellschaft stehenden Leasinggesellschaft erreicht werden. Eine Insolvenz des Leasingnehmers schlägt nicht auf die Leasinggesellschaft durch, das Risiko der Leasingnehmerinsolvenz trägt die Objektgesellschaft und damit im Ergebnis die refinanzierende Bank.
- In gleicher Weise kann das Risiko, bei einer Verwertung des Leasinggegenstands einen unter dem kalkulierten Restwert liegenden Veräußerungserlös zu erzielen (Restwertrisiko), durch den Einsatz von Objektgesellschaften auf die finanzierende Bank verlagert werden, die bei einer 100%igen Fremdfinanzierung der Objektgesellschaft in vollem Umfang das Restwertrisiko trägt.
- Oftmals sind auch steuerliche Gründe mitentscheidend für den Erwerb über Objektgesellschaften, da nur so bestimmte steuerliche Vorteile wie die erweiterte Kürzung beim Immobilienleasing (§ 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG) oder die steuerneutrale Übertragung des Leasinggegenstands beim Leasingnehmerbeteiligungsmodell (§ 6 Abs. 5, § 6b EStG, § 5 GrEStG) erreicht werden können⁶.

III. Behandlung von Leasing-Objektgesellschaften im HGB-Konzernabschluss

1. Zurechnung von Leasinggegenständen

Zivilrechtlicher Eigentümer bleibt beim Leasing stets der Leasinggeber, der dem Leasingnehmer den Leasinggegenstand lediglich zeitlich befristet zur Nutzung gegen Entgelt überlässt. Allerdings kann durch die Vielzahl der Gestaltungselemente eine Chancen-Risiken-Verteilung bei Leasingverträgen erreicht wer-

den, die dazu führt, dass der Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer des Leasinggegenstands wird. Handelsrechtlich sind Leasinggegenstände grundsätzlich immer bei dem wirtschaftlichen Eigentümer auszuweisen. Hierbei folgt das Handelsbilanzrecht üblicherweise den durch den BFH entwickelten steuerrechtlichen Grundsätzen der Zurechnung von Leasinggegenständen, da diese eine eindeutige wirtschaftliche und auch für die Handelsbilanz vertretbare Zurechnung zulassen⁷. Nach der Rspr. des BFH ist wirtschaftlicher Eigentümer derjenige, dem Besitz, Gefahr, Nutzen und Lasten zuzurechnen sind⁸. Dies ist derjenige, der vollständig und dauerhaft die werthaltige Entscheidungsbefugnis über die Art der Ertragserzielung und die Verwendung der Substanz eines Wirtschaftsguts innehat⁹.

Die wirtschaftliche Zurechnung von Leasinggegenständen ist von der Finanzverwaltung – der höchstrichterlichen Finanzrechtsprechung folgend¹⁰ – in den Leasingerlassen für Finanzierungsleasingverträge, die während einer Grundmietzeit nur aus außerordentlichem Grund gekündigt werden können, typisierend geregelt worden¹¹. Bei Finanzierungsleasingverträgen wird zwischen den in der Praxis eher unbedeutenden Vollamortisationsverträgen¹², bei denen die Leasingraten während der Grundmietzeit die Anschaffungskosten und die Finanzierungskosten des Leasinggebers decken, und den Teilamortisationsverträgen¹³ unterschieden. Die Zurechnung des Leasinggegenstands ist besonders von den weiteren Vertragselementen wie Kaufoptionen, Mietverlängerungsoptionen, Aufteilung des Restverkaufserlöses, Andienungsrechte etc. abhängig, wobei es auf die vereinbarte Chancen-Risiken-Verteilung am Ende der Grundmietzeit (sog. Endschaftsregelungen) ankommt¹⁴.

Bei der Zurechnung des Leasinggegenstands liegt folgender Chancen-Risiken-Ansatz zugrunde: Nur dann, wenn dem Leasingnehmer die vorhersehbaren Wertsteigerungschancen und die Wertminderungsrisiken aus der Substanz des Leasinggegenstands einschließlich Restverkaufserlös sowie der laufende Ertrag (nahezu vollständig) zustehen, ist der Leasinggegenstand ihm zuzurechnen. In allen anderen Fällen ist der Leasinggegenstand dem Leasinggeber zuzurechnen¹⁵. Die Vertragspraxis sieht dabei im Regelfall vor, dass der Leasingnehmer entweder die Restwertchance hat (z. B. beim Immobilienleasing aufgrund einer Kaufoption) oder alternativ das Restwertisiko trägt (z. B. bei Mobilien über ein dem Leasinggeber gewährtes Andienungsrecht).

- 6... Zur steuerlichen Vorteilhaftigkeitsbeurteilung von Leasingverträgen vgl. *Schimmelschmidt*, Finanzierungsleasing, 1994.
- 7... Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, 6. Aufl., § 246 HGB, Rdn. 392; *Gelhausen/Gelhausen*, in: v. Wyszocki/Schulze-Osterloh, HdJ, Stand Juni 2004, Abt. I/5, Rdn. 29.
- 8... Vgl. z. B. BFH-Urteil vom 22. 8. 1984 I R 198/80, BStBl. II 1985 S. 126; BFH-Urteil vom 7. 11. 1991 IV R 43/90, BStBl. II 1992 S. 398 = DB 1992 S. 1502.
- 9... Vgl. *Mellwig/Weinstock*, DB 1996 S. 2347; BFH-Urteil vom 30. 5. 1984 I R 146/81, BStBl. II 1984 S. 827; *Bordewin/Tonner*, Leasing im Steuerrecht, 4. Aufl., Rdn. 55.
- 10... Vgl. z. B. BFH-Urteil vom 26. Januar 1970 IV R 144/66, BStBl. II 1970, S. 264.
- 11... Vgl. *Gelhausen/Gelhausen*, a.a.O. (Fn. 7), Rdn. 2. Von Finanzierungsleasing im eigentlichen Sinn kann nur gesprochen werden, wenn das Finanzierungsrisiko und die Objekt Risiken weitgehend auf den Leasinggeber verlagert sind.
- 12... Vgl. BMF-Schreiben vom 19. 4. 1971 S – 2172 A – 1/67, BStBl. I 1971, S. 264, für Mobilien und BMF-Schreiben vom 21. 3. 1972 S – 2252 A – 2/68, BStBl. I 1972, S. 188, für Immobilien.
- 13... Vgl. BMF-Schreiben vom 22. 12. 1975 IV B 2 – 2170 – 161/73, DB 1972 S. 795, für Mobilien und BMF-Schreiben vom 23. 12. 1991 IV B 2 – S – 2170 – 161/73, BStBl. I 1992 S. 13 = DB 1992 S. 112, für Immobilien.
- 14... Vgl. *Bordewin*, NWB, F. 17 S. 1448; *Gelhausen/Gelhausen*, a.a.O. (Fn. 7), Rdn. 34 bis 42.
- 15... Vgl. BFH vom 30. 5. 1984, a.a.O. (Fn. 9); *Findeisen*, in *Büschgen*, Praxishandbuch Leasing, 1998, § 181, Rdn. 39 bis 41; *Ullrich*, in: *Büschgen*, a.a.O., § 101, Rdn. 10 f.; *Gondert/Schimmelschmidt*, BB 1996, S. 1745 f.

Regelmäßig werden Leasingverträge erlasskonform so gestaltet, dass der betreffende Leasinggegenstand der Objektgesellschaft bilanziell zugerechnet wird. Die Objektgesellschaft weist in ihrer Bilanz den Leasinggegenstand und die zur Finanzierung des Leasinggegenstands aufgenommenen Darlehen aus.

2. Einbeziehung von Objektgesellschaften in den Konsolidierungskreis

Nach deutschem Konzernbilanzrecht muss ein Mutterunternehmen, das eine Beteiligung nach § 271 Abs. 1 HGB an einem anderen Unternehmen (Tochterunternehmen) hält, dieses vollkonsolidieren, wenn das Tochterunternehmen unter der einheitlichen Leitung des Mutterunternehmens steht (Konzept der einheitlichen Leitung, § 290 Abs. 1 HGB) oder von diesem beherrscht wird (Control-Konzept, § 290 Abs. 2 HGB).

Einheitliche Leitung (§ 18 AktG) liegt vor, wenn eine unternehmerische Leitung des Tochterunternehmens ausgeübt wird, die über die participationsverwaltung hinausgeht, die Geschäftspolitik des Tochterunternehmens auf die Geschäftspolitik des Gesamtkonzerns abgestimmt ist¹⁶ und das Einzelinteresse des Tochterunternehmens dem Gesamtinteresse des Konzerns untergeordnet ist¹⁷. Darüber hinaus muss die einheitliche Leitung nachhaltig und nicht nur im Einzelfall ausgeübt werden¹⁸. Wenn überhaupt, nimmt der Leasingnehmer im Zeitpunkt der Gründung der Objektgesellschaft und bei der Auswahl und Anschaffung des Leasinggegenstands aktiv Einfluss auf die Objektgesellschaft. Danach tritt er in die passive Rolle eines Leasingnehmers zurück. Regelmäßig werden Leasing-Objektgesellschaften wie im *Grundfall* und *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* von einer Leasinggesellschaft entweder aufgrund ihrer Komplementärstellung und/oder durch vertragliche Vereinbarung geführt. Aus § 290 Abs. 1 HGB kann daher eine Pflicht zur Vollkonsolidierung einer Leasing-Objektgesellschaft beim Leasingnehmer nicht abgeleitet werden.

Nach dem Control-Konzept ist ein Tochterunternehmen dann vollzuzukonsolidieren, wenn dem Mutterunternehmen¹⁹

1. die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht,
2. das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzurufen, und es gleichzeitig Gesellschafter ist, oder
3. das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss aufgrund eines mit diesem Unternehmen geschlossenen Beherrschungsvertrags oder aufgrund einer Satzungsbestimmung dieses Unternehmens auszuüben.

Auch danach wird im Regelfall eine Konsolidierung der Objektgesellschaft beim Leasingnehmer nicht in Betracht kommen, da dieser entweder überhaupt nicht an der Objektgesellschaft beteiligt ist (*Grundfall*) oder aber ihm trotz Kapitalbeteiligung (*Leasingnehmerbeteiligungsmodell*) nicht die Mehrheit der Stimmrechte oder sonstige Kontrollrechte zustehen.

3. Konsolidierung aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung

a) Chancen-Risiken-Konzept

Auch wenn eine Konsolidierung der Objektgesellschaft beim Leasingnehmer nach den oben genannten Kriterien nicht möglich ist, wird in Literatur und Prüfungspraxis seit geraumer Zeit in zunehmendem Maß die Konsolidierung von Objektgesellschaften gefordert: Nach dieser im Wesentlichen auf *Gelhausen/Gelhausen* zurückgehenden Auffassung soll eine Leasing-Objektgesellschaft vom Leasingnehmer auch dann zu konsolidieren sein, wenn ihm zwar formalrechtlich die einheitliche Leitung und die Beherrschung der Leasinggesellschaft nicht zusteht, ihm indessen die Chancen – v. a. aus dem Restverkaufserlös – und die Risiken aus dem Leasinggegenstand – z. B. über eine erhebliche gesellschaftsrechtliche Einlage des Leasingnehmers bei der Leasingobjektgesellschaft – zuzurechnen sind²⁰. Diskutiert wird

dabei insbes. das *Leasingnehmerbeteiligungsmodell*, bei dem der Leasingnehmer in erheblichem Umfang an der Objektgesellschaft beteiligt ist.

Gelhausen/Gelhausen leiten eine Zurechnung der Stimmrechte zum Leasingnehmer aus einer fingierten – faktisch und juristisch nicht vorhandenen – Treuhand-Abrede im Sinn von § 290 Abs. 3 Satz 1 HGB ab. Danach sind einem Mutterunternehmen solche Rechte an einem Tochterunternehmen zuzurechnen, die – etwa von einem Treuhänder – für Rechnung des Mutterunternehmens gehalten werden. Wenn daher dem Leasingnehmer im Leasingnehmerbeteiligungsmodell als Kommanditisten der Restverkaufserlös aus dem Leasinggegenstand (nahezu) vollständig zustehe und er somit Träger von Chancen und Risiken sei, fehle es an einem eigenwirtschaftlichen Interesse der Leasinggesellschaft. Deshalb sei die Stimmrechtsmehrheit der Komplementär-GmbH (der Leasinggesellschaft) an der Objektgesellschaft dem Leasingnehmer wirtschaftlich zuzurechnen. Der Leasingnehmer partizipiere zwar nicht schuldrechtlich über den Leasingvertrag, wohl aber gesellschaftsrechtlich als Gesellschafter der Objektgesellschaft an den Chancen und Risiken des Leasinggegenstands. Insofern liege eine asymmetrische Verteilung zwischen Leasingnehmer und Leasinggesellschaft im Hinblick auf die Stimm- und Vermögensrechte an der Objektgesellschaft vor, die bei der Konsolidierung zu berücksichtigen sei²¹. Dabei wird offenbar davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber durch § 290 Abs. 3 Satz 1 HGB neben dem vorgenannten Konzept der einheitlichen Leitung und dem Control-Konzept ein Chancen-Risiken-Konzept bei der Feststellung eines Mutter-Tochter-Verhältnisses im HGB kodifiziert habe. Nach diesem Chancen-Risiken-Konzept soll bei asymmetrischer Stimmrechts- und Vermögensrechtsverteilung diejenige Partei, die die meisten Chancen und Risiken aus einer Objektgesellschaft trägt, diese auch konsolidieren müssen. Dass die Stimmrechtsmehrheit der Leasinggesellschaft zusteht, ist nach dieser Auffassung außer Acht zu lassen.

Ausgeklammert von dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise wäre somit das *Grundmodell* ohne Beteiligung des Leasingnehmers an dem Restwertisiko – in diesem Fall würde u. E. eine Konsolidierung beim Leasingnehmer bereits schon an der fehlenden Beteiligung i. S. des § 271 HGB scheitern müssen – weil aufgrund der bestehenden Chancen-Risiken-Verteilung ein ausreichendes eigenwirtschaftliches Interesse der Leasinggesellschaft bzw. dritter Investoren unterstellt werden kann²². Aus gleichem Grund müsste aber auch dann, wenn der Leasingnehmer eine Kaufoption auf den Leasinggegenstand oder auf die Anteile an der Objektgesellschaft hat, eine Konsolidierung ausgeschlossen sein, weil der Leasingnehmer in diesem Fall kein Restwertisiko zu tragen hat.

b) Wesentliches Eigeninteresse der Leasinggesellschaft

In der Praxis wird dagegen gelegentlich mit Blick auf *Gelhausen/Gelhausen* irrtümlich beim *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* eine Vollkonsolidierung der Objektgesellschaft durch den Leasingnehmer allein deshalb verlangt, weil sich dieser an der Leasingobjektgesellschaft als Kommanditist beteiligt. *Gelhausen/Gelhausen* stellen jedoch ausdrücklich klar, dass auch dann,

16... Vgl. Deutscher Bundestag, BT-Drucks. 4/171, S. 101.

17... Vgl. *Baetge/Kirsch/Thiele*, Konzernbilanzen, 5. Aufl., S. 86.

18... Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, a.a.O. (Fn. 7), § 18 AktG, Rdn. 40.

19... Gilt grundsätzlich auch für Mutterunternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft i. S. von § 264a HGB wie GmbH & Co. KG.

20... Vgl. *Gelhausen/Gelhausen*, a.a.O. (Fn. 7), Rdn. 170 bis 177; *Maas/Schruff*, in: FS Havermann, 1995, S. 427 bis 431; *Adler/Düring/Schmaltz*, a.a.O. (Fn. 7), § 290 HGB, Rdn. 139; *Mellwig*, BB 2000 Beil. 1 S. 26.

21... Vgl. *Maas/Schruff*, a.a.O. (Fn. 20), S. 430.

22... Vgl. *Gelhausen/Gelhausen*, a.a.O. (Fn. 7), Rdn. 175; *Maas/Schruff*, a.a.O. (Fn. 20), S. 430 f.

wenn eine Objektgesellschaft in der Rechtsform einer KG geführt wird und der Leasingnehmer nur mit einer verhältnismäßig geringen (Pflicht-)Einlage als Kommanditist beteiligt ist, ein ausreichendes Eigeninteresse der Leasinggesellschaft als Komplementärin besteht²³. Als Kommanditist wird der Leasingnehmer an den Wertminderungsrisiken des Leasinggegenstands und letztlich an den Verlusten der Leasingobjektgesellschaft nur i. H. der minimalen Kommanditeinlage beteiligt. Sinkt z. B. der Restverkaufserlös am Ende der Laufzeit des Leasingvertrags unter den Restbuchwert, geht dies zunächst zulasten des Komplementärs und danach bei non-recourse-Finanzierung vollständig zulasten der Kreditgeber. Somit käme eine Konsolidierung durch den Leasingnehmer nicht in Betracht, denn dem Leasingnehmer stünden nicht alle wesentlichen Chancen und Risiken aus dem Leasinggegenstand zu. Eine Konsolidierung der Leasingobjektgesellschaft würde in diesen Fällen zu einer Umkehrung des Chancen-Risiken-Konzepts führen, das den Zurechnungsgrundsätzen von Leasinggegenständen im Jahresabschluss zugrunde liegt. Dieses Konzept setzt voraus, dass die wesentlichen Chancen und Risiken aus der Substanz und dem Ertrag des Leasinggegenstands bei dem Leasingnehmer liegen müssen, damit ihm der Leasinggegenstand zugerechnet wird.

Etwas anderes würde nach *Gelhausen/Gelhausen* dann gelten, wenn der Leasingnehmer als Vollhafter an einer Objektgesellschaft in der Rechtsform einer GbR bzw. OHG beteiligt wäre und er auch für die Wertminderungsrisiken des Leasinggegenstands einstehen müsste. In diesen in der Praxis allerdings seltenen Fällen und darüber hinaus in jenen Fällen, in denen der Leasingobjektgesellschaft zusätzlich ein wesentliches nachrangiges Mieterdarlehen durch den Leasingnehmer zur Verfügung gestellt wird, welches faktisch Eigenkapital darstellt und zum Ausgleich der Wertminderung des Leasinggegenstands dient, würde der Leasingnehmer letztlich sowohl Wertsteigerungschance und Wertminderungsrisiko tragen. Nur in solchen Fällen käme nach dieser Auffassung eine Konsolidierung der Leasingobjektgesellschaft bei dem Leasingnehmer in Betracht.

Unschärf ist freilich die Grenze, ab der eine Vollkonsolidierung durch den an der Leasingobjektgesellschaft als Vollhafter oder über eine wesentliche Kapitaleinlage oder ein Mieterdarlehen wirtschaftlich beteiligten Leasingnehmer unterbleiben kann, weil ein wesentliches eigenwirtschaftliches Interesse der Leasinggesellschaft zu unterstellen ist. *Gelhausen/Gelhausen* nennen als mögliche Grenze eine Beteiligung der Leasinggesellschaft von mehr als 5% an den Ergebnissen der Objektgesellschaft²⁴. „Straffrei“ blieben nach dieser Auffassung somit solche Leasing-Modelle, bei denen die Leasinggesellschaft oberhalb einer Grenze von 5% an den Verkaufserlösen und Erträgen sowie Verlusten des Leasinggegenstands partizipieren würde. Solche Grenzen sind aber weder im HGB vorgesehen, noch finden sich Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber bei der Konsolidierung einen Chancen-Risiken-Ansatz verwirklichen wollte²⁵.

IV. Behandlung von Leasing-Objektgesellschaften im IFRS-Konzernabschluss

1. Aufstellung eines Konzernabschlusses

Gem. der IAS-Verordnung der EU-Kommission²⁶ werden die IFRS grundsätzlich ab dem 1. 1. 2005 als einheitlicher Standard für die Konzernrechnungslegung von börsennotierten Gesellschaften in der EU vorgeschrieben. Gesellschaften, die z. B. aufgrund ihres Listings an der NYSE einen Konzernabschluss nach US-GAAP aufstellen, müssen hiervon abweichend erst ab dem 1. 1. 2007 auf IFRS umstellen. Bis dahin soll eine Einigung mit der SEC über die Anerkennung von IFRS-Abschlüssen gefunden werden. Daneben ist eine Übergangsbestimmung bis zum 1. 1. 2007 für solche Unternehmen vorgesehen, von denen lediglich Schuldtitel börsennotiert sind. Die notwendigen EU-rechtlichen Voraussetzungen zur Übernahme der IFRS durch eine Änderung der 4. und 7. EU-

Richtlinie sowie der Richtlinien über den Jahresabschluss für Banken und andere Finanzinstitute sowie für Versicherungsunternehmen wurden inzwischen durch Verabschiedung der sog. Modernisierungsrichtlinie²⁷ eingeleitet. Allerdings sind die vom IASB verabschiedeten IAS/IFRS sowie SIC/IFRIC nicht automatisch anwendbar, sondern müssen einen Annahmeprozess durchlaufen und im EU-Amtsblatt veröffentlicht werden²⁸. Ebenfalls ist der Entwurf eines „Gesetzes zur Einführung Internationaler Rechnungslegungsstandards und zur Sicherung der Qualität der Abschlussprüfung“ (Bilanzrechtsreformgesetz – BilReG) veröffentlicht und vom Bundestag am 29. 10. 2004 mit wenigen – hier nicht interessierenden – Änderungen verabschiedet worden.

Die IAS-Verordnung ist unmittelbar anwendbares Recht, sodass kapitalmarktorientierte Gesellschaften – auch ohne Verabschiedung des BilReG – ab dem 1. 1. 2005 einen IFRS-(Konzern-)Abschluss hätten aufstellen müssen. Der durch das BilReG eingefügte § 315a Abs. 1 HGB n. F. verweist hinsichtlich Tatbestand und Rechtsfolge auf den entsprechenden Art. 4 der IAS-Verordnung. Über den verpflichtenden Anwendungsbereich der IAS-Verordnung hinausgreifend wird zusätzlich in § 315a Abs. 2 HGB n. F. festgelegt, dass Mutterunternehmen dann einen IFRS-Konzernabschluss aufstellen müssen, wenn sie bis zum Bilanzstichtag die Zulassung eines Wertpapiers zum Handel am inländischen amtlichen oder geregelten Markt beantragt haben. Nach § 315a Abs. 3 HGB n. F. dürfen zudem auch Mutterunternehmen, die nicht unter Abs. 1 und Abs. 2 fallen, freiwillig einen vollständigen Konzernabschluss nach IFRS aufstellen.

Bedeutung hat die Verabschiedung des BilReG v. a. im Hinblick auf die Ausübung der in der IAS-Verordnung enthaltenen Mitgliedstaaten-Wahlrechte. So können Unternehmen, die nur Schuldtitel zum Handel in einem geregelten Markt innerhalb der EU bzw. des EWR begeben haben, sowie Unternehmen, deren Wertpapiere auch zum öffentlichen Handel in einem Drittstaat (d. h. außerhalb der EU bzw. des EWR, wie z. B. an der NYSE) zugelassen sind, und zu diesem Zweck seit dem Geschäftsjahr, das vor dem 11. 9. 2002 begonnen hat, andere Rechnungslegungsstandards (z. B. US-GAAP) anwenden, die Umstellung auf IFRS um zwei Geschäftsjahre verschieben (Art. 57 EGHGB n. F.).

2. Zurechnung von Leasinggegenständen

Die Zurechnung von Leasinggegenständen nach IFRS unterscheidet sich in der Grundkonzeption nicht wesentlich von der handels- bzw. steuerlichen Zurechnung von Leasinggegenständen. Auch der IFRS-Zurechnung liegt ein Chancen-Risiken-Ansatz (Risks-and-Rewards-Approach bzw. Risks-and-Benefits-Approach)

23... Vgl. *Gelhausen/Gelhausen*, a.a.O. (Fn. 7), Rdn. 175.

24... Vgl. *Gelhausen/Gelhausen*, a.a.O. (Fn. 7), Rdn. 177.

25... So wohl im Ergebnis auch *Schruff/Rothenburger*, WPg. 2002 S. 763, die als Voraussetzung hierfür eine Änderung des HGB sowie der 7. EG-Richtlinie nennen. Auch die Bemühungen des DRS, die Vollkonsolidierung von Special-Purpose-Entities ohne Beteiligung beim Initiator durch eine Änderung des HGB durch E-DRS 16 zu erreichen, sind letztlich daran gescheitert, weil diese eine (inzwischen freilich erfolgte) Änderung der 7. EG-Richtlinie vorausgesetzt hätte. Vgl. *Weber/Böttcher/Griesemann*, WPg. 2002 S. 913.

26... Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 7. 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. Nr. L 243 vom 11. 9. 2002, S. 1. Eine deutsche Fassung des Dokuments ist erhältlich unter http://www.standardsetter.de/drsc/docs/press_releases/vo_eu_ias.pdf.

27... Zu finden unter http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/accounting/officialdocs_de.htm.

28... Zum aktuellen Stand der angenommenen IAS/IFRS vgl. http://europa.eu.int/comm/internal_market/accounting/ias_de.htm#_status_adoption. So hat das EU Accounting Regulatory Committee (ARC) am 1. 10. 2004 der EU-Kommission empfohlen, IAS 39 in weiten Teilen anzunehmen, nicht aber die sog. Fair Value Option und eine Vorschrift zum Portfolio-Hedge-Accounting.

zugrunde²⁹. Sprachlich wird nach IFRS zwischen einem Operating-Lease, bei dem der Leasinggegenstand dem Leasinggeber zugerechnet wird, und einem Finance-Lease, bei dem der Leasinggegenstand dem Leasingnehmer zugerechnet wird, unterschieden. Der Begriff Finance-Lease nach IFRS ist deshalb *kein* Synonym für den deutschen Begriff Finanzierungsleasing. Nach der Definition in IAS 17³⁰, paragraph 8 (nachfolgen kurz IAS 17.8), der quasi eine Generalnorm für die Zurechnung von Leasinggegenständen darstellt, liegt ein Finance-Lease dann vor, wenn ein Leasingvertrag abgeschlossen wird, durch den „*substantially all the risks and rewards incidental to ownership*“ auf den Leasingnehmer transferiert werden. Ein Operating-Lease umfasst nach IAS 17.8 im Umkehrschluss alle Leasingverträge, die nicht als Finance-Lease zu qualifizieren sind, weil kein Übergang der Risiken (*risks*) und Chancen (*rewards*) zustande kommt. Insofern ähneln sich die Zurechnungskriterien nach IFRS und HGB bzw. Steuerrecht. Den IFRS liegt allerdings ein umfassenderer Risks-and-Rewards-Approach als den handelsrechtlichen Objektzurechnungsgrundsätzen zugrunde. Zu den Risiken, die bei der Betrachtung nach IFRS heranzuziehen sind, zählen z. B. die Möglichkeit der Verlustentstehung aus ungenutzten Kapazitäten sowie der technischen Überholung und von Ertragsveränderungen aus dem Leasinggegenstand aufgrund der Veränderung des ökonomischen Umfelds. Zu den Chancen, die bei der Klassifikation heranzuziehen sind, zählen z. B. alle Ertragsüberschüsse aus dem Leasinggegenstand während der wirtschaftlichen Lebensdauer des Leasinggegenstands sowie die stillen Reserven und ein Restverkaufserlös des Leasinggegenstands (IAS 17.7).

Die folgenden „Beispiele“, nach denen jeweils von einem Finance-Lease ausgegangen werden muss, werden in IAS 17.10 genannt³¹:

- Am Ende der Vertragslaufzeit geht das zivilrechtliche Eigentum an dem Leasinggegenstand auf den Leasingnehmer über (*transfer of ownership test*).
- Der Leasingnehmer hat das Recht, eine Kaufoption auszuüben, die es ihm gestattet, den Leasinggegenstand zu einem Wert zu erwerben, der erheblich unter dem Marktwert bei Ausübung der Option liegt, sodass bei Leasingbeginn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einer Ausübung durch den Leasingnehmer auszugehen ist (*bargain purchase option test*).
- Der Leasingvertrag ist über den größten Teil (*major part*) der wirtschaftlichen Nutzungsdauer des Leasinggegenstands abgeschlossen (*economic life test*). In der Praxis hat sich in Anlehnung an US-GAAP eine Grenze von 75% der wirtschaftlichen Nutzungsdauer durchgesetzt³². Die Anwendung von US-GAAP ist nach IAS 8.12 in diesem Fall zulässig.
- Der Barwert aller voraussichtlichen Leasingzahlungen einschließlich Garantien (*minimum lease payments*) entspricht im Wesentlichen (*substantially all*) dem Marktwert des Leasinggegenstands zu Beginn des Leasingvertrags (*recovery of investment test*). Auch hier wird in Anlehnung an US-GAAP ein Erreichen bzw. Überschreiten des Barwerts i. H. von 90% des Marktwerts als ausreichend für eine Zurechnung zum Leasingnehmer angesehen (IAS 8.12).
- Es liegt ein Spezial-Leasing vor, weil der Leasinggegenstand aufgrund seines speziellen Zuschnitts nur vom Leasingnehmer genutzt werden kann³³ (*special lease test*).

Wird einer der als „Beispiele“ bezeichneten Tests erfüllt, wird der Leasinggegenstand dem Leasingnehmer zugerechnet.

Darüber hinaus enthält IAS 17.11 Indikatoren, die die vorgenannten Tests ergänzen bzw. konkretisieren und nicht etwa als eigenständige Zurechnungskriterien zu verstehen sind, wie sich bereits aus der Bezeichnung „*indicator*“ und aus dem Wortlaut „*could also lead to a lease being classified as a finance lease*“ ergibt³⁴. Die als Indikatoren bezeichneten Tatbestände wären ohnehin von einem anderen der in IAS 17.10 genannten Tests bzw. durch die Generalnorm in IAS 17.8 erfasst und sind allein kein geeignetes Klassifikationskriterium von Leasingverträgen. Nach den in IAS 17.11

genannten Indikatoren könnte es sich um einen Finance-Lease handeln, wenn:

- a) der Leasingnehmer die Verluste des Leasinggebers trägt, falls der Leasingnehmer vom Leasingvertrag zurücktritt,
- b) der Leasingnehmer die Gewinne, aber auch die Verluste bei Marktwertschwankungen des Leasinggegenstands (z. B. in Gestalt eines Abschlags auf die Leasingraten, der den Veräußerungserlösen am Leasingende entspricht) trägt³⁵ oder
- c) der Leasingnehmer eine Verlängerungsoption zu Konditionen hat, die erheblich unter vergleichbaren Marktbedingungen liegen.

Von Abschlussprüfern wird in der Praxis in einigen Fällen allein mit Blick auf den Indikator IAS 17.11 (b) eine Zurechnung des Leasingobjekts zum Leasingnehmer gefordert, wenn der Leasingnehmer ein Mieterdarlehen zur Abdeckung des offenen Restwerts oder eines *first piece of loss* gewährt³⁶, obwohl auch bei Einbeziehung des Mieterdarlehens in den *recovery of investment test* das Leasingobjekt nach den Kriterien in IAS 17.10 dem Leasingnehmer nicht zugerechnet werden darf. Diese Vorgehensweise ist vor dem Hintergrund unzutreffend, dass IAS 17.11 (b) nur ein Indikator für einen Finance-Lease, nicht aber eigenständiges Zurechnungskriterium im Sinn eines Overriding-Principle ist, das zwingend zu einem Finance-Lease führt, obgleich das Gesamtbild der Verhältnisse nicht für einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Leasingnehmer spricht. Es kann insoweit keinen Unterschied machen, ob Risiken des Leasinggebers durch im Barwerttest zu berücksichtigende Mieterdarlehen oder alternativ durch höhere Leasingzahlungen gedeckt werden.

Weil Grund und Boden (*land*) eine unbegrenzte Nutzungsdauer hat, konkretisiert IAS 17.14, dass der Leasinggeber nur dann *substantially all of the risks and rewards* erhält, wenn das Eigentum an dem Grund und Boden am Ende der Laufzeit mit einer hohen Wahrscheinlichkeit auf ihn übergeht. Bei Leasingverträgen über Grund und Boden sind somit von den vorgenannten Beispielen und Indikatoren nur die ersten beiden, nämlich der *transfer of ownership test* und der *bargain purchase test*, anwendbar, weil nur bei diesen ein wahrscheinlicher Übergang der Chancen und Risiken im vorgenannten Sinn vorliegt.

Bei der Beurteilung, ob ein Finance-Lease oder ein Operating-Lease vorliegt, ist auf die ökonomische Substanz der Transaktion und nicht auf die vertraglichen Vereinbarungen (*substance over form*, IAS 17.10³⁷) abzustellen³⁸. Dabei sind in die Betrachtung nicht nur der eigentliche Leasingvertrag, sondern auch alle schuldrechtlichen Nebenabsprachen und – vor allem mit Blick auf Leasingobjektgesellschaften – die gesellschaftsrechtlichen

29... Vgl. *Schruff/Rothenburger*, WPG. 2002 S. 764; IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 4. 5. 2003), WPG. 2003 S. 666, Rdn. 166.

30... IAS 17 wurde vom IASB im Dezember 2003 überarbeitet. Der folgenden Betrachtung liegen die IAS/IFRS Stand Dezember 2003 zugrunde.

31... Vgl. *Ammann/Hucke*, IStR 2000 S. 92 f. Vgl. zur Bedeutung dieser Beispiele bei der Qualifikation von Leasingverträgen auch *Alvarez/Wotschofsky/Miethig*, Leasingverhältnisse nach IAS 17, WPG. 2001 S. 936.

32... Vgl. *Schroer*, FLF 2003 S. 4.

33... In der Praxis ist dieser Fall kaum anzutreffen.

34... Vgl. *Schroer*, a.a.O. (Fn. 32), S. 5 f.; *Kirsch*, in Baetge et al., Rechnungslegung nach IAS, 2. Aufl., IAS 17, Rdn. 24; *Eppstein/Mirza*, IAS 2003, 2003, S. 524.

35... Dieser Indikator ergänzt den *recovery of investment test*; vgl. *Find-eisen*, RIW 1997, S. 843.

36... Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung nach internationalen Standards, Stand Dezember 2003, Abschn. 12, Rdn. 99 ff.

37... Vgl. auch IFRS-Framework F 35 und IAS 8.10 (b) (ii).

38... Aus diesem Grund ist in – in Anlehnung an eine entsprechende US-GAAP-Verlautbarung, s.u. – eine IFRIC Verlautbarung in Vorbereitung, nach der die Leasinggrundsätze auch bei sog. verdeckten Leasingverhältnissen anzuwenden ist. Vgl. IFRIC Draft Interpretation D3.

Verträge sowie etwaige Mieterdarlehen bei der Beurteilung eines Leasingvertrags hinzuzuziehen³⁹. Trägt der Leasingnehmer z. B. aufgrund einer Einlage bei der Leasingobjektgesellschaft ein Restwertisiko, so ist diese Einlage beim *recovery of investment test* zu berücksichtigen und kann dazu führen, dass der Leasingvertrag als Finance-Lease zu qualifizieren ist und der Leasinggegenstand vom Leasingnehmer zu aktivieren und korrespondierend eine Verbindlichkeit zu passivieren ist⁴⁰. Ebenso sind Mieterdarlehen bei der Frage der Zurechnung von Leasinggegenständen zu berücksichtigen. Ergeben sich aus dem Gesamt-Arrangement keine Hinweise darauf, dass der Leasingnehmer die wesentlichen Risiken und Chancen aus dem Leasinggegenstand übernimmt, kommt ein Ansatz des Leasinggegenstands bei ihm nicht in Betracht und der Vertrag ist als Operating-Lease zu qualifizieren (*derecognition*).

Um die gewünschte Bilanzentlastung zu erzielen, werden Sale-and-Lease-Back-Transaktionen regelmäßig mit Operating-Leases kombiniert, bei denen alle wesentlichen mit dem Leasinggegenstand verbundenen *risks and rewards* und in der Folge die Leasinggegenstände den Leasinggebern zugerechnet werden. In diesem Fall ist der entstehende Veräußerungserfolg immer dann in voller Höhe bei dem Leasingnehmer zu erfassen, wenn der Leasinggegenstand zu Marktwerten verkauft wird⁴¹. Wird der Leasinggegenstand unter Marktpreis verkauft, ist zu prüfen, ob die Abweichung durch künftige Leasingraten ausgeglichen wird. Ist dies der Fall, so ist ein entstandener Veräußerungsverlust abzugrenzen und der Abgrenzungsposten über die Laufzeit des Leasingvertrags aufzulösen. Gleichermaßen ist ein Gewinn, der darauf zurückzuführen ist, dass der Veräußerungspreis über dem Marktpreis liegt und durch künftige niedrigere Leasingraten ausgeglichen wird, ebenfalls abzugrenzen und der Abgrenzungsposten über die Laufzeit des Leasingvertrags aufzulösen⁴².

3. Einbeziehung von Leasing-Objektgesellschaften in den Konsolidierungskreis

a) Definition eines Tochterunternehmens

Nach IAS 27.9 i.V. mit IAS 27.4 (*Consolidated and Separate Financial Statements*) ist ein Tochterunternehmen vollzukunftskonsolidieren, wenn ein Mutterunternehmen die Möglichkeit hat, das Tochterunternehmen zu beherrschen. Beherrschung (*control*) in diesem Sinn liegt immer dann vor, wenn das Mutterunternehmen das finanzielle und operative Geschäft des Tochterunternehmens beeinflusst und aus dem Geschäft des Tochterunternehmens Nutzen zieht⁴³.

Beherrschung wird immer dann vermutet, wenn das Mutterunternehmen direkt oder indirekt mehr als 50% der Stimmrechte des Tochterunternehmens innehat, es sei denn, es wird ausnahmsweise nachgewiesen, dass die Stimmrechtsmehrheit keine Beherrschung zulässt (IAS 27.13). Anders als nach den handelsrechtlichen Konsolidierungsregelungen werden dem Mutterunternehmen dabei auch potenzielle Stimmrechte aus Optionen und Wandlungsrechten zugerechnet (IAS 27.14-27.15, vormals geregelt in SIC-33), sofern diese im Betrachtungszeitpunkt ausübbar sind. Darüber hinaus liegt Beherrschung auch dann vor, wenn das Mutterunternehmen nur 50% und weniger der Stimmrechte innehat und

- kraft Vertrags über die Stimmrechte der anderen Gesellschafter verfügen kann,
- ein Beherrschungsvertrag oder eine Klausel im Gesellschaftsvertrag besteht, die es zulässt, dass die finanzielle und operative Geschäftspolitik dieses Unternehmens durch das Mutterunternehmen bestimmt wird,
- die Möglichkeit in tatsächlicher Hinsicht besteht, die Mehrheit der Leitungs- und Aufsichtsorgane des Tochterunternehmens zu bestimmen, oder
- die Mehrheit der Stimmrechte bei dem Leitungs- und Aufsichtsorgan der Gesellschaft auf sich vereint.

b) Einbeziehung von Objektgesellschaften in den Konsolidierungskreis nach SIC-12

Eine Besonderheit besteht bei (Leasing-)Objektgesellschaften. Selbst wenn der Leasingnehmer keinen Anteil am Eigenkapital der Objektgesellschaft hält und die oben genannten Voraussetzungen für eine Konsolidierung nicht erfüllt sind, verlangt SIC-12 als Interpretationsvorschrift von IAS 27 eine Einbeziehung von (Leasing-)Objektgesellschaften in den Konzernabschluss des Leasingnehmers immer dann, wenn die folgenden in SIC-12.10 genannten Indikatoren auf eine Beherrschung durch den Leasingnehmer (Initiator) hindeuten⁴⁴:

- *Activities* nach SIC-12.10 (a): Die Geschäftstätigkeit der Objektgesellschaft beschränkt sich darauf, den spezifischen wirtschaftlichen Belangen des Initiators gerecht zu werden, sodass vor allem der Initiator Nutzen aus der Objektgesellschaft ziehen kann.
- *Decision making powers* nach SIC-12.10 (b): Dem Initiator steht die Entscheidungsgewalt über die Objektgesellschaft zu, sodass ihm die Mehrheit (*majority*) des Nutzens zufließt. Das gilt vor allem dann, wenn die Objektgesellschaft durch einen sog. „Autopilot“ geführt wird. Bei einem Autopiloten werden mit Gründung der Gesellschaft die wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft zugunsten des Initiators durch ein Vertragsbündel festgelegt, sodass in den Folgejahren keine wesentlichen Entscheidungen für die Objektgesellschaft mehr getroffen werden müssen. Im Fall eines Autopiloten ist die nominelle Stimmrechtsmehrheit bzw. Beherrschung durch einen Eigenkapitalgeber irrelevant, weil diese Beherrschung sich nur in dem von dem Autopiloten vorgegeben Rahmen bewegen kann. Denkbar ist u. E. ein solcher Autopilot immer nur dann, wenn ein prognostizierbarer Einzahlungs- und Auszahlungsstrom vorliegt.
- *Benefits* nach SIC-12.10 (c): Der Initiator trägt mehrheitlich den Nutzen und die Vorteile aus der Objektgesellschaft, weshalb er auch die immanenten Risiken der Aktivitäten der Objektgesellschaft trägt.
- *Risks* nach SIC-12.10 (d): Der Initiator trägt mehrheitlich die Risiken und Verluste aus der Objektgesellschaft, um auf diese Weise auch den Nutzen und die Vorteile zu erhalten.

Diese im Einzelfall interpretationsbedürftigen Indikatoren werden im Anhang zu SIC-12 weiter konkretisiert⁴⁵. Nach der Begründung in SIC-12.12-14 soll durch die Indikatoren das Control-Konzept in IAS 27 ausgelegt werden, nach dem „*control*“ die Fähigkeit bezeichnet, *to govern the financial and operating policies of an enterprise so as to obtain benefits from its activities*. Auch in diesem Zusammenhang wird von einem Risks-and-Benefits-Approach gesprochen⁴⁶. In der praktischen Anwendung von SIC-12 ist aber besonders die Frage, wer *the majority of the benefits* erhält und *the majority of the residual or ownership risks* trägt, nicht so einfach zu beantworten, da im Fall einer Leasing-Objektgesellschaft sowohl der Leasingnehmer als auch die Leasinggesellschaft und das finanzierende Kreditinstitut – wie dies bei Geschäften unter Fremden üblich ist – Nutzen und Risiken aus der SPE haben.

39... Vgl. SIC-27.3 und IAS 17.61.

40... Im Ergebnis ebenso IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003, S. 667, Rdn. 167, Beispiel 1.

41... Bei Sale-and-Leaseback-Transaktionen hat der Verkäufer den Buchwert vor dem Verkauf auf den niedrigeren beizulegenden Wert (Marktwert) erfolgswirksam abzuschreiben, IAS 17.61.

42... Vgl. IAS 17.61 sowie Implementation Guidance zu IAS 17.

43... Vgl. Baetge/Schulze, in: Baetge et al., a.a.O. (Fn. 34), IAS 27, Rdn. 38.

44... Vgl. auch IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003 S. 666, Rdn. 158.

45... Vgl. zur Kritik an der Unbestimmtheit der Indikatoren auch Schulz, in: FS Welf Müller, 2001, S. 718; Schmidbauer, DStR 2002 S. 1014. Zur Auslegung des Begriffs „*majority*“ in SIC-12 vgl. Helmschrott, WPg. 2000 S. 427 f., der hier bereits von einer Mehrheit bei dem Vorliegen von „50% +1“ ausgeht.

46... Vgl. Schruff/Rothenburger, WPg. 2002 S. 762; HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003 S. 666, Rdn. 166.

c) Einbeziehung von Leasing-Objektgesellschaften in den Konsolidierungskreis nach SIC-12 am Beispiel der Leasing-Modelle

aa) Konsolidierung bei wortlautgetreuer Anwendung

Die Indikatoren in SIC-12.10 sind selbst auslegungsbedürftig und führen bei einer wortlautgetreuen Anwendung zu unzutreffenden Ergebnissen im Hinblick auf den *true and fair view* eines Konzernabschlusses nach IFRS, wie im Folgenden gezeigt wird.

Nach IAS 27.12 müsste beim *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* die Leasinggesellschaft, die indirekt über die Komplementär-GmbH die Mehrheit der Stimmrechte an der Leasing-Objektgesellschaft hält, diese vollkonsolidieren. Gleichzeitig müsste ggf. der Leasingnehmer als Sponsor die Objektgesellschaft vollkonsolidieren, weil er allein die Leasinggegenstände der SPE im Sinn des ersten Indikators von SIC-12.10 nutzt, die andernfalls von dem Leasingnehmer selbst hätten beschafft werden müssen. Außerdem stehen dem Leasingnehmer bei diesem Modell insoweit die Vorteile aus der Objektgesellschaft im Sinn des Indikators SIC-12.10 (c) zu, als er als Kommanditist an dem Restwert des Leasinggegenstands im Fall der Liquidation der Leasinggesellschaft nach Ablauf des Leasingvertrags partizipiert, soweit die Liquidationswerte die verbliebenen Verbindlichkeiten gegenüber dem Kreditinstitut überschreiten. Daneben müsste ggf. auch das fremdfinanzierende Kreditinstitut die Objektgesellschaft konsolidieren, weil es mehrheitlich die Risiken aus der Leasingobjektgesellschaft im Sinne des Indikators SIC-12.10 (d) trägt: Das Kreditinstitut trägt das Insolvenzrisiko des Leasingnehmers und das Verwertungsrisiko aus dem Leasinggegenstand, weil die Objektgesellschaft nur mit einem minimalen Eigenkapital als Verlustpuffer ausgestattet ist. Neben dem Leasinggegenstand und u. U. einem Mieterdarlehen sind keine weiteren Sicherheiten vorhanden. Das Kreditinstitut übernimmt daher beim *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* den größten Teil der Risiken und ist insoweit mehrheitlich an den Risiken im Sinne von SIC-12.10 (d) beteiligt. Im Ergebnis kommt grundsätzlich eine Konsolidierung der Objektgesellschaft sowohl bei der Leasinggesellschaft als Stimmrechtinhaber nach IAS 27.12 als auch bei dem Kreditgeber und dem Leasingnehmer jeweils nach SIC-12 in Betracht.

bb) Vorrang einer Konsolidierung nach SIC-12 durch einen Beteiligten vor Konsolidierung durch die Leasinggesellschaft als Stimmrechtinhaber nach IAS 27

Die oben beschriebenen Konsolidierungskonflikte oder Mehrfachkonsolidierungen werden weder nach IAS 27 noch nach SIC-12 zugunsten eines Beteiligten gelöst. Im Ergebnis könnten Vermögensgegenstände (*assets*) einer Objektgesellschaft bei mehreren „Mutterunternehmen“ zu konsolidieren sein, die aus ihnen jedenfalls nicht alle gleichzeitig *future economic benefits* im Sinn der *asset*-Definition im IFRS-Framework⁴⁷ ziehen könnten⁴⁸. SIC-12 ist deshalb als Interpretationsvorschrift von IAS 27 u. E. Vorrang vor einer Konsolidierung nach IAS 27.12 einzuräumen, weshalb eine Konsolidierung der Objektgesellschaft durch die Leasinggesellschaft aufgrund der Mehrheit der Stimmrechte dann ausgeschlossen wäre, wenn ein anderer Beteiligter die Objektgesellschaft nach SIC-12 zu konsolidieren hätte.

cc) Keine Konsolidierung nach SIC-12 bei Nichtzurechnung des Leasingobjekts nach IAS 17

Der HFA des IDW räumt den Indikatoren nach SIC-12.10 (c) (*rewards*) und (d) (*risks*) in gewisser Weise Vorrang vor den Indikatoren nach SIC-12.10 (a) (*activities*) und (b) (*decision making powers*) ein, weil die Indikatoren (a) und (b) nicht eindeutig festlegen können, welche der beteiligten Parteien eine Objektgesellschaft zu konsolidieren hat⁴⁹. Nur die beiden Indikatoren *rewards* und *risks* sind typischerweise mit einer (wirtschaftlichen) Eigentümerstellung an einer Objektgesellschaft verbunden und lassen daher abschließend Rückschlüsse darüber zu, wer die Ob-

jektgesellschaft zu konsolidieren hat. Zwischen den Indikatoren *rewards* und *risks* lässt der HFA aber keine weitere Rangfolge zu, sondern behandelt beide Indikatoren gleichwertig⁵⁰. Der HFA geht davon aus, dass „bei rational handelnden, voneinander unabhängigen Parteien eine symmetrische Verteilung von Vorteilen und Risiken vorliegt, d. h. dass eine Partei, die Vorteile aus der Geschäftstätigkeit einer SPE innehat, auch in gleichem oder annähernd gleichem Umfang den entsprechenden Risiken ausgesetzt ist. Soweit eine asymmetrische Verteilung der unmittelbar aus der Geschäftstätigkeit der SPE resultierenden Vorteile und Risiken vorliegt, ist zu prüfen, ob aufgrund weiterer Vereinbarungen zusätzlich entstehende Vorteile und Risiken, die primär durch die Geschäftstätigkeit der SPE begründet werden, zu berücksichtigen sind“⁵¹.

Diese Auffassung wird vom HFA in seiner Verlautbarung durch einige Beispiele untermauert, in denen es folgerichtig nicht zu einer asymmetrischen Verteilung der Chancen und Risiken kommt⁵². Eine der beteiligten Parteien, d. h. der Leasingnehmer oder aber ein fremder dritter Investor, tragen in diesen Beispielen durch eine entsprechende Eigenkapitaleinlage eindeutig sowohl die Mehrheit der Wertsteigerungschancen als auch der Wertminderungsrisiken, was eine entsprechende Konsolidierungsentscheidung einfach macht.

Wenn aber, wie im vorliegend betrachteten *Leasingnehmerbeteiligungsmodell*, der Leasingnehmer nur mit einer minimalen Kommanditeinlage beteiligt ist und aufgrund dieser Beteiligung und unter Berücksichtigung des Leasingvertrags im Ergebnis nur an der Wertsteigerung (z. B. Veräußerungserlös), nicht aber an den Wertminderungsrisiken partizipiert, kann eine Konsolidierung beim Leasingnehmer nicht in Betracht kommen. Der Leasingnehmer müsste aufgrund von SIC-12 Leasinggegenstände in seiner Bilanz ausweisen, die er nach Leasingzurechnungsgrundsätzen nach IAS 17 nicht ausweisen darf. Dies könnte nur dann der Fall sein, wenn bei der Konsolidierung nach SIC-12 ein anderer, letztlich umfassenderer Risks-and-Benefits-Approach gelten würde als nach IAS 17⁵³.

Beide Risks-and-Benefits-Approaches nach IAS 17 und SIC-12 gehen aber von einer ganzheitlichen Betrachtung unter Einbeziehung aller Zahlungsströme sowie der schuldrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Verträge zwischen den beteiligten Parteien aus⁵⁴. Ist daher der Leasingnehmer durch eine Eigenkapitaleinlage an der Objektgesellschaft beteiligt, so ist diese Einlage im Sinn einer Restwertgarantie bereits bei der Ermittlung des Barwerts der *minimum lease payments* und damit in die Entscheidung über eine Zurechnung des Leasinggegenstands einzubeziehen⁵⁵. Umgekehrt ist nach der hier vertretenen Auffassung z. B. eine zu erwartende Beteiligung des Leasingnehmers an den voraussichtlichen

47... Vgl. IASB Framework, Rdn. 53.

48... Vgl. *Mellwig/Weinstock*, DB 1996 S. 2349.

49... Vgl. IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003 S. 666, Rdn. 163; *Schruff/Rothenburger*, WPg. 2002 S. 762.

50... Vgl. *Reuter/Köhling*, FLF 2004 S. 134, zur Kritik daran. In der Verlautbarung FIN 46 des FASB zur Konsolidierung von Objektgesellschaften wird realistischlicherweise von einer asymmetrischen Verteilung der Risiken und Chancen ausgegangen. Nach dieser Verlautbarung ist die Objektgesellschaft in diesem Fall von der Partei zu konsolidieren, die die Mehrheit der Risiken trägt.

51... Vgl. IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003 S. 666, Rdn. 165.

52... Vgl. IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003 S. 666, Rdn. 166.

53... So der HFA des IDW, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003 S. 666, Rdn. 166.

54... Vgl. IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003, S. 666, Rdn. 167, Beispiel 1. Vgl. *Helmschrott*, WPg. 2000, S. 429.

Liquidationserlösen – auch über eine Kommanditbeteiligung an dem Leasinggeber – bei der Ermittlung des Barwerts der *minimum lease payments* und damit im *recovery of investment test* abzuziehen⁵⁵. In den IFRS finden sich jedenfalls keine Hinweise darauf, dass nach SIC-12 ein anderer oder umfassenderer Risks-and-Benefits-Approach gelten sollte als nach IAS 17. In beiden Verlautbarungen können nur dieselben Risiken und Chancen berücksichtigt werden und die Begriffe müssen gleich ausgelegt werden⁵⁷. Im Gegensatz zum HFA ist daher u. E. der Risks-and-Benefits-Approach, der sowohl SIC-12 als auch IAS 17 zugrunde liegt, einheitlich auszulegen. Erst nach einer ganzheitlichen Betrachtung unter Berücksichtigung aller Risiken und Verluste bzw. der zu erwartenden Zahlungsströme aus dem Leasingvertrag sowie der übrigen gesellschaftsrechtlichen und schuldrechtlichen Verträge (auch unter Einschluss von Mieterdarlehen) mit den an einer Objektgesellschaft beteiligten Personen ist anhand von IAS 17 zu entscheiden, ob der Leasinggegenstand dem Leasingnehmer zuzurechnen ist. SIC-12, das nur eine Interpretation eines anderen IAS darstellt, darf dann nicht wie ein Overriding-Principle wirken, welches die Zurechnungsvorschriften nach IAS 17 aushebelt. IAS 17 hat den gesamten Annahmeprozess für einen IAS durchlaufen und steht im „House of IAS“ über einer Standing Interpretation Committee-Verlautbarung.

Eine Konsolidierung der Objektgesellschaft durch den Leasingnehmer – etwa durch Rückgriff auf den Indikator SIC-12.10 (a) (*activities*) – widerspricht u. E. zudem den Rdn. 53 bis 58 des IFRS-Frameworks⁵⁸. Danach ist ein *asset* stets bei dem Unternehmen zu bilanzieren, das einen *future economic benefit* daraus hat und über das das bilanzierende Unternehmen Kontrolle hat⁵⁹. Vorliegend kann der Leasinggegenstand von dem Leasingnehmer indessen nicht wie ein eigenes *asset* betrachtet werden, weil er faktisch und rechtlich nicht zu einem *future economic benefit* des Leasingnehmers im vorgenannten Sinn verwendet werden kann. Vielmehr besteht hier ein direkter und vorrangiger Zugriff auf dieses *asset* durch das fremdfinanzierende Kreditinstitut und die Leasinggesellschaft. Der Einblick in die Finanzlage⁶⁰ des Initiators/Leasingnehmers im Sinn des IFRS-Framework wäre bei einer Konsolidierung auch deshalb beeinträchtigt, weil Verbindlichkeiten der Leasinggesellschaft in der Konzernbilanz des Leasingnehmers ausgewiesen würden, die den Leasingnehmer weder rechtlich noch wirtschaftlich belasten⁶¹.

Im Ergebnis kann es daher in jenen Fällen, in denen der Leasingnehmer nicht nach IAS 17 zur Bilanzierung des Leasinggegenstands verpflichtet ist, nicht auf dem Umweg über SIC-12 zu einer Konsolidierung der Objektgesellschaft und zum Ausweis des Leasinggegenstands beim Leasingnehmer kommen. Dies gilt sowohl im hier betrachteten *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* als auch im *Grundfall*, bei dem der Leasingnehmer weder als Eigen- noch als Fremdkapitalgeber an der Leasingobjektgesellschaft beteiligt ist.

Aus dem gleichen Grund kommt im Übrigen auch eine Konsolidierung durch das fremdfinanzierende Kreditinstitut nicht in Betracht, da dieses zwar Risiken trägt, jedoch neben Zinserträgen nicht zusätzlichen Nutzen (*benefits*) aus der Leasing-Objektgesellschaft bzw. dem Leasinggegenstand ziehen kann, der einem wirtschaftlichen Eigentümer nach dem Risks-and-Benefits-Approach zustehen würde. Wenn daher eine Leasingobjektgesellschaft weder bei dem Leasingnehmer noch bei dem fremdfinanzierenden Kreditinstitut nach SIC-12 zu konsolidieren ist, bleibt es bei einer Konsolidierung der Leasingobjektgesellschaft durch die Leasinggesellschaft nach IAS 27.12, weil diese die Mehrheit der Stimmrechte hat.

V. Behandlung von Leasing-Objektgesellschaften im US-GAAP-Konzernabschluss

Die Bilanzierung von Leasingverträgen nach US-GAAP gehört zu den kompliziertesten Bilanzierungsregeln innerhalb des „House

of GAAP“⁶², weil hier eine Vielzahl von Bilanzierungsregeln getreu dem Grundsatz bestehen, für jeden denkbaren Sachverhalt einen eindeutigen Buchungssatz vorzugeben⁶³. Dies steht im Gegensatz zum Principle-Based-Approach der deutschen GoB und auch der IFRS. Die Leasing-GAAP können hier nur in Grundzügen dargestellt werden.

1. Grundlagen der Zurechnung von Leasinggegenständen

Im Grundsatz wird auch in den Zurechnungskriterien nach US-GAAP ein Risks-and-Benefits-Approach konkretisiert⁶⁴. Der Leasinggegenstand wird dem Leasingnehmer zugerechnet, wenn dieser bei Leasingbeginn überwiegend Risiken und Nutzen aus dem Leasinggegenstand trägt. Bei Zurechnung des Leasinggegenstandes zum Leasingnehmer spricht man von einem Capital-Lease, bei Zurechnung zum Leasinggeber von einem Operating-Lease.

Nach FAS 13.7 ist der Leasinggegenstand bei dem Leasingnehmer zu bilanzieren⁶⁵, wenn aus Sicht des Leasingnehmers⁶⁶

- der Leasingnehmer am Ende der Laufzeit des Leasingvertrags Eigentümer des Leasinggegenstands wird (*transfer of ownership test*),
- der Leasingnehmer am Ende der Laufzeit des Leasingvertrags das Recht hat, den Leasinggegenstand zu einem günstigen Preis zu erwerben, und dieses Recht wahrscheinlich ausüben wird (*bargain purchase option test*),
- der Leasingvertrag eine Laufzeit von 75% oder mehr der geschätzten Nutzungsdauer des Leasinggegenstands hat (*economic life test*), oder
- der Barwert der Mindest-Leasingzahlungen (FAS 13.5(j)) des Leasingnehmers einschließlich Garantiezahlungen (ohne Bürgschaften für die Kreditgeber des Leasinggebers und ohne sog. „*executory costs*“ wie Instandhaltungen, Versicherungen etc.) mindestens 90% des Marktwerts des Leasinggegenstands bei Leasingbeginn beträgt (*recovery of investment test*)⁶⁷.

Die letzten beiden Zurechnungskriterien sind dann nicht heranzuziehen, wenn der Beginn des Leasingvertrags in den Zeitraum der letzten 25% der geschätzten wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer des Leasinggegenstands fällt. Gleiches gilt, wenn es sich um Grund und Boden handelt, da Grund und Boden eine unbegrenzte Lebensdauer hat und grundsätzlich über die Dauer des Leasingvertrags nicht an Wert verliert (FAS 13.105). Ein Leasingvertrag über ein bebauten Grundstück ist in einen Leasing-

55... Vgl. IAS 17.3 Stichwort „*minimum lease payments*“ und IAS 17.8 (b); IDW, HFA, Fortsetzung 4 zu IDW RS HFA 2: Einzelfragen zur Anwendung von IAS (Stand: 8. 5. 2003), WPg. 2003 S. 666, Rdn. 167, Beispiel 1.

56... So wohl auch *Findeisen*, RIW 1997 S. 843, der künftige zu erwartende Gewinne und Verluste zutreffend in den Barwerttest einbezieht.

57... Vgl. *Helmschrott*, WPg. 2000 S. 427 f; *Helmschrott* legt allerdings die aus SIC-12 abgeleitete niedrige Hürde von 50% + 1 auch auf die Zurechnung von Leasinggegenständen an. U. E. sind eher die hohen Hürden von 75% nach IAS 17.10 (c) bei der Zurechnung von Leasinggegenständen und bei der Konsolidierung gleichermaßen anzuwenden.

58... Vgl. zur Bedeutung des IFRS-Frameworks die Rdn. 2 des Frameworks.

59... Vgl. zum *asset*-Begriff nach IFRS auch *Mellwig/Weinstock*, DB 1996 S. 2348.

60... Vgl. IFRS-Framework, Rdn. 53.

61... Vgl. zu dieser Kritik auch *Schmidbauer*, DStR 2002 S. 1014 f.

62... Vgl. AICPA, Codification of Statements on Auditing Standards, AU Section 411.

63... Vgl. *Reichertz/Frey*, WPg. 1997 S. 662.

64... Vgl. FAS 13.60.

65... Vgl. auch *Kütting/Hellen/Brakensiek*, DStR 1999 S. 41 f.; *Kütting/Hellen/Brakensiek*, BB 1998 S. 1468.

66... Aus Sicht des Leasinggebers gelten weitere Zurechnungskriterien, die hier indessen nicht behandelt werden können. Ein und derselbe Leasinggegenstand wird daher nach US-GAAP u. U. zwei Parteien zugerechnet.

67... Vgl. zur Ermittlung des Barwerts FAS 13.7 (d) und FAS 13.5 (k) sowie das Beispiel in Appendix C zu FAS 13.

vertrag für Grund und Boden und für das Gebäude aufzuteilen, wenn der Wert des Grund und Bodens mindestens 25% des Gesamtmarktwerts bei Leasingbeginn entspricht (FAS 13.26).

Auf ein gesondertes Zurechnungskriterium für Fälle des Spezial-Leasings wie bei IFRS und HGB wurde vom FASB bewusst verzichtet, weil es nicht operationalisierbar erschien und das FASB davon ausgeht, dass es nicht zwangsläufig zu einem Übergang des wirtschaftlichen Risikos nach dem Risks-and-Benefits-Approach kommt, weil der Leasinggegenstand nur zu bestimmten Zwecken des Leasingnehmers verwendet werden kann. Wenn dies der Fall ist, werde der wirtschaftliche Übergang bereits von den anderen Kriterien erfasst und im Jahresabschluss abgebildet (FAS 13.74).

2. Verdeckte Leasingverhältnisse

Nach einer jüngeren Verlautbarung des FASB vom Mai 2003⁶⁸ ist grundsätzlich bei allen Nutzungsvereinbarungen, die Sachanlagevermögen (*property, plant and equipment*) betreffen, zusätzlich zu prüfen, ob möglicherweise eine verdeckte Leasingvereinbarung im Sinn von FAS 13 vorliegt. Dies wird angenommen, wenn der Nutzer die wesentlichen Vorteile aus dem Sachanlagevermögen über einen Vertrag oder ein Vertragsbündel beherrscht:

- Der Nutzer kann das Sachanlagevermögen (z. B. Maschinen) betreiben (*operate*) oder betreiben lassen und erhält einen erheblichen Teil des Output des Sachanlagevermögens oder entscheidet über dessen Verwendung. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der Nutzer den Betreiber des Sachanlagevermögens bestimmen kann oder Einfluss auf die Geschäftspolitik des Betreibers nehmen kann.
- Der Nutzer hat physischen Zugang zu dem Sachanlagevermögen und entscheidet über die Verwendung eines erheblichen Teils des Output hieraus.
- Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse ist es unwahrscheinlich, dass eine oder mehrere andere Parteien neben dem Nutzer einen wesentlichen Teil des Output bzw. des Nutzwerts während der Laufzeit des Vertrags erhalten werden; zugleich ist das vom Nutzer bezahlte Entgelt nicht als Preis pro Ausbringungsmengeneinheit festgelegt (keine variable Entgeltvereinbarung) oder es entspricht nicht dem allgemeinen Marktpreisniveau.

Ob diese Tests erfüllt werden, ist nicht nur zu Beginn des Rechtsverhältnisses zu prüfen, sondern erneut auch dann, wenn der Vertrag geändert oder verlängert wird. Erfüllt ein Nutzungsvertrag einen der vorgenannten Tests, ist anhand der Kriterien in FAS 13.7 zu prüfen, ob dem Nutzer das betreffende Sachanlagevermögen zuzurechnen ist.

3. Sale-and-Lease-Back-Transaktionen

a) Sale-and-Leaseback-Transaktionen bei Grundstücken

Besonderheiten bestehen darüber hinaus bei Sale-and-Leaseback-Transaktionen, die Grundstücke betreffen. Ein Ausbuchen des Leasinggegenstands beim Verkäufer/Leasingnehmer kommt nur dann in Betracht, wenn zusätzlich zu den oben genannten Tests die strengen Sale-and-Lease-Back-Kriterien des FAS 98 erfüllt sind⁶⁹. Danach darf der Verkäufer/Leasingnehmer den Leasinggegenstand u. a. zu nicht mehr als 10% untermieten und der Käufer/Leasinggeber muss z. B. durch zumindest teilweise Zahlung des Kaufpreises nachweisen, dass die Transaktion vollzogen wird (FAS 98.7 (a) und (b)).

Ein wesentliches Kriterium bei der wirtschaftlichen Zurechnung von Grundstücken als Leasinggegenstand zum Leasinggeber/Käufer ist nach FAS 98.10 ff der Ausschluss „*of any other continuing involvement*“ des Leasingnehmers/Verkäufers. Ein *continuing involvement* liegt z. B. vor, wenn einer der folgenden Tatbestände erfüllt ist:

- Rückkaufoption oder Rückkaufverpflichtung des Leasingnehmers/Verkäufers (FAS 98.11 (a));
- Rückzahlungs- oder Renditegarantien für den vom Leasinggeber/Käufer investierten Betrag durch den Leasingnehmer/Verkäufer oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (FAS 98.11 (b));

- offene Restwertgarantien des Leasingnehmers/Verkäufers (FAS 98.12 (a));
- der Leasingnehmer/Verkäufer sorgt selbst für eine rückgriffslose Finanzierung (*non-recourse debt*) für einen Teil des Kaufpreises des Leasinggegenstands (FAS 98.12 (b));
- der Leasingnehmer/Verkäufer ist durch Schuldbeitritt Schuldner für einen Teil der Schulden, die im Zusammenhang mit dem übertragenen Grundstück stehen (FAS 98.12 (c));
- der Leasingnehmer/Verkäufer stellt notwendige Sicherheiten für die Finanzierung des Kaufpreises durch den Käufer oder übernimmt eine Bürgschaft für die Verbindlichkeiten des Leasinggebers/Käufers (FAS 98.12 (d));
- der Leasingnehmer/Verkäufer veräußert nur das Gebäude ohne den zugehörigen Grund und Boden (FAS 98.13 (a));
- der Leasingnehmer/Verkäufer partizipiert z. B. als Kommanditist oder auf andere Weise (Kaufoption auf die Anteile am Käufer/Leasinggeber) an einem Teil der Wertssteigerungschancen des Grundstücks (FAS 98.13 (b) und (c)).

Bei Sale-and-Lease-Back-Transaktionen ist daher eine Beteiligung des Veräußerers an der Leasingobjektgesellschaft gleich welcher Art stets schädlich für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an dem Grundstück (FAS 98.13 (b)) und führt grundsätzlich zur Einbuchung des Kaufpreises als Verbindlichkeit („*secured borrowing*“).

Der Ausschluss irgendeines *continuing involvement* ist darin begründet, dass die US-GAAP bei der Realisation von Veräußerungsgewinnen aus Grundstücksverkäufen – sogar aus deutscher Sicht – extrem vorsichtig sind und eine Vielzahl von in FAS 66.25 ff. (*Accounting for Sales of Real Estate*) definierten Kriterien erfüllt sein müssen, bevor der Verkauf eines Grundstücks und damit ein Umsatz als realisiert gilt. Ist der Verkäufer nach zivilrechtlichem Eigentumsübergang weiterhin an den Risiken und Chancen des übertragenen Grundstücks beteiligt (*continuing involvement*), wird ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (*transfer of risks and rewards*) grundsätzlich nicht angenommen; eine Ausbuchung des Grundstücks kommt dann grundsätzlich nicht in Betracht. Ein schädliches *continuing involvement* (ohne Lease-Back) in diesem Sinn liegt z. B. dann vor, wenn der Verkäufer gleichzeitig vollhafter Gesellschafter des Käufers in der Rechtsform einer Personengesellschaft ist und auf diese Weise an Wertsteigerungschancen und Wertminderungsrisiken partizipiert (FAS 66.43). Bei einfachen Grundstückstransaktionen ohne Lease-Back ist die Beteiligung als Kommanditist an dem Käufer dagegen unschädlich für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Ein *continuing involvement* könnte man mit einer weiterhin bestehenden Beteiligung an den Chancen und Risiken eines übertragenen Grundstücks umschreiben⁷⁰.

Gegenüber einfachen Grundstückstransaktionen ohne ein Lease-back-Element ist das *continuing involvement* bei Lease-Back-Transaktionen zusätzlich verschärft worden. Dies vermutlich deshalb, weil das Lease-Back-Element selbst ein *continuing involvement* darstellt und das FASB gegenüber einfachen Grundstückstransaktionen daher – neben dem Lease – keine weiteres *continuing involvement* dulden wollte.

68... Vgl. EITF 01-8. EITF 01-8 ist auf alle Geschäftsjahre anzuwenden, die nach dem 28. 5. 2003 beginnen. Eine vergleichbare Regelung ist in der IFRIC Draft Interpretation D3 vorgesehen. Allerdings leiten Roß/Kunz/Drögemüller, DB 2003 S. 2026, eine vergleichbare Anwendung für IFRS-Zwecke aus IAS 1.22 (rev 1997), künftig IAS 8.12, schon jetzt ab.

69... Vgl. dazu im Einzelnen Alvarez/Wotschofsky/Miethig, IStR 2002 S. 69. Zum Einstieg in das kasuistische Chaos der Leasing-Verlautbarungen nach US-GAAP ist die konsolidierte Fassung der Statements (Current Texts) „L 10 Leases“ zu empfehlen.

70... Vgl. FAS 98.7 (c). U. E. ist die „offizielle“ Übersetzung des Begriffs „*continuing involvement*“ in Rdn. 9 des Appendix zu IAS 18 mit „längerfristiger Verpflichtung“ unzutreffend.

Nach US-GAAP ist die Einlage eines Grundstücks in eine Personengesellschaft und die Entnahme des Einlagegegenwerts (wie im *Leasingnehmerbeteiligungsmodell*) als Verkauf des Grundstücks anzusehen, wenn keine Wiedereinlageverpflichtung besteht⁷¹; der Verkäufer/Leasingnehmer darf aber das Grundstück dann nicht ausbuchen und den Veräußerungsgewinn nach FAS 98.10 dann nicht realisieren, wenn neben dem Lease-Back ein weiteres *continuing involvement* durch die Kommanditbeteiligung hinzutritt.

Allerdings ist auch bei einem *continuing involvement* der in den US-GAAP vorherrschende Grundsatz der Wesentlichkeit nicht außer Acht zu lassen. D. h., dass immer dann, wenn das *continuing involvement* als nicht wesentlich zu beurteilen ist, weil z. B. die Beteiligung des Verkäufers/Leasingnehmers wenige Prozent der Bilanzsumme oder des Gewinns ausmacht, eine Qualifikation der Transaktion als *secured borrowing* nicht in Betracht kommt⁷².

Im Ergebnis kommt eine *derecognition* nach US-GAAP beim Leasingnehmer im *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* immer dann in Betracht, wenn es sich bei dem Leasingvertrag um einen Operating-Lease handelt und zusätzlich – falls es sich bei dem Leasinggegenstand um Immobilien handelt – das *continuing involvement* des Leasingnehmers als geringfügig zu beurteilen ist. Eine *Derecognition* im Sinn des *Grundfalls* ist dagegen auch nach US-GAAP uneingeschränkt möglich, solange es sich bei dem Leasingvertrag um einen Operating-Lease aus Sicht des Leasingnehmers handelt und – wie in der Praxis üblich – ein *continuing involvement* nicht vorliegt.

b) Sale-and-Lease-Back in Herstellungsfällen

Wenn der künftige Leasingnehmer wirtschaftlich durch Übernahme aller wesentlichen Risiken (z. B. durch Garantie von mehr als 90% der Herstellungskosten) wie ein wirtschaftlicher Eigentümer an der Entwicklung und Herstellung des Leasinggegenstandes beteiligt ist, kann dies dazu führen, dass ihm der Leasinggegenstand während der Herstellungsphase nach EITF 97-10 wirtschaftlich zuzurechnen ist. Nach Abschluss des Herstellungsprozesses geht bei einem Operating-Lease das wirtschaftliche Eigentum auf den Leasinggeber über, was zur Folge hat, dass die Regelungen für Sale-and-Lease-Back nach FAS 98 zu beachten sind⁷³. Weil der Anwendungsbereich von EITF 97-10 nicht nur auf Grundstücke beschränkt ist, sind die oben dargestellten Sale-and-Leaseback-Kriterien in diesen Fällen z. B. auch im Anlagenbau zu beachten.

4. Einbeziehung von Leasing-Objektgesellschaften in den Konsolidierungskreis

Nach Accounting Research Bulletin 51, paragraph 1 (ARB 51.1) muss ein Tochterunternehmen vollkonsolidiert werden, wenn das Mutterunternehmen direkt oder indirekt ein *controlling interest* an dem Tochterunternehmen hält. Üblicherweise wird in Anlehnung an ARB 51.2 bei einer absoluten Stimmrechtsmehrheit von einer Vollkonsolidierungspflicht durch das Beteiligungsunternehmen ausgegangen. Unter bestimmten Umständen kann aber eine Konsolidierungspflicht auch vorliegen, wenn die Stimmrechte weniger als 50% betragen, weil der beherrschende Einfluss auf andere Weise gesichert ist. Ggf. kann eine Konsolidierung auch unterbleiben, wenn die anderen Minderheitsgesellschafter Rechte (*participating rights*) haben, die über die Schutzrechte von Minderheitsgesellschaftern (*protective rights*) hinausgehen⁷⁴.

Besonderheiten gelten für die Konsolidierung von Objektgesellschaften, für deren bilanzielle Behandlung das FASB zu Beginn des Jahres 2003 die Financial Interpretation No. 46 zu ARB 51⁷⁵ herausgegeben hat. Diese wurde bereits im Dezember 2003 überarbeitet und als FIN 46 revised (FIN 46R, im Folgenden kurz FIN 46) herausgegeben⁷⁶. Die von FIN 46 erfassten Objektgesellschaften werden als *variable interest entities* (VIE) bezeichnet.

FIN 46 gilt u. a. nicht für Pensionsfonds, qualifizierte SPE nach FAS 140.25-35, bestimmte Lebensversicherungen, „not-for-profit“-Gesellschaften, es sei denn, sie sind in Umgehungsabsicht gegründet worden, und bestimmte Investmentgesellschaften. Ausgeschlossen von der Konsolidierung nach FIN 46 sind auch solche Gesellschaften, die vor dem 31. 12. 2003 gegründet wurden und bei denen das potenzielle Mutterunternehmen die notwendigen Informationen zur Konsolidierung nicht erhält.

Ausgenommen von FIN 46 sind auch solche Unternehmen (betrachtete Unternehmen), die eine eigene Geschäftstätigkeit (*business*) und dabei einen lebensfähigen Organismus im Sinn des Anhangs C zu FIN 46 haben. Das gilt nicht (Rückausnahme), wenn aus Sicht des Berichtsunternehmens (hier: Leasingnehmer) zugleich eines der folgenden Kriterien oder Merkmale erfüllt wird⁷⁷:

- Das Berichtsunternehmen (Leasingnehmer) bzw. mit ihm verbundene Unternehmen haben wesentlich an der Gründung des betrachteten Unternehmens teilgenommen;
- das Berichtsunternehmen hat das betrachtete Unternehmen vor allem mit der Absicht gegründet, dass dieses fast ausschließlich zugunsten des betrachteten Unternehmens tätig wird;
- das Berichtsunternehmen stellt mehr als 50% des Eigenkapitals, nachrangige Darlehen oder andere nachrangige Finanzmittel des betrachteten Unternehmens;
- die Aktivitäten des betrachteten Unternehmens umfassen in erster Linie Securitizations oder andere Formen von asset-backed-Finanzierungen oder Leasingvereinbarungen mit einem einzigen Leasingnehmer.

In FIN 46 wird ausgehend von dem Verständnis, dass eine Objektgesellschaft nicht nur über die Mehrheit der Stimmrechte, sondern auch auf andere wirtschaftliche Weise beherrscht werden kann, versucht, die Konsolidierung von Objektgesellschaften zu regeln. Das FASB hat es sich dabei ausdrücklich zum Ziel gesetzt, nicht den Gebrauch von Objektgesellschaften zu unterbinden, sondern nur die Rechnungslegung über Objektgesellschaften zu verbessern⁷⁸.

FIN 46 unterscheidet zwei wesentliche Prüfungsschritte. Im ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Gesellschaft gleich welcher Rechtsform ein Rechtsträger im Sinn von FIN 46 ist. Ist dies der Fall, ist in einem zweiten Schritt die Partei zu identifizieren, welche die VIE konsolidieren muss (*primary beneficiary*). Unabhängig davon muss auch dann, wenn kein Rechtsträger i. S. von FIN 46 vorliegt, zusätzlich geprüft werden, ob dieser betrachtete Rechtsträger nach ARB 51 oder FAS 94 zu konsolidieren ist.

5. Identifikation einer Objektgesellschaft i. S. von FIN 46

Durch die folgenden Kriterien wird versucht, bestimmte Merkmale in der Gesellschaftsvertragsstruktur oder in anderen Vereinbarungen der Beteiligten, wie sie typischerweise nur bei Objektgesellschaften und nicht bei operativ tätigen Unternehmen

71... Vgl. AICPA, SOP 78-9, Para. 30.

72... In der Praxis ist ein *continuing involvement* bei Immobilien-Sale-and-Leasebacks häufig ein „Deal-Killer“, weil ein *continuing involvement* nach FAS 98.7 (c) von den Abschlussprüfern häufig weit ausgelegt wird („any means any“), was dazu führt, dass irrtümlich bereits eine Beteiligung von unter 3 bis 5% des Verkäufers/Leasingnehmers am Leasinggeber als schädliches *continuing involvement* qualifiziert wird. In anderem Zusammenhang gelten Beteiligungen in dieser Größenordnung als unschädlich, vgl. EITF D-14.

73... Vgl. auch EITF 96-21, Question 10 sowie Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O. (Fn. 36) Abschn. 12, Rdn. 236.

74... Vgl. z. B. EITF 96-16, EITF 97-2, EITF 98-6 und EITF D-46 zur Abgrenzung des Konsolidierungskreises.

75... Nur diese überarbeitete Version von FIN 46 liegt der folgenden Betrachtung zugrunde.

76... Vgl. Melcher/Penter, DB 2003 S. 516; Pellens/Sellhorn/Streckenbach, KoR 2003 S. 191.

77... Vgl. auch Reuter/Köhling, FLF 2004 S. 133.

78... Vgl. dazu die Zusammenfassung zu FIN 46, Abschn. „Reasons for issuing this interpretation“.

auftreten, zu identifizieren. Eine VIE i. S. von FIN 46 liegt immer dann vor, wenn

1. das (nach US-GAAP ermittelte) Eigenkapital eines Rechtsträgers nicht ausreichend ist, um die erwarteten Verluste (*expected losses*) zu tragen, ohne dass zusätzliche nachrangige Finanzmittel von Dritten zur Verfügung gestellt werden (Kriterium der selbstständigen Überlebensfähigkeit), oder
2. die Gruppe der nominellen Eigenkapitalgeber im Hinblick auf die wesentlichen Entscheidungen nicht stimmberechtigt ist (Stichwort „Autopilot“), oder die zu erwartenden Verluste des Rechtsträgers nicht übernehmen muss, oder ihr die erwarteten Gewinne einschließlich Veräußerungsgewinne (*expected residual returns*) nicht zuzurechnen bzw. diese der Höhe nach begrenzt (*capped*) sind (Treuhand-Kriterium), oder
3. die Stimmrechte einiger Eigenkapitalgeber nicht dem Verhältnis der Verlustübernahme und/oder der Gewinnübernahme durch diese Eigenkapitalgeber entspricht und der betrachtete Rechtsträger im Wesentlichen zur Unterstützung des Geschäfts der Eigenkapitalgeber gegründet wurde, die die Verluste tragen (Kriterium der asymmetrischen Stimmrechts- und Vermögensverteilung).

Ad 1.: Nach FIN 46.9 gilt ein Eigenkapital von weniger als 10% der Bilanzsumme des betrachteten Rechtsträgers widerlegbar als nicht ausreichend, um davon auszugehen, dass der Rechtsträger ohne finanziell nachrangige Unterstützung anderer Parteien auskommen kann. Die Vermutung kann z. B. dadurch widerlegt werden, dass der betrachtete Rechtsträger in der Vergangenheit mit einer vergleichbaren Eigenkapitalquote ausgekommen ist oder das vorhandene Eigenkapital die erwarteten operativen Verluste überschreitet. Umgekehrt kann nach FIN 46.10 im Einzelfall auch ein Eigenkapital von mehr als 10% der Bilanzsumme nicht ausreichend sein. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der betrachtete Rechtsträger hochriskante Anlagen tätigt. Im Regelfall muss durch eine prospektive Finanzfluss-Berechnung nachgewiesen werden (*quantitative evidence*), dass ein ausreichender Verlustpuffer vorhanden ist. Dabei ist zu beachten, dass nicht etwa auf das bilanzielle Eigenkapital der VIE abgestellt wird, sondern durch Abzinsung künftiger Ein- und Auszahlungen geprüft wird, ob dieses Kriterium erfüllt wird (zur Berechnung s. unter 8.).

Ad 2.: Die nominellen Eigenkapitalgeber als Gesamtgruppe müssen nach dem Verständnis von FIN 46 in wirtschaftlicher Hinsicht Eigenkapitalgeber sein und die typischen, mit Eigenkapital verbundenen Rechte und Pflichten innehaben. Hierzu gehört insbesondere die Fähigkeit, den Rechtsträger zu beherrschen, aber auch das Recht bzw. die Verpflichtung, die Gewinne und Verluste zu tragen.

Ad 3.: Bei der Frage, ob eine asymmetrische Stimmrechts- und Vermögensverteilung vorliegt, ist im Sinn einer ganzheitlichen Betrachtung nicht nur auf die Einlagen der Eigenkapitalgeber, sondern auch auf alle übrigen schuldrechtlichen Beziehungen zwischen einem Investor und dem betrachteten Rechtsträger abzustellen. Dieses Kriterium wird nach FIN 46.5 vor allem dann erfüllt, wenn es innerhalb der Gruppe der nominellen Eigenkapitalgeber zu Asymmetrien dergestalt kommt, dass einige nominelle Eigenkapitalgeber im Vergleich zur Einlage oder zu den Stimmrechten überproportional hohe Risiken und Verluste übernehmen müssen. Eine VIE läge z. B. dann vor, wenn die Aktivitäten eines Rechtsträgers (wie beim Leasing) zugunsten eines nominellen Eigenkapitalgebers ausgeübt werden, dieser aber über, gemessen an seiner nominellen Beteiligung, unterproportionale Stimmrechte verfügt.

6. Konsolidierung einer Objektgesellschaft

Auch FIN 46 liegt ein Risks-and-Benefits-Approach zugrunde. Nach FIN 46.14 hat stets diejenige Partei die VIE in den Konsolidierungskreis einzubeziehen, die

- die Mehrheit der erwarteten Verluste trägt und/oder
- der die Mehrheit der erwarteten Gewinne aus der VIE (Objektgesellschaft) zustehen.

Dabei gilt die Fähigkeit, für die Objektgesellschaft Entscheidungen zu treffen, als starkes Indiz dafür, dass eine Partei auch die erwarteten Verluste und die erwarteten Gewinne zu tragen hat. Trägt ein Unternehmen nur die Mehrheit der erwarteten Verluste und steht einem anderen Unternehmen nur die Mehrheit der erwarteten Gewinne aus der Objektgesellschaft zu, so muss dasjenige Unternehmen die Objektgesellschaft vollkonsolidieren, das die Mehrheit der Verluste zu tragen hat⁷⁹. Diejenige Partei, die aufgrund der vorgenannten Kriterien die Objektgesellschaft zu konsolidieren hat, wird auch als Meistbegünstigter (*primary beneficiary*) bezeichnet⁸⁰. Primary beneficiary in diesem Sinn kann grundsätzlich auch ein Darlehensgeber (Kreditinstitut) sein, wenn er in bestimmten Fällen als einzige Partei die gesamten Risiken einer Objektgesellschaft zu tragen hat, weil das Eigenkapital *at risk* nicht ausreichend ist, die auftretenden Verluste zu tragen⁸¹. Bei Leasingobjektgesellschaften könnte dies vor allem der Fall sein, wenn das Kreditinstitut im Ergebnis das Restwertrisiko des Leasinggegenstands trägt. Ob ausreichendes Eigenkapital *at risk* vorhanden ist, lässt sich FIN 46-konform anhand von prospektiven Cashflow-Rechnungen (s. hierzu Abschn. V. 8.) ermitteln, in denen neben den laufenden Einnahmen und Ausgaben auch der wahrscheinliche Restverkaufserlös des Leasinggegenstands und die Verteilung der Cashflows auf die Beteiligten zu berücksichtigen ist⁸².

7. Ganzheitlicher Ansatz

FIN 46.6 geht von einem ganzheitlichen Ansatz aus, nach dem einmalig, zu Beginn der Beteiligung einer Partei an einem Rechtsträger (Gründung, Kapitaleinlage, Darlehensvertrag, Leasingvertrag) alle mit der Gründung und dem Betrieb des Rechtsträgers verbundenen Verträge und Dokumente in die Betrachtung einzubeziehen sind. Dabei sind insbesondere auch solche Nebenabreden zu berücksichtigen, durch die ein nomineller Eigenkapitalgeber von Verlusten freigestellt wird. Ist eine Partei bei erstmaliger Involvierung bei einer VIE nicht Meistbegünstigter, erübrigt sich eine Prüfung an den folgenden Bilanzstichtagen. Das gilt auch dann, wenn z. B. eine Partei aufgrund erheblicher, unerwarteter Verluste oder auf andere Weise unvermittelt Meistbegünstigter wird. Nur dann, wenn eine Änderung der Gesellschaftsverträge oder anderer wesentlicher Verträge vereinbart wird, das Eigenkapital herabgesetzt wird oder die Aktivitäten der Objektgesellschaft sich ändern und neue Vermögensgegenstände erworben werden, muss erneut geprüft werden, ob eine andere Partei Meistbegünstigter geworden ist.

Zentrales Entscheidungskriterium sowohl für das Kriterium der selbstständigen Überlebensfähigkeit als auch für die Identifizierung des Meistbegünstigten ist die Ermittlung der *expected losses* und der *expected residual returns*. Dabei wird nach FIN 46.2 (b) nicht auf bilanzielle Größen, sondern auf abgezinste Cashflow-Größen im Sinn des FASB Concepts Statement No. 7 (CON 7) abgestellt. Die Cashflows sind nach FIN 46.8 mit Wahrscheinlichkeiten zu gewichten⁸³. Nicht entscheidungserheblich sind somit bilanzielle Verluste wie die typischen Anfangsverluste bei Leasingobjektgesellschaften, die häufig dazu führen, dass die Leasingobjektgesellschaft in den Anfangsjahren des Leasingvertrags bilanziell überschuldet ist. Solche Überschuldungen sind unbeachtlich, wenn sie über die Laufzeit oder bei Verkauf des Leasinggegenstands nach Ablauf des Leasingvertrags ausgeglichen werden. In die Berechnung einzubeziehen sind z. B. auch die Zahlungen aus Andienungsrechten und zu erwartende Ver-

79... Vgl. FIN 46.14.

80... Vgl. Melcher/Penter, DB 2003 S. 516.

81... Vgl. FIN 46, Appendix B9.

82... Zu der Frage, ob im Einzelfall ein Meistbegünstigter einer VIE vorliegt, der die VIE konsolidieren muss, ist ein EITF (04-F) in Vorbereitung.

83... Vgl. FIN 46, Appendix A zur Kalkulation der „*expected losses*“ und „*expected residual returns*“.

äußerungsgewinne. Bei der Frage, wer Meistbegünstigter ist, ist unter Umständen auch ein Mieterdarlehen zu berücksichtigen.

FIN 46 stellt insoweit eine erhebliche Erleichterung gegenüber EITF 90-15, der Vorgängervorschrift von FIN 46, dar, weil nun bei der Beurteilung der selbstständigen Überlebensfähigkeit nur noch das betriebswirtschaftlich notwendige Eigenkapital zur Deckung erwarteter Verluste zu berücksichtigen ist. In EITF 90-15 war noch undifferenziert gefordert worden, dass Leasingobjektgesellschaften mit einem bilanziellen Eigenkapital i. H. von 3% ausgestattet werden müssten⁸⁴. Lediglich die Nachweisanforderungen sind durch FIN 46 gegenüber EITF 90-15 gestiegen.

8. Anwendung von FIN 46 auf die betrachteten Leasingobjektgesellschaften

Zahlungsreihen bzw. prospektive Cashflow-Rechnungen (*net present value tests*), die als *quantitative evidence* dafür erbracht werden müssen, dass die Leasingobjektgesellschaften mit ausreichendem Eigenkapital ausgestattet sind, sind für Finanzierungszwecke bei Leasingobjektgesellschaften ohnehin aufzustellen. Hierbei wird sich regelmäßig kein Verlust, d. h. ein negativer zu erwartender Cashflow, der das Eigenkapital der Leasinggesellschaft überschreitet, ergeben, weil sich in diesem Fall kein Fremdkapitalgeber dazu bereit erklären würde, Fremdkapital zur Verfügung zu stellen. Insofern sind Leasingobjektgesellschaften in der Praxis per se mit ausreichendem Eigenkapital im Sinn von FIN 46.9 und 46.10 ausgestattet und selbstständig überlebensfähig. Deshalb sind auch solche Leasingobjektgesellschaften keine VIE im Sinn des *Kriteriums der selbstständigen Überlebensfähigkeit*, die nur mit einem minimalen Eigenkapital zu Beginn des Leasingvertrags ausgestattet sind, wenn insgesamt unter Einbeziehung von Restverkaufserlösen ein positiver Cash-flow zu erwarten ist.

Des Weiteren sind die hier betrachteten Leasingobjektgesellschaften auch nicht als VIE nach dem *Treuhand-Kriterium* zu beurteilen: Die nominellen Eigenkapitalgeber als Gruppe haben in beiden betrachteten Leasingmodellen alle Stimmrechte der Objektgesellschaft inne und müssen die erwarteten Verluste im gleichen Maß tragen wie sie erwartete Gewinne erzielen. Eine Treuhandabrede lässt sich hier nicht konstruieren.

Das *Kriterium der asymmetrischen Stimmrechts- und Vermögensrechtsverteilung* ist schließlich ebenfalls nicht erfüllt, weil selbst im Leasingnehmerbeteiligungsmodell der Leasingnehmer – mit Ausnahme u. U. für den Fall eines Mieterdarlehens – nicht überproportional hohe Verluste übernehmen muss. Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass die Leasingobjektgesellschaft eine VIE im Sinn von FIN 46 wäre, wäre sie dennoch in den in der deutschen Leasingpraxis anzutreffenden Leasingmodellen nicht vom Leasingnehmer zu konsolidieren, weil der Leasingnehmer i. d. R. nicht *primary beneficiary* ist und die Mehrheit der Chancen und Risiken erhält. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn der Leasingnehmer in substantiellem Umfang nachrangige Mieterdarlehen gewährt hat und insoweit bei Objektveräußerung einen Verlust zu tragen hätte⁸⁵. Mithin sind auch die Leasingobjektgesellschaften i. d. R. nicht von den Leasingnehmern in dem hier behandelten *Grundfall* und *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* zu konsolidieren. Ein anderes Ergebnis würde auch vor dem Hintergrund überraschen, dass bereits bei der Zurechnung des Leasinggegenstands der Risks-and-Benefits-Approach gilt und somit bereits im Einzelabschluss überprüft werden muss, ob die Risiken und Chancen aus dem Leasinggegenstand wirtschaftlich von dem Leasingnehmer zu tragen sind.

Dies führt im Ergebnis dazu, dass Leasingobjektgesellschaften sowohl im *Grundfall* als auch im *Leasingnehmerbeteiligungsmodell* nicht von den Leasingnehmern zu konsolidieren sind, sondern nach ARB 51 aufgrund der Stimmrechtsmehrheit von der hinter den Objektgesellschaften stehenden Leasinggesellschaft. Darüber

hinaus wäre ggf. auch eine Konsolidierungspflicht bei der refinanzierenden Bank als *primary beneficiary* zu prüfen.

VI. Zusammenfassung

In allen betrachteten Rechnungslegungskreisen (HGB, IFRS und US-GAAP) ist auf Basis einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach Maßgabe eines Risks-and-Benefits-Approach über die Zurechnung von Leasinggegenständen zu entscheiden: Der Leasinggegenstand ist dem Leasingnehmer immer dann zuzurechnen, wenn er neben den laufenden Erträgen aus dem Leasinggegenstand auch Wertsteigerungschance und Wertminderungsrisiko trägt und dadurch wirtschaftlicher Eigentümer wird. Eine Besonderheit ist nach den vergleichsweise vorsichtigen US-GAAP für Sale-and-Lease-Back-Transaktionen mit Grundstücken (und bei Herstellungsfällen im Anlagenbau) anzutreffen. Danach kommt nach US-GAAP eine Ausbuchung (*derecognition*) eines Grundstücks dann nicht in Betracht, wenn der Seller/Lessee nicht unwesentlich an den Wertsteigerungschancen und Wertminderungsrisiken des Grundstücks oder der Leasingobjektgesellschaft beteiligt bleibt (*continuing involvement*).

Hieran ändert sich auch nichts durch die Konsolidierungsvorschriften für Objektgesellschaften. Zu einer Konsolidierung der Leasingobjektgesellschaften durch den Leasingnehmer kommt es u. E. in den hier betrachteten Rechnungslegungskreisen im Regelfall nicht. Nach HGB kommt eine Konsolidierung beim Leasingnehmer im Ergebnis nicht in Betracht, weil die Objektgesellschaft durch die Leasinggesellschaft beherrscht wird, und nicht durch den Leasingnehmer. Nach IFRS (SIC-12) und US-GAAP (FIN 46) liegt auch der Konsolidierung eine wirtschaftliche Betrachtung nach dem Risks-and-Benefits-Approach zugrunde. U. E. ist dieser Risks-and-Benefits-Approach nicht anders zu beurteilen als der Risks-and-Benefits-Approach, der über die Zurechnung des Leasinggegenstands entscheidet. Nach SIC-12 hat der Leasingnehmer eine Objektgesellschaft zu konsolidieren, wenn er die Mehrheit der Chancen und Risiken der Objektgesellschaft trägt. U. E. unterscheidet sich der Risks-and-Benefits-Approach nach SIC-12 aber nicht von dem Risks-and-Benefits-Approach nach IAS 17. Mithin kommt eine Konsolidierung der Objektgesellschaft durch den Leasingnehmer dann nicht in Betracht, wenn der Leasinggegenstand bereits nach IAS 17 dem Leasingnehmer nicht zugerechnet wird. Ein ähnliches Ergebnis ergibt sich für die Konsolidierung nach US-GAAP. Auch wenn FIN 46 im Allgemeinen als Verschärfung im Hinblick auf die Konsolidierungspflicht empfunden wird, ist der darin enthaltene methodische Ansatz zur Ermittlung der Risiken und Chancen anhand von zu erwartenden und mit Wahrscheinlichkeiten zu gewichtenden Cashflows aus Sicht der Leasingpraxis zu begrüßen, weil bei diesem Ansatz die ohnehin dem Leasing inhärenten betriebswirtschaftlichen Instrumentarien wie prospektive Cashflow-Rechnungen berücksichtigt werden und dadurch die individuellen Gegebenheiten und Eigenkapitalunterlegungen berücksichtigt werden können.

Am 29. 10. 2004 hat die EU-Kommission einen Vorschlag zur Änderung der EU-Richtlinien erlassen, mit dem das Vertrauen in die Jahresabschlüsse und Lageberichte, die von europäischen Unternehmen veröffentlicht werden, vergrößert werden soll. U. A. beabsichtigt die Kommission, die Offenlegungsanforderungen für nicht-bilanzierte Verpflichtungen (Off-Balance-Sheet-Strukturen) und die Verwendung von speziellen Finanzierungsgesellschaften (SFG) zu erhöhen. Soweit ersichtlich, wird dieser Vorschlag an der Bilanzierung von Leasing-Objektgesellschaften jedoch nichts ändern, allerdings werden die Angabepflichten im Anhang erhöht.

84... EITF 90-15 hatte dabei keine Referenzgröße wie die Bilanzsumme oder die zu erwartenden Verluste genannt. Vermutlich war aber die Bilanzsumme gemeint.

85... Vgl. FIN 46, Appendix B 24.