

2. Kapitel

Leasing und wirtschaftliches Eigentum

I. Einschlägige Rechtsnormen

1. Handelsrechtliche Grundlagen

Weder das Handels- noch das Steuerrecht enthalten besondere Rechtsnormen für die Zurechnung von Wirtschaftsgütern, die im Wege des Leasings genutzt werden. Die Zurechnungsfrage muss daher nach den allgemeinen handels- und steuerrechtlichen Vorschriften entschieden werden. 1

Nach § 246 Abs. 1 S. 1 HGB hat der Jahresabschluss sämtliche Vermögensgegenstände, Schulden und Rechnungsabgrenzungsposten zu enthalten, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist (**Vollständigkeitsgrundsatz**). Nach § 246 Abs. 1 S. 2 HGB sind Vermögensgegenstände sind in der Bilanz des Eigentümers aufzunehmen; ist ein Vermögensgegenstand nicht dem Eigentümer, sondern einem anderen wirtschaftlich zuzurechnen, hat dieser ihn in seiner Bilanz auszuweisen. Der Referentenentwurf des BilMoG folgend den Vorgaben der IFRS, verfolgte zunächst eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise, die auf den wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die rechtliche Form (substance over form) abstellte.¹ Dies hätte möglicherweise eine Abkehr von den bisherigen Leasingbilanzierungsgrundsätzen bedeutet.² Mit der endgültigen Neufassung des § 246 Abs. 1 S. 2 HGB hat der Gesetzgeber jedoch unterstrichen, dass sich der Ansatz von Vermögensgegenständen im Grundsatz nach dem rechtlichen Eigentum richtet. Nur wenn ein Vermögensgegenstand wirtschaftlich einem anderen als dem rechtlichen Eigentümer zuzurechnen ist, ist er bei dem anderen – dem wirtschaftlichen Eigentümer – zu bilanzieren. Damit sollte die bestehende handelsrechtliche Rechtslage – die auf langjähriger Entwicklung und Anwendung entsprechender Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung beruht – im Gesetzeswortlaut klar zum Ausdruck gebracht und inhaltlich eine Übereinstimmung zu § 39 AO hergestellt werden.³ Mit § 246 Abs. 1 S. 2 HGB waren insoweit keine Veränderungen zum bisherigen Rechtszustand beabsichtigt. Die von der Rechtsprechung schon erarbeiteten Beurteilungskriterien sollen ebenso ihre Bedeutung behalten, wie beispielsweise die steuerlichen Leasingerlasse, die die wirtschaftliche Zurechnung inhaltlich ausfüllen. Dies hat für die Beurteilung von Leasingverträgen folgende Auswirkungen:

- Ist der Leasinggeber zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer des Leasinggegenstandes unterliegt der Leasingvertrag den Beurteilungskriterien eines Mietvertrages.
- Ist der Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer des Leasinggegenstandes unterliegt der Leasingvertrag den Beurteilungskriterien eines Kaufvertrages.

1 RegE v. 30.7.2008, BT-Drucks. 16/10067, Erläuterungen zu Art. 4a, 4b (§ 246 HGB).

2 So *Herzig* DB 2008, 1, dagegen *Dörfner/Gerrit* DB 2008, 45, *Beyer* BBK 2008, 5167.

3 Gesetzesbegründung zu § 246 Abs. 1 Nr. 2 HGB, BT-Drucks. 16/12407 v. 23.3.2009, Erläuterungen zu Art. 4a, 4b (§ 246 HGB).

2. Die Leasing-Gutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer

a) Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer (HFA), 1/73

aa) Die Bedeutung des wirtschaftlichen Eigentums

- 3 Nach der Veröffentlichung der Leasingurteile des BFH und der Leasingerlasse der Finanzverwaltung hatte der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer (HFA) eine gutachtliche Stellungnahme „zur Berücksichtigung von Finanzierungs-Leasingverträgen im Jahresabschluss des Leasingnehmers“ abgegeben.⁴ Auch nach Meinung des HFA kommt es für die Bilanzierung auf das wirtschaftliche Eigentum an. Die Kernsätze der Stellungnahme haben folgenden Wortlaut:

„Nach den handelsrechtlichen Vorschriften hat der Kaufmann in seine Bilanz seine sämtlichen Vermögensgegenstände und Schulden aufzunehmen (§ 39 HGB a.F., jetzt § 246 HGB). Für die Beantwortung der Frage, welches seine Vermögensgegenstände sind, kommt es primär darauf an, welches Vermögen ihm bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise gehört: rechtliches Eigentum und wirtschaftliche Zugehörigkeit (wirtschaftliches Eigentum) decken sich nicht immer. Vermögensgegenstände gehören dem Kaufmann, auch ohne dass er rechtlicher Eigentümer ist, wenn er auf die Dauer wie ein solcher die wirtschaftlich relevanten Rechte (Nutzungs- und Verwertungsrechte) ausüben kann und dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu erwarten ist. Das gilt auch dann, wenn die Erlangung des Verwertungsrechts erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam wird. Demnach kann auch Finanzierungs-Leasing wirtschaftliches Eigentum des Leasingnehmers begründen. Zwischen Vermögensgegenständen, an denen der Kaufmann nur wirtschaftliches Eigentum hat, und solchen, an denen ihm sowohl rechtliches als auch wirtschaftliches Eigentum zusteht, wird beim Ausweis in der Jahresbilanz nicht unterschieden.“⁵

bb) Bilanzierung beim Leasingnehmer trotz Fehlens wirtschaftlichen Eigentums?

- 4 Das Leasing-Gutachten hielt es „in Fortentwicklung der Grundsätze ordnungsmäßiger Bilanzierung für erforderlich“, Verträge über Finanzierungs-Leasing, „die in ihrer Gesamtheit von Bedeutung sind“, auch in solchen Fällen bei der Bilanzierung zu berücksichtigen, „in denen nicht zweifelsfrei feststeht, dass der Leasingnehmer die Leasing-Gegenstände nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung in seine Jahresbilanz als ihm gehörig einzustellen hat ...“.

Unter Berufung auf den sog. Grundsatz der „materiality“ sollen unter bestimmten Voraussetzungen Leasingverträge als so wesentlich anzusehen sein, dass sie unabhängig vom wirtschaftlichen Eigentum bei der Bilanzierung berücksichtigt werden müssen:

Dabei soll es nicht allein auf den Einzelvertrag ankommen, sondern auf die Gesamtheit der abgeschlossenen Leasingverträge abzustellen sein. Machen die Zugänge an beweglichen Leasinggegenständen in einem Geschäftsjahr nicht mehr als 5 % des Buchwertes des beweglichen Anlagevermögens aus, so soll die Frage der Wesentlichkeit verneint werden können. Entfallen unter Einschluss aller bisherigen Zugänge an Leasinggegenständen insgesamt mehr als 10 % des jeweiligen Buchwertes des beweglichen Anlagevermögens auf Leasinggegenstände, so wird die Berücksichtigung in der

4 Stellungnahme HFA 1/73, WPg 1973, 101 ff.

5 Vgl. auch den damaligen IDW-Vorsitzenden *Forster* WPg 1973, 81 ff.

Bilanz unabhängig davon notwendig sein, ob die zuvor erwähnten 5 % erreicht werden oder nicht. In diesem Fall wären nicht nur die Neuzugänge an Leasinggegenständen des betreffenden Jahres, sondern auch die früherer Jahre als solche auszuweisen bzw. zu vermerken. Bei Verträgen über unbewegliche Leasinggegenstände wird in aller Regel davon auszugehen sein, dass sie für den Einblick in die Vermögenslage von Bedeutung sind.

Gleiches soll gelten, wenn auf die Leasingverpflichtungen mehr als 10 % aller zu bilanzierenden Verpflichtungen entfallen.

cc) Kritik an der Stellungnahme des HFA

Die Stellungnahme des HFA stieß auf Kritik. Insbesondere wurde die Auffassung vertreten, es sei nach geltendem Recht nicht zulässig, ein Wirtschaftsgut in der Bilanz auszuweisen, an dem der Kaufmann kein wirtschaftliches Eigentum habe.⁶ Wahrscheinlich unter dem Eindruck dieser Kritik hat der HFA die Anwendung der Grundsätze des Gutachtens ausgesetzt.⁷ Auch das Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19.12.1985⁸ und das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz enthalten keine besonderen Vorschriften über die Bilanzierung von Leasingverträgen. Ein gesonderter Ausweis von Leasingverträgen ist in der Bilanz nicht erforderlich. Kapitalgesellschaften müssen nach § 285 S. 1 Nr. 3 HGB allerdings im Anhang zur Bilanz ggf. die sich aus Leasingverträgen ergebenden Verpflichtungen, die nicht in der Bilanz erscheinen, angeben. 5

dd) Steuerliche Konsequenzen aus dem Leasing-Gutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer?

Für die Finanzverwaltung stellte sich nach der Veröffentlichung des IDW-Gutachtens die Frage, ob sie an ihren bisherigen Leasingerlassen festhalten oder nunmehr eine sehr viel weitergehende Aktivierung beim Leasingnehmer verlangen müsse. Dies deshalb, weil nach § 5 Abs. 1 EStG in der Steuerbilanz als Betriebsvermögen die Wirtschaftsgüter zu bilanzieren sind, die nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen sind. Nun bestand zwar nach damaliger Auffassung des Instituts der Wirtschaftsprüfer bei den nach dem sog. Grundsatz der „materiality“ zu berücksichtigenden Leasingverträgen wohl keine Aktivierungspflicht. Immerhin liegt aber der Schluss nahe, dass nach Auffassung des Instituts der Wirtschaftsprüfer ein Aktivierungswahlrecht besteht. Denn es soll ja außer dem Vermerk der Verbindlichkeiten auch die Aktivierung des Leasing-Gegenstandes – wenn auch durch „gesonderten“ Ausweis – und die Passivierung der entsprechenden Verbindlichkeiten zulässig sein.⁹ Was handelsrechtlich aktiviert werden darf, muss steuerlich aktiviert werden. Das handelsrechtliche Aktivierungswahlrecht führt steuerlich grundsätzlich zur Aktivierungspflicht.¹⁰ Die Finanzverwaltung hatte aber davon abgesehen, unter dem Eindruck der vorläufigen Stellungnahme des Instituts der Wirtschaftsprüfer die Leasingerlasse zu ändern, sodass der Stellungnahme für steuerliche Zwecke keinerlei Bedeutung mehr zukommt. 6

6 Zur Kritik vgl. insbesondere *Flume* DB 1973, 1661 ff., 1665, 1666; DB 1974, 544.

7 WPg 1974, 562.

8 BGBl I 1985, 2355.

9 Auf ein Aktivierungswahlrecht deuten auch die Ausführungen v. *Bremser* DB 1973, 529 ff., 533 hin.

10 Vgl. Beschluss des Großen Senats des *BFH* v. 3.2.1969, BStBl II, 291.

b) Stellungnahme des Hauptfachausschusses des Instituts der Wirtschaftsprüfer (HFA), 1/89

- 7 Die HFA Stellungnahme 1/89 beschäftigte sich ausschließlich mit Leasingverträgen, die dem Vermögen des Leasinggebers zuzurechnen und deshalb in seiner Bilanz auszuweisen sind.

aa) Ausweis des Leasingvermögens

- 8 Der Ausweis des Leasingvermögens hat entweder im Anlage- oder im Umlaufvermögen zu erfolgen. Bei beabsichtigter dauerhafter Nutzung durch den Leasinggeber hat dieser es im Anlagevermögen auszuweisen.

bb) Bewertung des Leasingvermögens

- 9 Das Leasingvermögen ist mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten anzusetzen und planmäßig bzw. außerplanmäßig abzuschreiben. Fremdfinanzierungskosten sind nur nach Maßgabe des § 255 Abs. 3 HGB aktivierungsfähig. Kosten für die Konzeption und die Vermittlung des Leasingvertrages können im Hinblick auf § 255 Abs. 2 S. 6 HGB weder als Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten des Leasinggegenstandes noch als immaterielle Werte oder als Rechnungsabgrenzungsposten aktiviert werden. § 255 Abs. 2 S. 4 HGB verbietet lediglich die Einbeziehung von Forschungs- und Vertriebskosten.¹¹ Danach können die Kosten der Weiterentwicklung einer grundsätzlichen Leasingkonzeption aktivierungspflichtig sein.

cc) Ergebniswirksame Vereinnahmung von Leasingentgelten

- 10 Die Vereinnahmung der Leasingraten entspricht einer im Zeitablauf gleichbleibenden Nutzungsüberlassung oder dem i.d.R. degressiven Aufwandsverlauf. Zur Aktivierung noch nicht fälliger Leasingforderungen so HFA 1/1989.

dd) Forfaitierung

- 11 Erlöse aus dem Verkauf – zukünftiger – Leasingraten an Dritte (Forfaitierung) sind passiv abzugrenzen (passiver RAP), als sie Erträge zukünftiger Perioden darstellen und ihnen Verpflichtungen zur Nutzungsüberlassung gegenüberstehen. Die Auflösung des passiven RAP folgt den Grundsätzen der Vereinnahmung der Leasingerträge. Gleiche Grundsätze gelten hinsichtlich des Andienungsrechts für den Verkauf der Ansprüche aus einem späteren Verkauf; vgl. auch 3. Kap. Rn. 20 ff.

3. Auswirkungen des § 39 AO

a) Inhalt der Vorschrift

- 12 Eine auf der wirtschaftlichen Betrachtungsweise beruhende Regelung, die auch für das Leasing Bedeutung hat, findet sich in § 39 AO,¹² der Folgendes bestimmt:
– Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen.

11 I.d.F. des BilMoG.

12 Die bis VZ 1966 einschließlich geltende Vorschrift des § 11 StAnpG zählte exemplarische Fallbeispiele für das Vorliegen des wirtschaftlichen Eigentums auf: Über die dort genannten exemplarischen Fälle hinaus stellte die Vorschrift für das Vorliegen wirtschaftlichen Eigentums auf die tatsächliche Sachherrschaft ab, die immer dann gegeben ist, wenn der zivilrechtliche Eigentümer dauerhaft v. der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausgeschlossen werden kann, womit seinem Herausgabeanspruch keine wirtschaftliche Bedeutung mehr zukommt, vgl. 4. Aufl. S. 29 ff. m.w.N.

- Abweichend von Absatz 1 gelten die folgenden Vorschriften:
 1. Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen. Bei Treuhandverhältnissen sind die Wirtschaftsgüter dem Treugeber, beim Sicherungseigentum dem Sicherungsgeber und beim Eigenbesitz dem Eigenbesitzer zuzurechnen.
 2. Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, werden den Beteiligten anteilig zugerechnet, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist.

Die Vorschrift stellt für die Zurechnung also zunächst auf das zivilrechtliche Eigentum ab. Unter diesem versteht man das grundsätzlich unbeschränkte Herrschaftsrecht über eine Sache, das den Inhaber berechtigt, mit einem Gegenstand regelmäßig nach Belieben zu verfahren. Allein der zivilrechtliche Eigentümer hat die Verfügungsbefugnis, also das Recht, eine Sache zu veräußern oder zu belasten. § 39 Abs. 2 AO benennt aber dann Fallgestaltungen, in denen abweichend vom zivilrechtlichen Eigentum die steuerliche Zurechnung bei einem anderen, dem wirtschaftlichen Eigentümer, zu erfolgen hat.

b) Maßgeblichkeit der tatsächlichen Sachherrschaft

§ 39 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO misst dem Umstand der Ausübung der **tatsächlichen Sachherrschaft** besondere Bedeutung zu. Die tatsächliche Sachherrschaft umfasst die Befugnis, die Sache zu besitzen und zu nutzen. Nicht zur tatsächlichen Sachherrschaft gehört die Verfügungsbefugnis. Die Verfügungsbefugnis, also das Recht, eine Sache zu veräußern und zu belasten (beleihen), ist Ausfluss des bürgerlich-rechtlichen Eigentums. Auf dieses soll aber bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums gerade nicht abgestellt werden. Die tatsächliche Sachherrschaft i.S.d. § 39 AO unterscheidet sich, was das äußere Erscheinungsbild betrifft, nicht von der „tatsächlichen Gewalt“ i.S.d. § 854 BGB, durch die der Besitz an einer Sache erlangt wird. Die tatsächliche Sachherrschaft muss jedoch in einer besonderen Weise so abgesichert sein, dass der bürgerlich-rechtliche Eigentümer während der gewöhnlichen Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausgeschlossen ist. Die rechtliche Befugnis, das Wirtschaftsgut zu veräußern oder zu belasten, schließt hiernach die Zurechnung bei einem anderen, dem diese Befugnis fehlt, nicht aus. 13

Der wirtschaftliche Eigentümer hat die abgesicherte Befugnis, ein Wirtschaftsgut zu besitzen und zu benutzen und den Eigentümer für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung wirtschaftlich auszuschließen. So kann etwa bei einem unkündbaren Leasingvertrag, der über die gesamte Nutzungsdauer eines Wirtschaftsgutes abgeschlossen ist, für den zivilrechtlichen Eigentümer kein Raum für die Ausübung seiner Sachherrschaft verbleiben. Ebenso kann bei einer zwar kürzeren Leasingvertragszeit, aber mit einer Option zu einer Weitermietung zu extrem günstigen Konditionen oder einem Ankauf unter dem Marktwert, die Eigentumsposition des Leasinggebers derart ausgehöhlt sein, dass das Wirtschaftsgut steuerlich dem Leasingnehmer zuzurechnen ist. Der zivilrechtliche Eigentümer erhält das Wirtschaftsgut nach Ende der Mietzeit zwar zurück, der Herausgabeanspruch ist aber praktisch wertlos. Typischer Prüfungsmaßstab für die Frage nach dem wirtschaftlichen Eigentümer ist, ob diesem faktisch das gehört, was den wirtschaftlichen Gehalt des Eigentums ausmacht. Maßgeblich ist, dass der wirtschaftliche Eigentümer auf Dauer die Substanz und den Ertrag eines

Wirtschaftsgutes hat, wozu die **Chance der Wertsteigerung** wie das **Risiko der Wertminderung** gehört.¹³

II. Die Abgrenzungskriterien des BFH

- 14 Bis zu der Grundsatzentscheidung des BFH im Leasingurteil vom 26.1.1970¹⁴ war die ertragsteuerliche Behandlung des Finanzierungs-Leasings umstritten. Es wurden im Wesentlichen drei Auffassungen vertreten:
- Beim Finanzierungs-Leasing handele es sich um ein reines Mietverhältnis. Der Leasinggeber sei zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer. Als schwebendes Geschäft habe es grundsätzlich beim Leasingnehmer (Mieter) keine bilanzmäßigen Auswirkungen.¹⁵
 - Beim Finanzierungs-Leasing werde der Leasingnehmer wirtschaftlicher Eigentümer mit der Folge, dass er den Leasinggegenstand und der Leasinggeber den sich aus dem Leasingvertrag ergebenden Anspruch aktivieren müsse.¹⁶
 - Der Leasingnehmer erwerbe zwar kein wirtschaftliches Eigentum am Leasinggegenstand, jedoch durch die erhöhten Leasingraten ein aktivierungspflichtiges besonderes Wirtschaftsgut bzw. erbringe aktiv abzugrenzende Vorleistungen für die Zeit nach Ablauf der Grundmietzeit.¹⁷

Die Finanzverwaltung hatte ihre ursprüngliche Absicht, zum Leasing in Erlassen Stellung zu nehmen, zunächst zurückgestellt, nachdem die im Jahre 1966 veröffentlichten Entwürfe – die eine weitgehende Zurechnung beim Leasingnehmer vorsahen – auf heftige Kritik gestoßen waren und bekannt geworden war, dass beim *BFH* ein Fall anhängig sei,¹⁸ in dem über die Zurechnungsfrage entschieden werden müsse.

- 15 Im Mobilien-Leasingurteil vom 26.1.1970¹⁹ hat der IV. Senat aufbauend auf den Grundsätzen zur Feststellung des wirtschaftlichen Eigentums Abgrenzungskriterien für die Zurechnung von Leasingobjekten entwickelt. Die Frage der steuerlichen Zurechnung hat er zwar von einer Einzelfallbetrachtung abhängig gemacht, aber folgende Fallgruppen herausgearbeitet, bei denen das Leasingobjekt i.d.R. dem Leasingnehmer zuzurechnen sei:
- Die Grundmietzeit deckt sich – annähernd – mit der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer (= steuerliche Abschreibungsdauer).
 - Die Grundmietzeit liegt erheblich unter der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer. Der Leasingnehmer hat ein Optionsrecht auf Mietverlängerung oder Kauf, bei dessen Ausübung er nur eine einer Anerkennungsgebühr ähnelnde Zahlung leisten muss (erheblich unter dem Marktpreis liegender Mietzins oder Kaufpreis).

13 Vgl. hierzu *BFH* v. 30.5.1984 – I R 146/81, BStBl II, 825.

14 IV R 144/66, BStBl II 1970, 264.

15 So z.B. *Vogel* StbJb 1964/65, S. 187; *Meilike* BB 1964, 691; *Risse* BB 1966, 1217; *Hintner* DStZ 1965, 309; *Labus* BB 1970, 332; *Bremser* DB 1969 Beil. 23, S. 9.

16 So z.B. mit unterschiedlichen Begr. *Havermann* Leasing – eine betriebswirtschaftliche, handels- und steuerrechtliche Untersuchung, 1965, S. 64 ff.; *Büschgen* FR 1968, 49; *Thiel* INF 1964, 128.

17 So z.B. *Rau* BB 1968, 1027; *Thiel* BB 1967, 325.

18 I VR 144/66, BStBl II 1970, 264.

19 IV R 144/66, BStBl II 1970, 264.