

**BUNDESAMT  
FÜR  
FINANZEN**

Bundesamt für Finanzen, 53221 Bonn

Bundesministerium der Finanzen

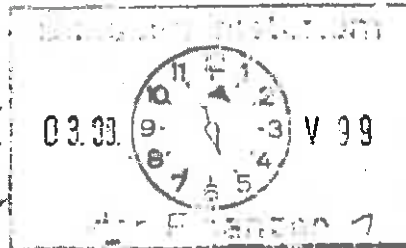
- Referat IV C 2 -

nachrichtlich

- Referat IV C 6 -

- Referat IV D 6 -

Bonn



Großkundenadresse: 53221 Bonn  
Hausadresse: 53225 Bonn, Friedhofstraße 1

Telefon (0228) 406-0

Telefax (0228) 406-00005

Bearbeiter: [redacted]

Durchwahl: 406-[redacted]

Geschäftsstelle der Abt. Bp: 406-[redacted]

Telefax der Abt. Bp: 406-[redacted]

X.400-Adresse der Abt. Bp:

C=DE; A=BUND400; P=BFINV; O=BFF; S=POSTSTELLE-BP

Geschäftszeichen - bitte bei Antwort angeben -:

- Bp II 4 - S 1910 - 3/99 -

2. August 1999

*Zu*  
C 2 - S 1910 - 482/99  
M. 10/99

**Auslegungsfragen zu § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG in der Fassung des  
Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002;  
Künftige steuerliche Behandlung der Wertpapierleihe und ähnlicher  
Finanztransaktionen;**

BMF-Schreiben vom 29. April 1999 (IV C 2 - S 1910 - 358/99) und vom 14. Mai 1999  
(IV C 2 - S 1910 - 413/99)

BE: [redacted]

BV: [redacted]

~~1 Anlage~~

Die steuerlichen Auswirkungen des "Dividenden-Stripping" mittels Wertpapierleihe wurden  
im Bericht vom 29.07.1999 - Bp II 4 - S 2189 - 2/99 - dargestellt.

Hier untersuche ich die Frage, ob die Neufassung des § 6 Abs. 6 S. 1 EStG i.d.F. des  
Steuerentlastungsgesetzes 1999/ 2000/ 2002 Auswirkungen auf die steuerliche Behand-  
lung der Wertpapierleihe und ähnlicher Finanztransaktionen hat und ob die bisherige  
steuerneutrale Behandlung der Wertpapierleihe weiterhin Bestand haben kann:

**1. Neuregelung des § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG zur Frage des Tausches  
von Wirtschaftsgütern und des § 6 Abs. 4 EStG zur Frage der  
unentgeltlichen Übertragung von einzelnen Wirtschaftsgütern,  
jeweils i.d.F. des Steuerentlastungsgesetzes 1999/ 2000/ 2002  
vom 24.03.1999 (BStBl I 1999, 304ff)**

In Satz 1 des neu in das Gesetz aufgenommenen § 6 Abs. 6 EStG sind die von  
der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Behandlung des Tausches  
einzelner Wirtschaftsgüter niedergelegt. Bei diesem Erwerbsvorgang bemessen

000006

- 2 -

sich die Anschaffungskosten eines einzelnen Wirtschaftsgutes, das im Wege des Tausches übertragen wird, nach dem gemeinen Wert des hingegebenen Wirtschaftsgutes. Damit werden die stillen Reserven in Höhe der Differenz zwischen dem gemeinen Wert und dem Buchwert des weggetauschten Wirtschaftsgutes aufgedeckt.

Die in dem „Tauschgutachten“ des BFH vom 16.12.1958, BStBl. III 1959, 30 geregelte Ausnahme, nach der ein Tausch von art-, wert- und funktionsgleichen Anteilen an Kapitalgesellschaften nicht zu einer Gewinnrealisierung führe, findet in der neuen gesetzlichen Regelung keinen Niederschlag mehr. In seinem Gutachten vom 16.12.1958 (a.a.O.) hatte der BFH zum Ausdruck gebracht, daß abweichend von der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung bei der im Steuerrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise eine Identität der erhaltenen und der hingegebenen Anteile vorliegen könne. Unter den engen Voraussetzungen der Art-, Wert- und Funktionsgleichheit hatte der BFH entschieden, daß steuerlich in diesen Fällen kein Tauschvertrag und somit auch kein Anschaffungsgeschäft vorliege.

Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs sollen nunmehr in jedem Fall die stillen Reserven aufgedeckt und versteuert werden<sup>1</sup>.

Ich habe Zweifel, ob mit der neuen Fassung des § 6 Abs. 6 Satz 1 das vorstehend formulierte Ziel der Abschaffung des Tauschgutachtens erreicht wurde oder das Tauschgutachten aufgrund tatsächlich festgestellter Art-, Wert- und Funktionsgleichheit nicht doch als Ausnahmevorschrift bestehen bleibt.

## **2. Bilanzierung und ertragsteuerliche Fragen der Wertpapierleihe und verwandter Finanztransaktionen unter dem Blickwinkel**

- der Zurechnung der Wertpapiere und der Wertpapiererträge
- einer Gewinnrealisierung und
- des Ansatzes des gemeinen Wertes

Für die zeitlich begrenzte Überlassung von Wertpapieren als institutionalisiertes und standardisiertes Geschäft haben sich an den internationalen Wertpapiermärkten drei Transaktionsarten herausgebildet. Es sind dies die Wertpapierleihe, das Wertpapierpensionsgeschäft und das Repogeschäft.

Sie unterscheiden sich in der rechtlichen Konstruktion und in der Abwicklung, in Deutschland auch in der handelsrechtlichen Bilanzierung. Ihr wirtschaftlicher Inhalt ist gleich und auf die entgeltlichen Überlassung von Wertpapieren auf Zeit gerichtet.

<sup>1</sup> BT-Drucksachen 14/23 vom 09.11.1998 und 14/443 vom 03.03.1999

Im folgenden werden die genannten Finanzinstitute in Hinblick auf die Zurechnung der Wirtschaftsgüter und ihrer Erträge, einer möglichen Gewinnrealisierung (Problem der Subsumtion unter § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG n. F.) und des Ansatzes des gemeinen Wertes als mögliche Folgerung aus der Neufassung des § 6 Abs. 4 EStG n. F. (bisläng § 7 Abs. 2 EStDV) für den Fall einer unentgeltlichen Übertragung von Wirtschaftsgütern untersucht.

## 2.1 Bilanzierung und ertragsteuerliche Fragen bei der Wertpapierleihe

### 2.1.1 Begriffsmerkmale

Mit dem Begriff Wertpapierleihe bezeichnet man das Überlassen von Wertpapieren an einen anderen für einen regelmäßig bestimmten Zeitraum gegen Entgelt. Durch den Wertpapierdarlehensvertrag wird der Darlehensgeber (Verleiher) verpflichtet, dem Darlehensnehmer (Entleiher) Wertpapiere der vereinbarten Gattung und Menge darlehensweise zu übertragen. Der Entleiher verpflichtet sich nach Ablauf der Leihfrist Wertpapiere in der gleichen Ausstattung zurückzuübertragen. Bei festverzinslichen Wertpapieren bedeutet dies Rückübertragung von Papieren des gleichen Emissionsdatums, gleichen Nennbetrages, gleicher Laufzeit und gleicher Verzinsung; bei Aktien müssen ebenfalls Emittent und Gattung der Aktie, d.h. Inhaber- oder Vorzugsaktie, identisch sein.

Als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der Wertpapiere erhält der Verleiher eine Darlehensgebühr, die im Rahmen von organisierten Wertpapier-Leihsystemen in der Regel pauschal bemessen ist, sich jedoch auch ausnahmsweise am Einzelgeschäft orientieren kann (z.B. Überlassungszeitraum, Dividendenbezug, Plazierungsentgelt).

Darüber hinaus erhält der Verleiher für ihm während der Leihdauer entgehende Zinsen/Dividenden eine Ausgleichszahlung, die bei der institutionalisierten Aktienleihe ( ) der Bruttodividende entspricht. Bei der nichtinstitutionalisierten Leihe bestimmt sich die Höhe der Ausgleichszahlung nach der Nettodividende zuzüglich anteiligem Steuerguthaben (Steuerguthaben als Potential für eine Arbitrage)<sup>2</sup>.

### 2.1.2 Rechtscharakter

Der Abschluß von Wertpapierleihgeschäften hat zur Folge, daß der Verleiher Wertpapiere dem Entleiher darlehensweise überläßt im Vertrauen darauf, daß dieser die Wertpapiere am Fälligkeitstag zurückliefern wird. Da nach Ablauf der Leihdauer Wertpapiere gleicher Art und Menge zurückübertragen werden müssen, ist die Wertpapierleihe zivilrechtlich als ein Sachdarlehen i.S. des § 607 BGB einzuordnen. Mit der Lieferung der Wertpapiere an den Entleiher verliert der Verleiher das Eigentum an diesen. Er besitzt dann lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber dem Entleiher auf Rücklieferung von Wertpapieren gleicher Art, Güte und Menge am Fälligkeitstag. Sein Risiko besteht in der Solvenz des Entleihers, diese Lieferungsverpflichtung bei Fälligkeit zu erfüllen. Auf der anderen Seite tritt der Entleiher während der Laufzeit der Wertpapierleihe eigentumsrechtlich an die Stelle des Verleihers. Er kann über die Wertpapiere frei verfügen und diese beispielsweise weiterveräußern oder verpfänden.

<sup>2</sup> Vgl. Rahmenvertrag für Wertpapierleihen des Bundesverbandes deutscher Banken, § 9 Nr. 2 Der Darlehensgeberin wird der Barausgleich nur nach Maßgabe ihrer der Darlehensnehmerin bekanntgegebenen steuerlichen Erstattungs- bzw. Anrechnungsansprüche gezahlt.

Im Rahmen der Prüfung von Wertpapierleihgeschäften haben die Bankenprüfer des Bundesamtes festgestellt, daß spätestens seit 1994 die meisten Wertpapierleihgeschäfte nach standardisierten Rahmenverträgen des Bundesverbandes deutscher Banken e. V., die inhaltlich den internationalen Leihverträgen weitestgehend entsprechen, abgeschlossen werden. Diese Verträge gehen zwingend von der Gestellung von Sicherheiten durch den Entleiher aus, wobei wertmäßig der Marktwert der verliehenen Papiere die Untergrenze der Sicherheitsleistung darstellt und Zuschläge für erwartete Kurssteigerungen möglich sind<sup>3</sup>.

Die Sicherheiten können auf folgende Arten erbracht werden<sup>4</sup>:

- durch Barsicherheiten als Geldeinlage auf einem Konto des Entleihers bei der Verleiherin oder bei einem vereinbarten anderen Kreditinstitut,
- durch Wertpapiere, die in ein Depot für Wertpapiersicherheiten des Entleihers bei der Verleiherin einzuliefern sind,
- durch eine unbedingte und unwiderrufliche, auf erste Anforderung auszahlende Bankbürgschaft einer der Verleiherin genehmen Bank.

Zivilrechtlich tritt die Vereinbarung von Sicherheiten als zweiter Vertrag neben den Wertpapierleihvertrag und dient in erster Linie dem Ausschluß des Verlustrisikos der Verleiherin.

Die Gestellung von Barsicherheiten, von Wertpapieren und von Bürgschaften nimmt m. E. keinen kaufpreisähnlichen Charakter an, weil diese Sicherheiten - auch wirtschaftlich betrachtet - nicht der Begleichung eines zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreises dienen, sondern ausschließlich für den Fall des Unterganges der Wertpapiere hinterlegt werden. Diese Wertung wird auch dadurch gestützt, daß regelmäßig eine marktübliche Verzinsung der Barmittel vorgesehen ist<sup>5</sup>.

Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung, die die wirtschaftliche Betrachtungsweise zugunsten der Übernahme der zivilrechtlichen Vereinbarungen auch für die steuerrechtliche Betrachtung zurückdrängen will.

Es soll allerdings nicht verkannt werden, daß diese Auffassung von einer Minderheit nicht geteilt wird<sup>6</sup>. Zumindest bei standardisierten Wertpapierleihgeschäften sei das wirtschaftliche Eigentum weiterhin beim Verleiher verbleiben. Für das wirtschaftliche Eigentum beim Verleiher sprächen insbesondere die schuldrechtliche Verpflichtung des Entleihers, die Wertpapiere vor dem HV-Termin zurückzuübertragen, das Recht des Verleihers auf die anteiligen Zinsen aus dem Wertpapier während der Laufzeit der Leihe, das Recht des Verleihers, den Rückgabezeitpunkt zu bestimmen, die Verpflichtung des Entleihers, Rechte und Nebenrechte an den Verleiher weiterzureichen.

Es ist nicht auszuschließen, daß mittels dieser Argumente das bilanzpolitisch gewollte Ergebnis eintritt. Die Meinung verkennt, daß sich das wirtschaftliche Eigentum nur auf ein bestimmtes, individualisiertes Wirtschaftsgut erstrecken. Nach meiner Auffassung ist mitentscheidend, wie der Entleiher tatsächlich mit

<sup>3</sup> § 5 Nr. 1 des Rahmenvertrages

<sup>4</sup> § 5 Nr. 2 des Rahmenvertrages

<sup>5</sup> vgl. FN 4

<sup>6</sup> Prah/Naumann, WM1992, 1178; Hartung BB 1993, 1176; VFA 1/1983 i.d.F. 1992, Wpg 1992, 701

dem entliehenen Wertpapier verfährt. Der Entleiher wird über das erhaltene Wertpapier regelmäßig verfügen und nach Ablauf der Leihfrist nicht das nämliche Papier zurückübertragen.

### 2.1.3 Konsequenzen des BMF-Schreibens vom 03.04.1990 - IV B 2 - S 2134 - 2/90<sup>7</sup>

In diesem Schreiben teilte das BMF dem Bundesverband deutscher Banken e.V. mit, daß ein Wertpapierleihgeschäft bilanzsteuerrechtlich wie folgt zu behandeln sei:

- Im Unterschied zum echten Wertpapierpensionsgeschäft (§ 340 b HGB) seien die Wertpapiere nach allgemeinen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung in der Bilanz des Darlehensnehmers („Entleihers“) als zivilrechtlichem und wirtschaftlichem Eigentümer auszuweisen.

Beim Darlehensgeber („Verleiher“) trete an die Stelle der Wertpapiere eine Sachforderung auf Wertpapiere gleicher Art, Güte und Menge als Surrogat für die Sache selbst. Sie sei ohne Realisierung von stillen Reserven mit dem Buchwert der hingegebenen Wertpapiere anzusetzen.

Der ursprüngliche Zusatz im Entwurf des Schreibens vom 17. Januar 1990 (IV B 2 - S 2134 - 2/90) an die Länder „... und in Anlehnung an die Grundsätze des Tauschgutachtens des BFH vom 16.12.1958...“ als Begründung für die erfolgsneutrale Behandlung ist in der Schlußfassung und in dem nach außen gerichteten Schreiben nicht mehr enthalten.

Mit dem bloßen Verweis auf die „Surrogatstheorie“ wird in Übereinstimmung mit der h.M.<sup>8</sup> zum Ausdruck gebracht, daß bei Sachdarlehen nicht die Darlehenshingabe, sondern die Nutzungsüberlassung des Darlehensgegenstandes die Leistung ist. Der Verleiher beabsichtigt zu keiner Zeit die endgültige Eigentumsübertragung der verliehenen Papiere auf den Entleiher. Damit scheidet eine Gewinnrealisierung sowohl bei Darlehenshingabe als auch bei Darlehensrückgabe aus. Entgelte gelten ausschließlich für die Nutzungsüberlassung vereinbart. Die Sachforderung (Rückgabeanspruch) ist, da sie als Ersatz für die verliehenen Wertpapiere dient, wie die zugrundeliegende Wertpapierposition zu bewerten. Daraus folgt auch, daß die Forderungen in der Bilanz unter den Wertpapierpositionen und nicht etwa unter den Forderungen auszuweisen sind, um bei der üblichen Bewertung der Wertpapierpositionen zu Durchschnittskursen Beeinflussungen der Wertpapierhandelsergebnisse zu vermeiden.<sup>9</sup>

Die Bilanzierung von Wertpapierleihgeschäften hat weiterhin entsprechend den Grundsätzen im BMF-Schreiben vom 03.04.1990 zu erfolgen. Danach sind die Wertpapiere dem Entleiher als dem rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentümer zuzurechnen. Er hat die entliehenen Wertpapiere mit den Kurswerten zu aktivieren und in gleicher Höhe eine Rückgabeverpflichtung zu passivieren. Eine Zurechnung beim Verleiher ist ausgeschlossen. Dieser bilanziert vielmehr als

<sup>7</sup> OB 1990, 863

<sup>8</sup> stellvertretend Wassermeyer, Bewertungsfragen beim Tausch und bei tauschähnlichen Vorgängen, in Raupach (Hrsg.), Werte und Wertermittlung im Steuerrecht, Köln 1984, S 178 ff; Hinweis auf BFH-Urteil vom 15.06.1952, BStBl. III, 208

<sup>9</sup> Prahl/Naumann WM 1992, S. 1173 (1175) mit Beispiel

Surrogat eine Sachforderung gegen den Entleiher auf Wertpapiere gleicher Art, Güte und Menge. Diese Forderung ist mit dem Buchwert der hingegebenen Wertpapiere anzusetzen, so daß eine Gewinnrealisierung wegen eventueller Kursreserven der Wertpapiere nicht eintritt.

Beim Entleiher während der Laufzeit der Leihe und vor einer Weiterveräußerung der Papiere anfallende Erträge sind als solche den Wertpapieren folgend beim Entleiher zu erfassen<sup>10</sup>.

Die Aufhebung des Tauschgutachtens durch die Neufassung des § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG wirkt sich auf die steuerliche Behandlung der Wertpapierleihgeschäfte nicht aus.

#### 2.1.4 Frage nach der analogen Anwendung der Grundsätze des Tauschgutachtens auf die Wertpapierleihe

Das Tauschgutachten behandelt den zivilrechtlichen Tausch von Anteilsrechten an Kapitalgesellschaften, der bei Vorliegen der unter Tz 1 beschriebenen Voraussetzungen nicht zur Realisierung vorhandener stiller Reserven führt. Für den Fall, daß das Tauschgutachten als Ausnahmenvorschrift weiterhin Geltung hätte, ist die Frage der analogen Anwendung zu prüfen.

Nach den Ausführungen in Tz 2.1.2 und 2.1.3 mangelt es bei Sachdarlehen an dem Realisationsakt. Es liegen die Tatbestandsmerkmale eines Tausches nicht vor. Folglich können die Grundsätze des Tauschgutachtens auf die Wertpapierleihe auch nicht mittelbar übertragen werden.

#### 2.1.5 Anwendbarkeit des § 6 Abs. 4 EStG n.F. (Ansatz des gemeinen Wertes bei unentgeltlicher Übertragung)

Fraglich ist schließlich, ob der gemeine Wert mit der Folge der Gewinnrealisierung anzusetzen ist für den Fall, daß es sich bei der Wertpapierleihe um eine unentgeltliche Übertragung von Wertpapieren vom Verleiher auf den Entleiher handeln sollte. Die Unentgeltlichkeit könnte in der fehlenden Aufdeckung der Kursreserven gesehen werden.

In Fortführung des bereits in § 7 Abs 2 EStDV a. F. enthaltenen Rechtsgedankens regelt § 6 Abs 4 EStG i.d.F. des Steuerentlastungsgesetzes (aaO), daß bei einer unentgeltlichen Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter aus einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen der gemeine Wert des hingegebenen Wirtschaftsgutes als Anschaffungskosten dieses Wirtschaftsgutes beim „Erwerber“ gilt.

Wie bereits in der Kommentierung zum § 7 Abs. 2 EStDV zum Ausdruck kommt, sind unentgeltliche Erwerbsvorgänge dieser Art nur beim Erwerb von Todes wegen oder als Schenkung denkbar. Sofern wie im Fall der Wertpapierleihe Vereinbarungen zwischen fremden Dritten geschlossen werden, liegt bereits begrifflich keine unentgeltliche Zuwendung vor<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> BMF-Schreiben vom 03.04.1990 - vgl. FN 7

<sup>11</sup> Winkeljohann in Hermann/Heuer/Raupach, Kommentar zum EStG, vor § 6 EStG Anm. 615; Weindl in Kirchhof/Söhn, Einkommensteuergesetz, § 6 RdNr. B 151, B152; Meincke in Littmann/Bitz, Meincke; Das Einkommensteuerrecht, Anm. 196 ff

Bestätigt wird diese Beurteilung auch durch die Tatsache, daß bei Wertpapierleihgeschäften ein Entgelt („Leihgebühr“) vereinbart wird, das nach dem Willen der Parteien exakt die Gegenleistung für die vereinbarte Leistung darstellt.

§ 6 Abs. 4 EStG n.F. findet mangels Unentgeltlichkeit keine Anwendung.

## 2.2 Bilanzierung und ertragsteuerliche Fragen bei Wertpapierpensionsgeschäften

### 2.2.1 Begriffsmerkmale

Wertpapierpensionsgeschäfte sind den Wertpapierleihgeschäften ähnlich. Wertpapierpensionsgeschäfte sind Verträge, mittels derer der Pensionsgeber ihm gehörende Wertpapiere auf Zeit gegen Zahlung eines Betrags an den Pensionsnehmer verkauft. Dieser Betrag ist keine Nutzungsgebühr für die Überlassung der Wertpapiere, sondern entspricht regelmäßig deren Börsenwert. Wertpapierleihgeschäft und Pensionsgeschäft unterscheiden sich insbesondere darin, daß bei isolierter Betrachtung (ohne Einbeziehung von Sicherungsgeschäften oder Zusatzabreden) bei Wertpapierleihgeschäften der Verleiher das Ausfallrisiko seines Gegenüber trägt, während der Pensionsgeber für die hingegebenen Papiere sofort den jeweiligen Kaufpreis erhält. Während sich beim Pensionsgeschäft der Pensionsgeber Liquidität verschafft, beruht das Wertpapierleihgeschäft i. d. R. auf dem Bedürfnis des Entleihers, die entsprechenden Stücke zu erhalten<sup>12</sup>.

Wertpapierleihgeschäfte sind keine Wertpapierpensionsgeschäfte. Die unter Tz 2.1 beschriebenen Grundsätze zur Wertpapierleihe sind nicht ohne weiteres zu übernehmen. Eine differenzierte Betrachtung der Wertpapierpensionsgeschäfte ist geboten. Man unterscheidet dabei zwischen echten und unechten Pensionsgeschäften.

#### 2.2.1.1 Echte Pensionsgeschäfte

§ 340b Abs. 1 und 2 HGB definieren echte Pensionsgeschäfte. Danach liegt ein echtes Wertpapierpensionsgeschäft vor, wenn der Pensionsnehmer verpflichtet ist, die verpensionierten Wertpapiere zu einem bestimmten oder vom Pensionsgeber zu bestimmenden Zeitpunkt auf diesen zurückzuübertragen. Echte Pensionsgeschäfte sind dadurch gekennzeichnet, daß der Pensionsgeber dem Pensionsnehmer Wertpapiere gegen Entrichtung eines Kaufpreises per Kasse verkauft und gleichzeitig und in unbedingter Abhängigkeit von dem Verkauf vereinbart wird, daß der Pensionsnehmer diese oder gleichartige Wertpapiere zu einem späteren Termin (per Termin) an den Pensionsgeber gegen Entrichtung des Rückkaufpreises zurückverkauft.

Zivilrechtlich liegt ein mit einem Terminrückkauf zu einem einheitlichen Geschäft verbundener Verkauf vor<sup>13</sup>. Kauf und Rückkauf der Wertpapiere sind damit kein Leih-, sondern ein Veräußerungsgeschäft.

Für das Handelsrecht bestimmt § 340b Abs. 4 HGB, daß die übertragenen Vermögensgegenstände weiterhin beim Pensionsgeber zu bilanzieren sind.

<sup>12</sup> Häselmann/Wiesenbart, Die Bilanzierung und Besteuerung von Wertpapier-Leihgeschäften, DB 1990, S. 2129

<sup>13</sup> vgl. Krumnow, Rechnungslegung der Kreditinstitute; Kommentar zum Bankbilanzrichtlinie-Gesetz und zur RechKredV; § 340b HGB Tz. 5 m.w.N.

### 2.2.1.2 Unechte Pensionsgeschäfte

Ist der Pensionsnehmer lediglich berechtigt, die Vermögensgegenstände zu einem vorher bestimmten oder von ihm noch zu bestimmenden Zeitpunkt zurückzuübertragen, so handelt es sich um ein unechtes Pensionsgeschäft<sup>14</sup>.

Die Qualifikation der unechten Pensionsgeschäfte ist unproblematisch. Da es sich bei unechten Pensionsgeschäften um Wertpapierhandelsgeschäfte handelt und rechtliches sowie wirtschaftliches Eigentum sich decken, sind handels- und steuerrechtliche Bilanzierung deckungsgleich mit der Folge, daß die Pensionsgegenstände und die Erträge auch steuerlich dem Pensionsnehmer zuzurechnen sind<sup>15</sup>.

### 2.2.2 Rechtsfolgen eines echten Pensionsgeschäfts

Hinsichtlich der Zurechnung und Bilanzierung echter Pensionsgeschäfte im Steuerrecht sind folgende Fragen zu klären:

- Maßgeblichkeit des § 340b HGB für die steuerliche Bilanzierung
- Rechtsprechung des Großen Senats des BFH zu Pensionsgeschäften<sup>16</sup>
- Zurechnungsnormen: § 39 AO und § 20 Abs. 2a EStG

#### 2.2.2.1 Frage nach der Maßgeblichkeit des § 340b HGB für das Steuerrecht

Es ist fraglich, ob § 340b HGB für das Steuerrecht Maßgeblichkeitswirkung entfaltet<sup>17</sup>. Maßgeblichkeit würde § 340b HGB jedenfalls dann nicht entfalten, wenn es einen Bewertungsvorbehalt in § 5 Abs. 6 EStG gibt.

§ 340b HGB ist m. E. als Zuordnungsnorm, nicht dagegen als Bewertungsvorschrift einzustufen. BMJ und BMF qualifizieren beispielsweise § 340e HGB "Bewertung von Vermögensgegenständen" als einen Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung für Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute<sup>18</sup>. Die Vorschrift sei jedoch keine Ansatz-, sondern eine Bewertungsvorschrift und für die steuerliche Gewinnermittlung aufgrund des Bewertungsvorbehalts in § 5 Abs. 6 EStG nicht maßgeblich. Kreditinstitute hätten nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG Forderungen mit den Anschaffungskosten oder dem niedrigeren Teilwert anzusetzen.

<sup>14</sup> § 340b Abs. 3 HGB

<sup>15</sup> Krumnow, a. a. O., § 340b Tz 32f, Tz. 44

<sup>16</sup> BFH v. 29.11.1982 GrS 1/81, BStBl II 1982, 272ff

<sup>17</sup> Häuselmann in: Bilanzsteuerliche Aspekte des Wertpapierhandels der Kreditinstitute vom 20.04.1999 an der BFA Tz. 2.3 m.w.Nachweisen

<sup>18</sup> BMF-Schreiben vom 20.11.1998 - IV C 2 - S 2133 - 3/98



Bei diesem Verständnis handelt es sich bei § 340b HGB nicht um eine Bewertungsvorschrift. Sie entfaltet als GoB für die steuerliche Bilanzierung Maßgeblichkeit nach meinem Verständnis jedenfalls für die Fälle der sog. klassischen Pensionsgeschäfte. "Klassische" Pensionsgeschäfte sind Sicherungsgeschäfte für Geldgeschäfte. Nur bei diesen Pensionsgeschäften werden erfahrungsgemäß die nämlichen Wertpapiere zurückübertragen. Weil der Sicherungscharakter im Vordergrund steht, verbleibt hier das wirtschaftliche Eigentum beim Pensionsgeber. Nur in diesem Fall lauten GoB und § 340b HGB parallel, § 340b HGB entfaltet Maßgeblichkeit<sup>19</sup>.

Nach den Bilanzierungsrichtlinien des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen war bei echten Pensionsgeschäften der Pensionsgegenstand zwar weiter dem Pensionsgeber zuzurechnen, wenn der in Pension gegebene Gegenstand in erster Linie als Sicherheit für ein Geldgeschäft bestimmt war (unechtes echtes Pensionsgeschäft). In der Praxis wurden allerdings, da diese Kriterien nicht nachweisbar waren, die Pensionsgegenstände regelmäßig dem Pensionsnehmer zugerechnet. Damit wurde auch zum Ausdruck gebracht, daß der Pensionsnehmer über die Pensionsgegenstände ohne Einschränkung verfügen konnte<sup>20</sup>.

Ist das Pensionsgeschäft nicht auf die Rückübertragung des nämlichen Wertpapiers beschränkt, sondern auf die Rückgabe eines gattungsgleichen Wertpapiers gerichtet, wechselt das (wirtschaftliche) Eigentum<sup>21</sup>. Das Wertpapier ist dem Pensionsnehmer zuzurechnen und dort zu bilanzieren.

#### 2.2.2.2 Rechtsprechung des Großen Senats des BFH zu Pensionsgeschäften

Die Erträge aus Wertpapierpensionsgeschäften hatte der Große Senat des BFH im Urteil vom 29.11.1982<sup>22</sup> dem Pensionsnehmer zugerechnet. Diese Grundsätze haben nach wie vor Gültigkeit. Sie gelten für Zinserträge weiterhin und werden für Dividenden durch § 20 Abs. 2a EStG gesetzlich kodifiziert.

#### 2.2.2.3 Zurechnungsnorm: § 39 AO und § 20 Abs. 2a EStG

Die wesentlichen Kriterien, die den Großen Senat des BFH im Urteil vom 29.11.1982<sup>23</sup> zur Ertragszurechnung beim Pensionsnehmer bestimmt haben, führen m. E. nach allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen zu einer parallelen Zurechnung auch der Pensionspapiere beim Pensionsnehmer als dem wirtschaftlichen Eigentümer, da der Pensionsnehmer - wie oben beschrieben - regelmäßig uneingeschränkt Verfügungsberechtigt ist. Die Praxis vor Inkrafttreten des § 340b HGB ist in Handels- und Steuerbilanz erkennbar auch so verfahren. Zwar sind die Ausführungen des Großen Senats explizit zur Frage der Einkünftezurechnung ergangen. Da aber in dem BFH-Verfahren bereits der

*Was bedeutet "fiktionsgemäß"?*

<sup>19</sup> In diesem Sinne auch Häuselmann/Wiesenbart Die Bilanzierung und Besteuerung von Wertpapier-Leihgeschäften, DB 1990, 21 29 (2130)

<sup>20</sup> siehe zu B

<sup>21</sup> So die h.M.; vgl. Krumnow a a O § 340b HGB Tz. 9; Waschbusch BB 1993, 172 Fn. 3; Treuberg/Scharpf DB 1991, 1235

<sup>22</sup> Hinweis auf FN 16

<sup>23</sup> Hinweis auf FN 16

Zusammenhang zwischen dem Eigentum i. S. von § 39 AO und der Einkünftezurechnung nach § 20 Abs. 2a EStG anerkannt war, ist eine abweichende Zurechnung der Wertpapiere und der Erträge nicht vertretbar. Dabei genießt § 39 AO als generelle Vorschrift Vorrang und schließt mittelbar auch die Zinsen aus Anleihen ein, die über § 20 Abs. 2a EStG unmittelbar nicht erfaßt würden.

Diese allgemein gültigen Zurechnungsnormen werden nach meinen Feststellungen durch die speziellen Abläufe im Wertpapiergeschäft bestätigt. Eine Zurechnung der Wertpapiere beim Pensionsnehmer (oder einem Nacherwerber) erscheint insbesondere bei den standardisierten Pensionsgeschäften aufgrund der Rahmenverträge sachlich begründet und auch praktisch unabweisbar. Der Pensionsnehmer erhält die Wertpapiere mit allen Rechten und zur uneingeschränkten freien Verfügung. Er wird hiervon regelmäßig Gebrauch machen und die Papiere weiterübertragen. Für die Erfüllung seiner Rückgabepflicht an den Pensionsgeber aus dem Terminrückkauf muß er sich zu gegebener Zeit mit Wertpapieren derselben Gattung neu eindecken. Daß ein Nacherwerber mit dem zivilrechtlichen auch das wirtschaftliche Eigentum an den ihm übertragenen Wertpapieren erhält, kann vernünftigerweise nicht bezweifelt werden. Für ein daneben bestehendes wirtschaftliches Eigentum beim Pensionsgeber ist spätestens dann logisch kein Raum mehr. Dem Pensionsgeber die Wertpapiere bis zum Zeitpunkt der Weiterübertragung durch den Pensionsnehmer zuzurechnen, erscheint bereits aus grundsätzlicher Sicht widersprüchlich und unbefriedigend. Regelmäßig kennt der Pensionsgeber die Geschäftsmotive des Pensionsnehmers nicht; er weiß nicht, ob und ggf. wann der Pensionsnehmer die Papiere weiterveräußert.

Bei der Vielfalt der Geschäftsmotive, die Ausgangspunkt für das standardisierte Pensionsgeschäft sind, erscheint es nicht gerechtfertigt anzunehmen, daß es sich stets und ausschließlich um ein Sicherungsgeschäft handelt. Dies wird - wie oben beschrieben - die seltene Ausnahme sein.

Steuerlich ist unter Rückgriff auf § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO und § 20 Abs. 2a EStG zu entscheiden.

In den Ausnahmefällen von "klassischen" Pensionsgeschäften (wie oben beschrieben) verbleibt das wirtschaftliche Eigentum wegen der Rückgabe identischer Wertpapiere beim Pensionsgeber. Nur in diesem Fall laufen GoB und § 340b HGB parallel und ist deshalb auch steuerbilanziell das wirtschaftliche Eigentum beim Pensionsgeber<sup>24</sup>. Läßt das Pensionsgeschäft allerdings die Rückübertragung eines gattungsgleichen Wertpapiers zu<sup>25</sup>, wechselt das wirtschaftliche Eigentum. Danach sind die Wertpapiere und deren Erträge steuerlich dem Pensionsnehmer zuzurechnen. Die verpensionierten Wertpapiere sind beim Pensionsnehmer zu bilanzieren.

#### 2.2.2.4 Gewinnrealisierung

Beim Pensionsgeber sind die Wertpapiere auszubuchen. Durch Gegenüberstellung des Verkaufserlöses mit dem Buchwert der Papiere wird der Veräußerer

<sup>24</sup> Hinweis auf FN 19

<sup>25</sup> Hinweis auf FN 21

ungsgewinn gezeigt. Entgegen der Auffassung von Kienle<sup>26</sup> ist aufgrund der Grundzüge des Kaufvertrags der Realisierungstatbestand anzunehmen. Sollte am Bilanzstichtag aus dem schwebenden Rückübertragungsgeschäft ein Verlust drohen, fällt er als Drohverlustrückstellung unter das Abzugsverbot des § 5 Abs. 4a EStG.

## 2.3 Bilanzierung und ertragsteuerliche Fragen bei Repogeschäften

### 2.3.1 Begriffsmerkmale

Das Repurchase Agreement oder Repo-Geschäft ähnelt dem echten Wertpapierpensionsgeschäft. Es gewinnt zunehmend praktische Bedeutung. Bei den Repo-Geschäften erfolgen ein Kassaverkauf und ein Terminrückkauf. Wird ein Kassaverkauf unmittelbar mit einer Rückkaufvereinbarung verbunden (Repurchase Agreement), regelmäßig in Form standardisierter Abwicklung auf der Basis eines Rahmenvertrags, entspricht dies (zumindest wirtschaftlich) dem echten Pensionsgeschäft. Aus dem Blickwinkel des Pensionsgebers handelt es sich um einen Repo, aus dem des Pensionsnehmers um einen Reverse Repo.

- Beide Geschäfte sind allerdings i. d. R. nicht Teile eines einheitlichen Gesamtgeschäfts wie beim Pensionsgeschäft. Vielmehr werden Repos häufig in zwei getrennten Geschäften außerhalb von Rahmenverträgen als separater Kassaverkauf und Terminrückkauf (Buy/Sell-Transaktion) vereinbart, so daß der wirtschaftliche Zusammenhang beider Geschäfte später zumeist nicht mehr erkennbar ist. Auch in der Abwicklung entsprechen solche Geschäfte normalen Wertpapierhandelsgeschäften.

### 2.3.2 Rechtsfolgen

Bei den Repo-Geschäften stellen sich die gleichen Bilanzierungsfragen und deren steuerliche Qualifikation wie beim echten Pensionsgeschäft. Wegen der engen inhaltlichen und wirtschaftlichen Verwandtschaft beider Transaktionsformen ergeben sich auch die gleichen Antworten. Das gilt m. E. jedenfalls für die ausschließlich zweiseitigen Geschäfte.

Die Verknüpfung von Kassaverkauf und Terminrückkauf lassen sich als einheitliches Geschäft behandeln, wenn die Verknüpfung aus der Dokumentation der Geschäfte nachvollziehbar ist. Ein wesentlicher Anhaltspunkt für eine solche Verknüpfung ist, daß die Geschäfte zwischen denselben Parteien abgeschlossen werden und den gleichen Kaufgegenstand haben. Schließlich wird Verknüpfung insbesondere auch durch die Kalkulation des Rückkaufpreises deutlich, die wie beim Pensionsgeschäft den Kaufpreis und den Repo-Satz zugrundelegt und die Kompensationszahlung für inzwischen angefallene Erträge berücksichtigt. Die Bilanzierung folgt der Ausgestaltung als Kaufvertrag, d.h. beim Verkäufer Ausbuchung der Papiere und Realisierung des Ertrages aus dem Kaufpreis.

<sup>26</sup> Kienle, Wertpapierleihe und Wertpapier-Pensionsgeschäft, in: Schimanski/ Bundte/ Luwowski, Bankrechts-Handbuch, München 1997, § 105 Rn. 43

### 3. Ergebnis

- § 6 Abs. 6 Satz 1 wurde mit dem Ziel der Abschaffung des sog. Tauschgutachtens in das EStG eingefügt.
- Wertpapierleihgeschäften liegt ein Vertrag über Sachdarlehen i.S.d. §§ 607 ff. BGB zugrunde. Sie erfüllen nicht den Tatbestand des § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG. Die Bilanzierung von Wertpapierleihgeschäften hat weiterhin entsprechend dem BMF-Schreiben vom 03.04.1990 zu erfolgen, d.h. beim Verleiher Aktivierung des Anspruchs auf Rückgabe der verliehenen Papiere mit dem Buchwert als Surrogat.

Die Grundsätze des Tauschgutachtens sind auf Wertpapierleihgeschäfte auch nicht analog übertragbar.

- Im Falle von „klassischen“ (echten) Pensionsgeschäften sind die übertragenen Wertpapiere weiterhin in der Bilanz des Pensionsgebers auszuweisen (§ 340b Abs. 4 HGB). Sie erfüllen nicht den Tatbestand des § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG. Pensionsgeschäfte, bei denen nur gattungsgleiche Wertpapiere zurückübertragen werden, führen zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 AO) auf den Pensionsnehmer. Beim Pensionsgeber sind die Verkaufserlöse zu realisieren, da Gegenleistungen vertraglich vereinbart sind. Die Wertpapiererträge stehen originär dem Pensionsnehmer zu (§ 20 Abs. 2 a EStG). Bei unechten Pensionsgeschäften sind die Pensionsgegenstände und die Erträge bei dem Pensionsnehmer zu erfassen, da sowohl das zivilrechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum auf den Pensionsnehmer übergeht.
- Die Bilanzierung der Repo-Geschäfte folgt der Ausgestaltung als Kaufvertrag d.h. beim Verkäufer Ausbuchung der Papiere und Realisierung des Ertrages aus dem Kaufpreis. Im übrigen gelten die Ausführungen zu echten Pensionsgeschäften sinngemäß.

