

Verrechnungspreise in der C-Suite

Disruption und Verteidigung

Workshop 1 - Finanztransaktionen im Lichte laufender Rechtsprechung

Manfred Naumann und Ronny John - 27. Februar 2019

Contents

Finanztransaktionen – Übersicht

OECD Entwurf Finanztransaktionen

Aktuelle Rechtsprechung

- Hornbach-Urteil
- FG Münster
- FG Köln
- Federal Court of Australia
- GE Capital

Fazit

Finanztransaktionen

Übersicht

Verwaltungsanweisungen - Finanztransaktionen

BMF-Schreiben vom 23.02.1983

- Gewährt eine Person einem Nahestehenden Kredite (z.B. Darlehen, Hypotheken, Warenkredite, Kontokorrentkredite), so ist Fremdpreis der Zins, zu dem Fremde unter vergleichbaren Bedingungen den Kredit am Geld- oder Kapitalmarkt gewähren. Hierbei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere:
 1. Kredithöhe und Laufzeit;
 2. Art und Zweck des Kredites;
 3. Sicherheiten und Kreditwürdigkeit des Schuldners (unter Berücksichtigung von Sonderkonditionen, die auch Fremde dem Schuldner im Hinblick auf dessen Zugehörigkeit zum Konzern einräumen würden);
 4. Kreditwährung, die Wechselkursrisiken und Wechselkurschancen und etwaige Kurssicherungskosten;
 5. bei durchgeleiteten Krediten die Refinanzierungskosten;
 6. sonstige Umstände der Kreditgewährung, insbesondere die Verhältnisse auf den Kapitalmärkten.

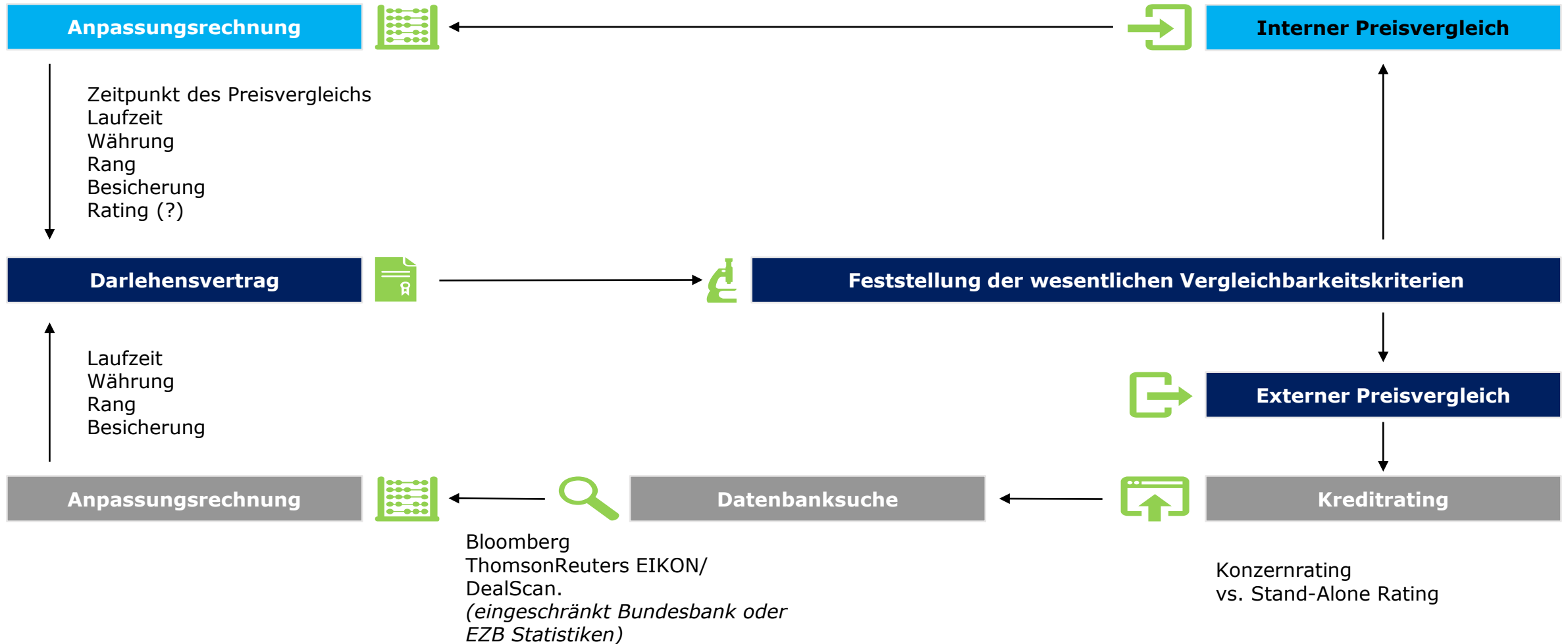
BMF-Schreiben vom 29.03.2011, Tz 6

- Die Finanzverwaltung folgert unter Verweis auf die Verwaltungsgrundsätze 1983, dass der nach § 1 AStG anzusetzende Zinssatz dem Zinssatz entsprechen muss, den fremde Dritte in der Situation der nahestehenden Person unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Bedingungen, die festzustellen sind, vereinbart hätten.



Darüber hinaus existieren wenig spezifische Regelungen auf OECD und/oder nationaler Ebene. Allenfalls hat sich durch BP-Praxis und lfd. Rechtsprechung ein gewisser Standard entwickelt.

Grundlegendes Vorgehen beim Fremdvergleich Finanztransaktionen



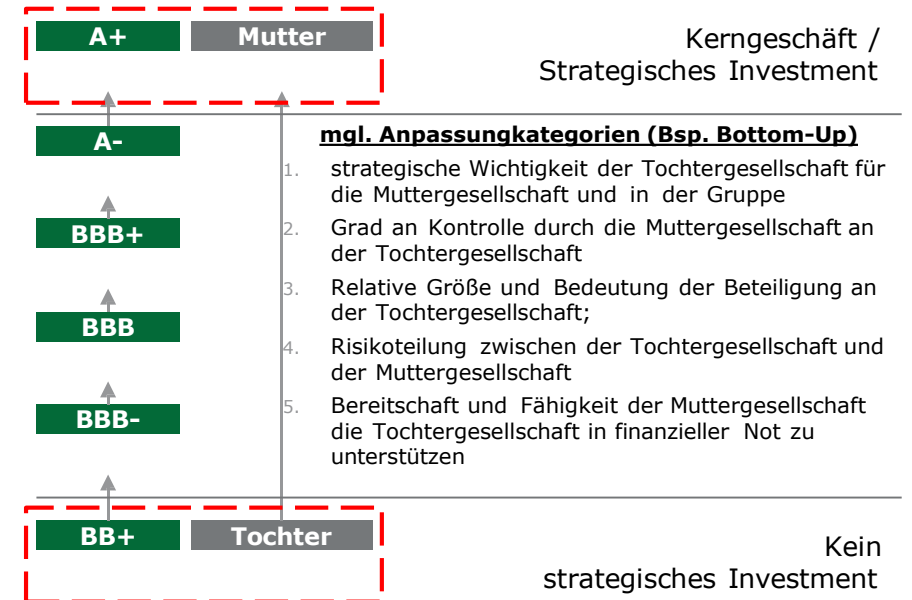
Darlehen

Two-Step-Approach

1) Bestimmung der Bonität (Rating)

- **Fundamentale Rating-Ansätze**

1. Gruppen-Rating
2. Ableitung aus Gruppen-Rating (Top-Down-Ansatz)
3. Stand-Alone-Rating mit Berücksichtigung des impliziten Konzernrückhalts (Bottom-Up-Ansatz)
4. Stand-Alone-Rating des Schuldners



2) Datenbankanalyse

- **Anleihen (Kapitalmarktdaten)**

- Thomson Reuters EIKON Bloomberg

- **Darlehenstransaktionen**

- Thomson Reuters DealScan/LoanConnector
- Statistik der Bundesbank/EZB/jeweiligen Nationalbank

Darlehen

Beispiel Bottom-Up-Ansatz

Stand-Alone-Rating

Üblicherweise erfolgt eine Bestimmung mittels **Rating Tools**, wie

- Moody's RiskCalc™,
- S&P CreditModel™.

Alternativ auch mittels **kennzahlenbasierter Ansätze**, z.B. auf Basis von

- Methodologies Moody's,
- Modifiziertes Altman-Z

ein Rating abgeleitet werden.

Für Konzernoberges ggf. Rückgriff auf **öffentlich verfügbare Ratings** namhafter Agenturen

Herausforderungen:

- Holdings
- Start-Ups
- Organgesellschaften

Konzernrückhalt

Bestimmung des Einfluss der Konzernzugehörigkeit, beispielsweise mittels qualitativ/quantitativer Analyse

S	Borrower's stand-alone synthetic credit rating	Borrower's synthetic credit rating determined by Deloitte e.g. via Moody's RiskCalc™	BB+	8
G	Group's public credit rating	Equals to the Group's public credit rating based on S&P, Moody's or Fitch	A+	14
D	Difference between the group's public credit rating and the borrower's synthetic stand-alone credit rating	= G - S		6
A	Weighted average halo adjustment factor (ω)	Measured from table "Factor Weights - Questionnaire"		0,56
H	Halo effect credit rating adjustment relative to the borrower's stand-alone rating	= D x A		3
R	Halo effect adjusted corporate credit rating of the borrower before transaction-specific adjustments	= S + H		BBB+
T	Transaction-specific credit rating adjustment to account for security, subordination and leverage (in credit rating notches)	This adjustment is based on S&P's corporate ratings criteria methodology, which accounts for the security / subordinated status of the debt transaction and the borrower's leverage by notching up / down the borrower's corporate credit rating	0	
F	Halo effect adjusted, transaction specific credit rating applied to benchmark the interest rate	= S + H + T		BBB+

Darlehen

Qualitative Analyse des Einfluss der Konzernzugehörigkeit

Category	Factor	Description	Source of information	Category	Factor	Description	Source of information
1 Strategic importance	Strategic importance for the borrower - integrated lines of business or critical suppliers	What is the degree of integration of inter-company operations (revenues and/or operating costs) with the group companies for the borrower and its subs?	Financial statements of the borrower and the group	9 Risk sharing	Shared name	Does the borrower share the same name or name components with the group?	Legal documentation
2 Strategic importance	Strategic importance for the group - core business segment	What is the relative contribution of the borrower and its subs to performance of the overall group?	Financial statements of the borrower and the group	10 Risk sharing	Domicile of registration and operations	Is the borrower registered and operates in country other than the country of the group's registration?	Legal documentation and management's response
3 Ownership and control	Legal ownership	What is the group's legal ownership share of the borrower?	Up-to-date ownership records	11 Risk sharing	Correlation of potentials risks	Do the borrower and the group's other companies share the same operational and market risks (other than country-specific risks)?	Management's response
4 Ownership and control	Effective management control	What is a degree of the group's effective management control of the borrower's operations?	Management's response	12 Support	Group's capacity for providing support	Does the group have a sufficient financial capacity to provide a support on the borrower's debt obligations if the borrower defaults?	Financial statements of the borrower and the group
5 Ownership and control	Nature of other owners	Are there other owners and, if yes, what is the degree of influence / control that they have over the borrower and its core subs?	Up-to-date ownership records and management's response	13 Support	Management's stated posture on support	What is the group's stated or implied position on whether the borrower is perceived to be an investment or a strategic entity?	Management's response
6 Investment	Common sources of capital	Do the borrower and its subs have their own independent sources of financing (e.g., public common or preferred equity, third-party debt)?	Financial statements of the borrower	14 Support	Track record of the Group in similar circumstances	Did the group provide support to its subsidiaries and affiliates in situations when they were in a default position with respect to their third-party debt positions?	Management's response
7 Investment	Significance of equity investment	Is the group materially invested in the borrower?	Financial statements of the borrower and the group				
8 Investment	Equity investment relative to amount of debt	Is the amount of the group's equity investment large relative to the amount of the borrower's total debt?	Financial statements of the borrower				

Darlehen

Vor- und Nachteile der Rating-Ansätze

	Vorteil	Nachteil
Gruppen-Rating	<ul style="list-style-type: none"> Ggf. öffentlich verfügbar Niedriger Verwaltungsaufwand (sowohl Set-up, als auch laufend), Rating der Tochtergesellschaft ist an das des Mutterkonzerns angepasst 	<ul style="list-style-type: none"> Wird in vielen Ländern nicht anerkannt, z.B. den Niederlanden Keine Abschreibungsminderungen im Falle von Kreditausfällen Selten in der Praxis zu beobachten
Ableitung aus Gruppen-Rating (Top-Down-Ansatz)	<ul style="list-style-type: none"> Niedriger bis mittlerer Verwaltungsaufwand (sowohl Set-up, als auch laufend), aufgrund des passenden notch - downs Häufig in der Praxis zu beobachten 	<ul style="list-style-type: none"> Höheres Risiko, dass Abschreibungsminderungen bei Kreditausfällen nicht akzeptiert werden Der Notching-Prozess unterscheidet sich je nach Ratingagentur, was eine subjektive Beurteilung zur Folge hat
Stand-Alone-Rating mit impliziten Konzernrückhalt (Bottom-Up-Ansatz)	<ul style="list-style-type: none"> Grds. genauestes Verfahren Hohe Akzeptanz durch viele Steuerbehörden 	<ul style="list-style-type: none"> Hoher Verwaltungsaufwand (Set-up und laufend) Ggf. Teilwertabschreibung nicht steuerlich wirksam
Stand-Alone-Rating	<ul style="list-style-type: none"> Hohe Akzeptanz durch viele Steuerbehörden Abschreibungsminderungen im Falle von Kreditausfällen Häufig in der Praxis zu beobachten 	<ul style="list-style-type: none"> Mittlerer Verwaltungsaufwand (Set-up und laufend)

OECD Entwurf zu Finanztransaktionen Juli 2018

OECD Discussion Draft vom 03.07.2018

Übersicht

Abschnitt B: Anwendung der Prinzipien aus Abschnitt D.1. des Kap. 1 der OECD Verrechnungspreisrichtlinie 2017

Abschnitt C: Leitlinien zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Treasury Aktivitäten

Abschnitt D: Garantien / Finanzierungsunterstützungsmaßnahmen

Abschnitt E: Erbringung und Vergütung von Captive Insurance / Versicherungsleistungen innerhalb des Konzerns

Kernaspekte des Diskussionsentwurfs (keine Konsensversion!)

- Anwendung Überlegungen zum Fremdvergleichsgrundsatz auf die Kapitalstruktur & Qualifizierung FK / EK
- Frage nach der Abgrenzung der Transaktionen (Darlehen, Garantien etc.)
- Beidseitige Betrachtungsweise aus Darlehensnehmer- und Darlehensgebersicht (innerhalb des CUP)
- Zunehmende Bedeutung der F&R Analyse
 - Finanzierung als eine [risikolose] Dienstleistung?
 - Funding ohne Risikotragung => risikoloser Zinssatz (analog IWG)
- Thematisierung von Konzernrückhalt, Garantien und Vergütung
 - Vergütung nicht einheitlich geklärt
- Gewinnverteilung aus Finanzierungsfunktion

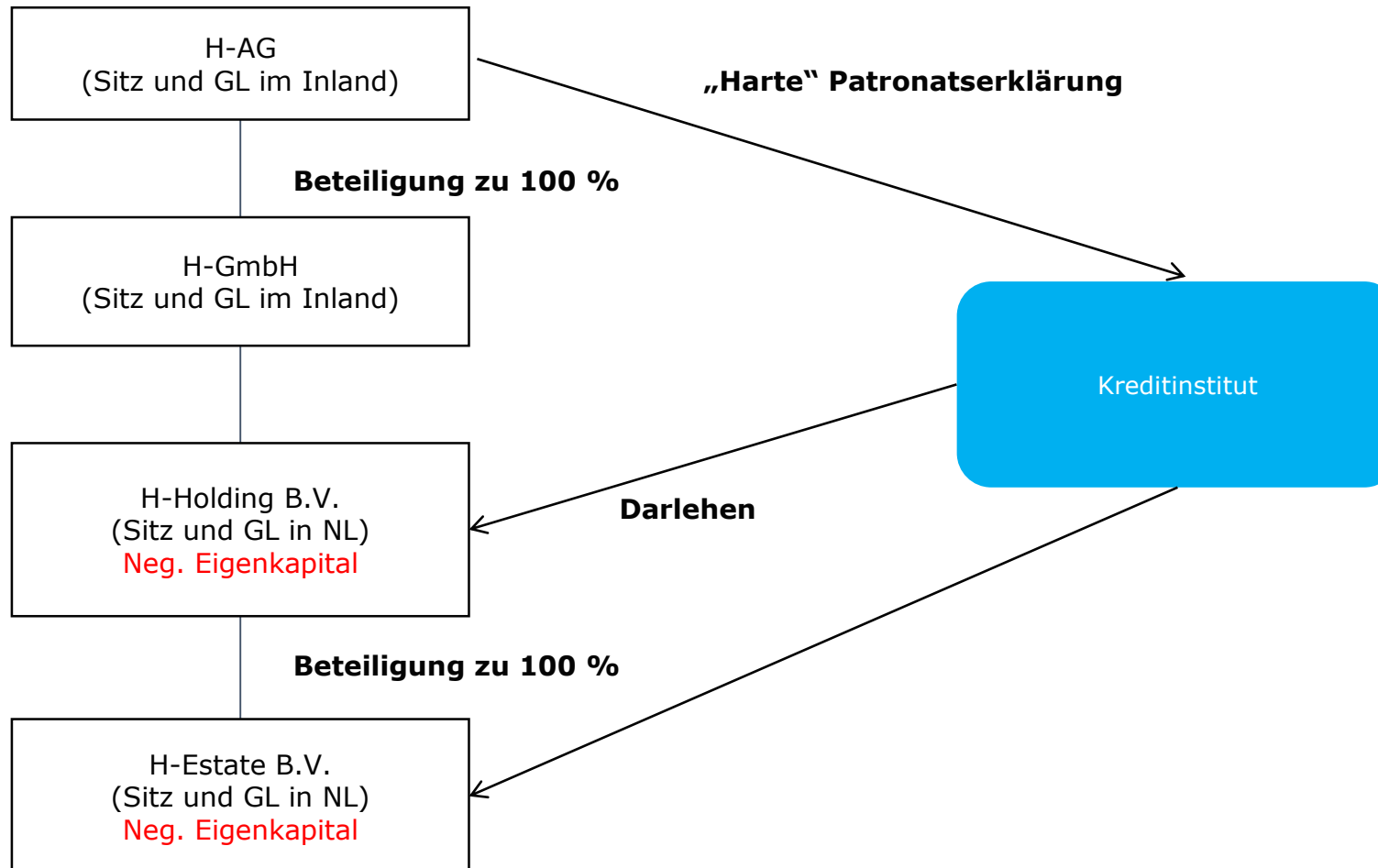
A. Introduction	4
B. Interaction with the guidance in Section D.1 of Chapter I	4
B.1. Identifying the commercial or financial relations	4
B.2. The economically relevant characteristics of actual financial transactions	8
B.2.1. Contractual terms	8
B.2.2. Functional analysis	8
B.2.3. Characteristics of financial products or services	9
B.2.4. Economic circumstances	9
B.2.5. Business strategies	9
C. Treasury function	14
C.1. Intra-group loans	16
C.1.1. The lender's and borrower's perspectives	16
C.1.2. Use of credit ratings	17
C.1.3. Effect of group membership	19
C.1.4. Covenants	21
C.1.5. Guarantees	21
C.1.6. Loan fees and charges	21
C.1.7. Pricing approaches to determining an arm's length interest rate	22
C.2. Cash pooling	24
C.2.1. Cash pooling structures	25
C.2.2. Accurate delineation of cash pooling transactions	26
C.2.3. Pricing of cash pooling transactions	27
C.3. Hedging	30
D. Guarantees	31
D.1. Financial guarantees	32
D.1.1. Explicit guarantees, implicit guarantees and cross-guarantees	33
D.1.2. Determining the arm's length price of guarantees	34
D.1.3. Examples	36
E. Captive insurance	37
E.1. Overview of insurance	38
E.2. Rationale for a captive	39
E.3. Existence of insurance	39
E.4. Reinsurance captives – Fronting	40
E.5. Determining the arm's length price of captives	40
E.5.1. Pricing of premiums	41
E.5.2. Combined ratio and return on capital	41
E.5.3. Group synergy	42
E.6. Agency sales	42

Rechtsprechung

Hornbach-Urteil

Hornbach-Urteil (1/4)

EuGH Rechtssache C-382/16



a) Hat grundsätzlich seitens der beiden B.V. eine Haftungsvergütung für die Übernahme der Patronatserklärung an die H-AG zu erfolgen?

b) Können bei der Führung des Fremdvergleichs wirtschaftliche Gründe, die lediglich im Nahestehen begründet sind, dafür herangezogen werden, dass eine Vergütung für die Übernahme der Patronatserklärung nicht anzusetzen ist?

c) Ist eine Einkünftekorrektur bei der H-AG wegen Unionsrechtsverstoß unzulässig?

Hornbach-Urteil (2/4)

EuGH Rechtssache C-382/16

Vorabentscheidungsersuchen auf Basis Art. 267 Abs. 2 AEUV (FG-Rheinland-Pfalz vom 28.6.2016 (1 K 1472/13))

- Einschlägige Grundfreiheit nach dem AEUV sei die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV), nicht Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 49 AEUV)
- § 1 Abs. 1 AStG 2003 sehe nicht die Möglichkeit vor, wirtschaftliche Gründe für den Abschluss eines solchen Geschäftes nachzuweisen
- Wirtschaftliches Eigeninteresse bliebe unberücksichtigt und handle aus Gründen im Gesellschaftsverhältnis (Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters)
- Patronatserklärung bewirke, dass Gesellschafter in seiner Liquidität uneingeschränkt erhalten bleibe
- Haftungsrisiko würde Gesellschafter auch tragen, wenn er EK zur Verfügung stellen würde; aber hierfür wäre auch kein Entgelt zu entrichten
- Gesellschaft sei zudem wirtschaftlich doppelt belastet (Zins und Haftungsvergütung an den G'ter)

Schlussantrag des GA Bobek vom 14.12.2017

- Die betreffenden nationalen Regelungen führen nicht zu einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit
- Soweit sie dies gleichwohl tun, sind sie gerechtfertigt
- MS sind berechtigt, Maßnahmen gegen die Aushöhlung ihrer BMG durch Gewinnverlagerungen aus dem Hoheitsgebiet zu erlassen
- Sie können Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass Gewinne ordnungsgemäß aufgeteilt werden
- Fremdvergleichsgrundsatz als internationaler Standard
 - Vereinheitlichte Grundlage, um die Gewinnzuordnung zu gewährleisten
- Die Erklärungen haben einen wirtschaftlichen Wert
- Es müsse die Möglichkeit gegeben werden, eine Anpassung ihrer Steuerbemessungsgrundlage zu vermeiden, indem sie die Gewährung günstiger wirtschaftlicher Bedingungen damit begründen, dass es wichtig sei den Erfolg ihrer Tochtergesellschaft zu gewährleisten
- Dieses Argument ist eindeutig unzutreffend
 - Andernfalls würde dem Begriff des fremdüblichen Geschäfts jede Bedeutung genommen

Hornbach-Urteil (3/4)

EuGH Rechtssache C-382/16

Urteil des EuGH vom 31. Mai 2018

- Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit (Rz. 31)
 - Diese wird behindert, wenn nach der Steuerregelung eines MS eine gebietsansässige Gesellschaft, die eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat unterhält, steuerlich ungünstiger behandelt wird als eine gebietsansässige Gesellschaft mit einer Tochtergesellschaft im erstgenannten MS
- Nur dann statthaft (Rz. 36),
 - wenn sie Situationen betrifft, die nicht objektiv miteinander vergleichbar sind, oder
 - wenn sie durch vom Unionsrecht anerkannte zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist
- In diesem Fall muss die Beschränkung aber außerdem geeignet sein, die Erreichung des fraglichen Ziels zu gewährleisten, und darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (Rz. 36)
- DEU/SWE (Rz. 41)
 - Eine Regelung, wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, sei durch den in der Wahrung einer ausgewogenen Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten liegenden zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt
- EuGH (Rz. 43)
 - Diese ist dann geeignet, wenn mit der untersuchten Regelung Verhaltensweisen verhindert werden sollen, die geeignet sind, das Recht eines Mitgliedstaats auf Ausübung seiner Besteuerungszuständigkeit für die in seinem Hoheitsgebiet durchgeführten Tätigkeiten zu gefährden
 - Eine nationale Regelung wie § 1 AStG ist geeignet, die Wahrung der Aufteilung der Steuerhoheit zwischen den MS sicherzustellen (Rz. 46)

Hornbach-Urteil (4/4)

EuGH Rechtssache C-382/16

Urteil des EuGH vom 31. Mai 2018 (cont.)

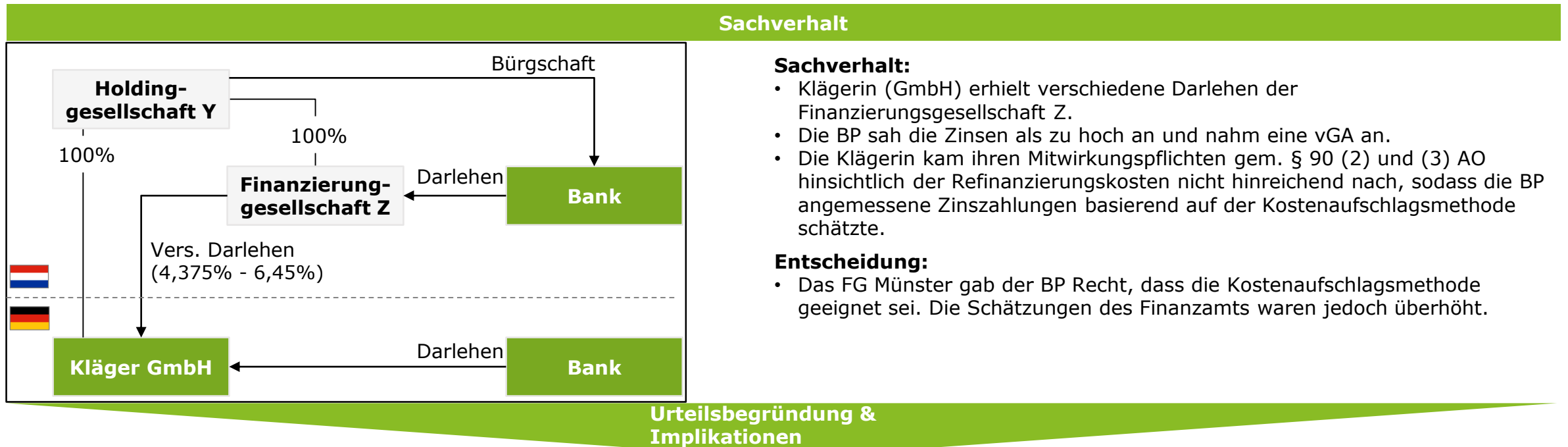
- Schließlich ist zu prüfen, ob eine solche nationale Regelung nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist:
 - Möglichkeit einräumen, Beweise für etwaige wirtschaftliche Gründe für den Abschluss dieses Geschäfts beizubringen
 - Steuerliche Berichtigung muss sich ggf. auf den Teil beschränken, der über das hinausgeht, was die betreffenden Gesellschaften unter Marktbedingungen vereinbart hätten
 - Ist die Tochtergesellschaft für die Erweiterung ihres Geschäftsbetriebs auf die Zuführung von Kapital angewiesen, weil sie über kein ausreichendes Eigenkapital verfügt, so können wirtschaftliche Gründe die Überlassung von Kapital durch die Muttergesellschaft unter nicht fremdüblichen Bedingungen rechtfertigen (Rz. 54)
 - Im Übrigen wurde in der vorliegenden Rechtssache keine Gefahr einer Steuerumgehung geltend gemacht (Rz. 55)
 - **Unter diesen Umständen** könnten ... rechtfertigen (Rz. 56)
 - Fortführung oder Ausweitung des Geschäftsbetriebs hing von Zuführung von Kapital ab (Rz. 56)
 - Gewisse Verantwortung der Muttergesellschaft (Rz. 56)
 - Eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung des von ihr verfolgten Ziels erforderlich ist, **sofern** die mit der Anwendung dieser Regelung betrauten Behörden dem ansässigen Steuerpflichtigen die Möglichkeit einräumen, zu beweisen, dass die Bedingungen aus wirtschaftlichen Gründen vereinbart wurden, die sich aus seiner Stellung als Gesellschafter der gebietsfremden Gesellschaft ergeben können; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.

Rechtsprechung

FG Münster

FG Münster (1/4)

Urteil vom 07.12.2016 (13 K 4037/13 K,F)



- Grundsätzlich sind alle drei Methoden (Preisvergleichsmethode, Kostenaufschlagsmethode, Wiederverkaufspreismethode) gleichermaßen anerkannt und stehen gleichrangig nebeneinander.
- Die Bonität der Darlehensnehmerin sei nicht individuell zu bestimmen, sondern für den Konzern insgesamt zu beurteilen (Gruppen-Rating vor Stand-Alone Rating).
- Hinsichtlich der Mitwirkungspflichten ist § 90 (2) AO zu beachten, d.h. Beweismittel, z.B. Darlehensverträge auch auf Ebene der Mutter- oder Schwestergesellschaft sind vorzulegen.
- Revision zugelassen.

FG Münster (2/4)

Urteil vom 07.12.2016 (13 K 4037/13 K,F)

Kernaussagen

- Grundsätzlich sind alle drei Methoden (Preisvergleichsmethode, Kostenaufschlagsmethode, Wiederverkaufspreismethode) gleichermaßen anerkannt und stehen gleichrangig nebeneinander:
 - Aber – entgegen der Wahl der externen Preisvergleichsmethode, die der Stpfl. als geeignete Verrechnungspreismethode gewählt hat – hält das FG die Kostenaufschlagsmethode für anwendbar.
 - Die Kostenaufschlagsmethode ist lt. FG nicht nachrangig zur Preisvergleichsmethode. Ebenso wenig genießt die Preisvergleichsmethode Vorrang vor der Kostenaufschlagsmethode.
 - Auswahl der geeigneten Methode – Entscheidung des FG: „diejenige [Methode], mit der der Fremdvergleichspreis im konkreten Einzelfall mit der größtmöglichen Wahrscheinlichkeit seiner Richtigkeit ermittelt werden kann“ [Tz. 71].
 - Besondere Anforderung an Vergleichbarkeit zur Durchführung der Preisvergleichsmethode
 - Keine Wahlmöglichkeit des Stpfl. bzgl. der Methode.
 - FG erkennt Gründe des Stpfl. gegen die Kostenaufschlagsmethode (keine Kommissionärstätigkeit, unterschiedliche Kreditausfallrisiken) nicht an: Sie ist anwendbar, „wenn Preisvergleichs- und Wiederverkaufspreismethode mangels vergleichbarer Bedingungen keine sichereren Ergebnisse zu liefern vermögen“ [Tz. 74].
 - OECD Sichtweise zur Methodenhierarchie irrelevant, da nicht Teil nationaler Rechtsvorschriften.
 - Interner Preisvergleich ist nicht anwendbar wegen Bürgschaft der Y gegenüber den Banken.
 - Externer Preisvergleich nicht anwendbar, da konzerninterne Finanzierungsgesellschaft nicht mit externen Darlehensgebern vergleichbar sei (kein Marktauftritt).
 - Zweifel an der Vergleichbarkeit von Anleihen zu regulären Darlehen.

FG Münster (3/4)

Urteil vom 07.12.2016 (13 K 4037/13 K,F)

Kernaussagen

- Die Bonität der Darlehensnehmerin:
 - Rating mit Hilfe des S&P CreditModels nicht nachvollziehbar: Formel wird seitens S&P nicht veröffentlicht; FG kann die Ratingberechnung nicht nachvollziehen. Daher: „Diese Bewertungen können vom Senat nicht überprüft werden und folglich auch nicht der Besteuerung zu Grunde gelegt werden.“ [Tz. 81]
 - Zweifel an der Übertragbarkeit des Ratings von Anleihen auf konzerninterne Darlehen. Sei nicht individuell (d.h. für einzelne Konzerngesellschaften) zu bestimmen, sondern für den Konzern insgesamt zu beurteilen (Gruppen-Rating vor Stand-Alone Rating).
 - „Darüber hinaus erscheint es dem Senat praxisfern, hinsichtlich der Bonität auf eine einzelne Konzerngesellschaft und nicht auf den Konzern insgesamt abzustellen [...]“. [Tz. 82]
 - Möglicher Widerspruch zu BFH I R 11/14 v. 7.9.2016:

„Das FG hat hierbei rechtsfehlerfrei entschieden, dass bei sog. weitergeleiteten Konzerndarlehen der Nachweis i. S. eines Drittvergleichs nicht bereits deshalb gelungen ist, weil das Darlehen zu ähnlichen Bedingungen gegeben wurde, wie sie der Konzernmutter durch einen Dritten eingeräumt wurden (so auch Pung/Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, a. a. O., § 8a KStG (vor URefG 2008) Rz. 192; a.A. wohl Schmid/Grabbe DStR 2004, 403, 406). Denn es liegen schon mit Blick auf die unterschiedlichen Vermögensverhältnisse (als Grundlage für eine Bonitätseinschätzung des Schuldners durch den Gläubiger) keine „gleichen Umstände“ mit Blick auf Konzernmutter und Konzerntochter vor.“ [Tz. 23]

Im Fall vor dem BFH wurde ebenfalls der Kostenaufschlagsmethode gefolgt – im Fall des FG Münster wird auf das Konzernrating abgestellt und im Fall des BFH nicht...



FG Münster (4/4)

Urteil vom 07.12.2016 (13 K 4037/13 K,F)

Kernaussagen

- Hinsichtlich der Mitwirkungspflichten ist § 90 (2) AO zu beachten; d.h. Beweismittel, z.B. Darlehensverträge auch auf Ebene der Mutter- oder Schwestergesellschaft sind vorzulegen (zur Konkretisierung der Kostenbasis).
- „Der Senat hält die Voraussetzungen einer Schätzung des angemessenen Zinsverrechnungspreises gemäß § 162 AB. 2 Satz 1 AO vielmehr allein aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflichten nach § 90 Abs. 2 Satz 1 AO für erfüllt.“ [Tz. 96]
- Tatsächliche Schätzung des FA war lt. FG aber überhöht.
- Definition des Kostenbegriffs:
 - Tatsächliche entstandene (pagatorische) vs. kalkulatorische (d.h. inkl. EK-Rendite, Abschreibungen und Unternehmerlohn) Kosten sind gleichberechtigte Konzepte.
 - Hier aber Fokus auf Erstere, da Sonderposten im JA der Z nicht eindeutig den betr. Darlehen zugewiesen werden können.
 - Pauschale Kostenbestimmung der Z: sonstiger gesamter Zinsaufwand der Z / gesamten Zinsertrag der Z => Fremdkapitalkosten der Z als Bruchteil der Zinserträge
 - FG folgt somit eher einer weiten Auslage der Anwendbarkeit der Kostenaufschlagsmethode (vs. „Durchleitkredite i.e.S.).
 - EK Kosten durch das FA waren aber falsch geschätzt:
 - BP hat EK Kosten mit 70% der Sollzinsen angesetzt.
 - FG: EK Kosten müssen über den FK Kosten liegen.
 - EK Kosten = 150% FK-Kosten.
 - Die sich daraus ergebende EK Rendite befindet sich im Rahmen der üblichen EK Verzinsung der Gruppe.
- Korrektur des Einkommens um ca. EUR 80k (anstelle von ca. EUR 300k lt. BP) – Ergebnis entspricht somit in etwa dem eines zwischenzeitlich geführten Verständigungsverfahrens mit den Niederlanden (verbleibende deutsche Korrektur i.H.v. EUR 92k mit einer anderen zeitlichen Verteilung).
- Revision anhängig (I R 4/17).

Rechtsprechung

FG Köln

FG Köln

Urteil vom 29.06.2017 (10 K 771/16)

Sachverhalt

Klägerin nahm zur Akquisition Darlehen von einer Bank, dem Verkäufer und dem neuen Gesellschafter auf (Juni 2012).

Finanzierung	Sicherheit	Rang	Lfz.	Tilgungsstruktur	Zins
Bank Tranche A Tranche B	Abtretung	Erstrangig	30.6.2017	A: Linear B: Endfällig	A: Euribor + 4,25% B: Euribor + 4,5%
Verkäufer	---	Nachrangig	30.6.2018	Endfällig	10%
Gesellschafter	---	Nachrangig	31.12.2021	Endfällig	8%

Anpassung des Zinssatzes des Gesellschafterdarlehens von 8% auf 5% durch BP als vGA.

FG Köln:

- Verkäuferdarlehen ist kein Maßstab (ggf. Zusammenhang zum Verkauf)
- Maßstab ist Bankdarlehen (trotz unterschiedlicher Konditionen & ohne erkennbare Anpassungen)
- Nachrang von Gesellschafterdarlehen gesetzlich vorgesehen: „Der Bekl. weist diesbezüglich zutreffend darauf hin, dass durch § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO i. d. F. des MoMiG der Nachrang von Forderungen aus Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich gleichwertigen Rechtshandlungen normiert wurde. Diese Nachrangigkeit kann auch nicht durch die Gewährung von Sicherheiten ausgehebelt werden. Folglich kann weder die Nichtgewährung von Sicherheiten noch die Nachrangigkeit von Gesellschafterdarlehen einen Risikozuschlag bei der Zinsfestlegung rechtfertigen.“
- Konzernrückhalt irrelevant: „Für die Höhe des fremdüblichen Zinssatzes spielt die Rechtsfigur des sog. Rückhalts im Konzern zumindest bei Darlehensgewährungen von der Mutter- an die Tochtergesellschaft keine Rolle (s. FG Köln, Urteil vom 8. 5. 2013 10 K 1172/12, Juris, Rz. 37), so dass diese Rechtsfigur bei der Ermittlung des fremdüblichen Zinssatzes außen vor bleiben müssen.“
- Revision beim BFH anhängig (I R 62/17).

Rechtsprechung

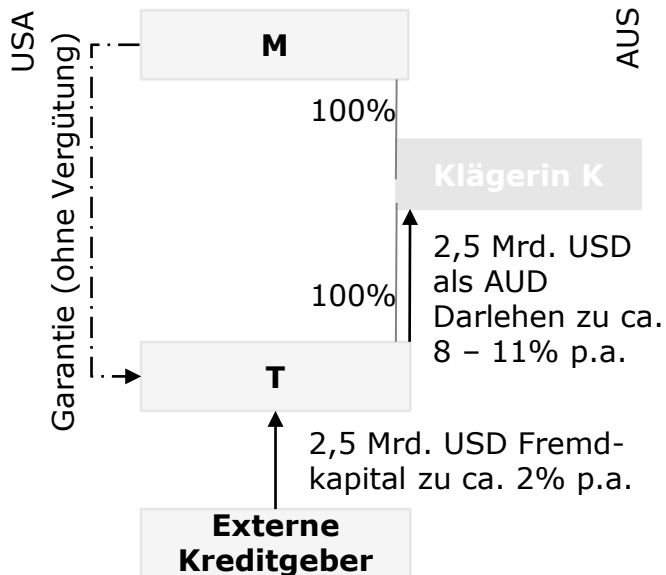
Federal Court of Australia

Federal Court of Australia (1/5)

Urteil vom 23.10.2015

Sachverhalt

Gültig für die Jahre 2003 – 2008:



- Tochtergesellschaft T erhielt eine Garantie von der Muttergesellschaft M. Dadurch war T in der Lage sich am Kapitalmarkt günstig mit Fremdkapital zu versorgen.
- Insgesamt erhielt T mit verschiedenen Finanzierungsinstrumenten (überwiegend Commercial Paper) USD 2,5 Mrd. Fremdkapital zu ca. 2% p.a.
- T vergab das gesamte FK weiter an die Klägerin; Allerdings in AUD und unbesichert, was zu Zinssätzen von 8-11% p.a. führte.
- US Sonderregeln gewährten T Steuerfreiheit auf Zinseinkünfte. T führte die Zinseinnahmen von ca. AUD 1,1 Mrd. als Gewinn an die Klägerin ab.
- Klägerin musste abgeführte Gewinne von T a.G. von DBA nicht versteuern.
- Australische Betriebsprüfung: Transaktion hält bei einer Gesamtbetrachtung nicht dem Fremdvergleich stand, da nicht „nachhaltig“ bzw. kommerziell irrational. Eine reine Betrachtung des von der Klägerin gezahlten Zinssatzes ist nicht ausreichend. Des Weiteren ist die Darlehensvergabe in AUD sowie die fehlende Berücksichtigung des Konzernrückhalts zu bemängeln.
- Australischer Federal Court: Entschied in wesentlichen Punkten im Sinne der Betriebsprüfung (Details siehe nächste Seite).

→ **Am 21.04.2017 entschied der Full Federal Court im Revisionsverfahren zugunsten der australischen Finanzverwaltung.**

Federal Court of Australia (2/5)

Urteil vom 23.10.2015

Entscheidung

Der australische Federal Court entschied, dass das Darlehen in seiner Gesamtheit betrachtet werden muss. Eine isolierte Betrachtung des Zinssatzes ist nicht ausreichend, um die Fremdüblichkeit einer Transaktion festzustellen. Nach Ansicht des australischen Federal Court müssen nach Artikel 9 des DBA Australien – USA (entspricht Artikel 9 OECD MA) die fremdüblichen Bedingungen insgesamt identifiziert und daraus der fremdübliche Zinssatz gefolgert werden. Basiert eine Transaktion auf fremdunüblichen Bedingungen, so müssen diese fremdüblich „recharakterisiert“ werden. Dies führt im gegebenen Fall zur Anpassung des Zinssatzes. Die Klägerin musste insgesamt AUD 269 Mio. nachzahlen, wobei AUD 180 Mio. auf Steuernachzahlungen entfällt, AUD 44 Mio. auf Verzögerungszinsen und AUD 45 Mio. auf Strafzuschläge.

Begründung des australischen Federal Court

- **Recharakterisierung der Transaktion:** Die abkommensrechtliche Vorschrift (hier Art. 9 Abs. 1 DBA AUS-USA) muss dahingehend interpretiert werden, dass alle für die Höhe des Zinssatzes relevanten Faktoren beachtet werden müssen. Sachverhaltsumstände sind bei der Ermittlung des Zinssatzes nicht als „exogen“ gegeben anzusehen, sondern müssen denen entsprechen, die fremde Dritte miteinander vereinbart hätten. Ist dies nicht der Fall, erlaubt Artikel 9 eine „Recharakterisierung“ der Transaktion dahingehend, dass die Umstände denen zwischen fremden Dritten entsprechen. Das Gericht hält es dabei nicht für notwendig, dass für alle zinssatzrelevanten Umstände die fremdvergleichskonforme Gestaltung benannt wird. Um eine „Recharakterisierung“ vorzunehmen, reicht es aus, einzelne Umstände/Konditionen zu identifizieren, die nicht denen zwischen fremden Dritten entsprechen. Im gegebenen Fall wurden insbesondere die fehlende Besicherung sowie die fehlenden Kreditaufgaben des Darlehens („Covenants“) als fremdunübliche Umstände angesehen. Daher ist das Darlehen zwischen T und der Klägerin zu „recharakterisieren“. Das Gericht hält es nicht für notwendig, dass für jeden zinssatzrelevanten Umstand der isolierte Einfluss auf den Zinssatz genau bestimmt wird. Daher kann der fremdübliche Zinssatz der „recharakterisierten“ Transaktion geschätzt werden. Entspricht der für „recharakterisierte“ Transaktion geschätzte fremdübliche Zinssatz nicht dem ursprünglich als fremdüblich angesehenen Zinssatz, darf der Zinssatz korrigiert werden. Das Gericht wies darauf hin, dass die Korrektur des Zinssatzes selbst nicht durch Art. 9 Abs. 1 des DBA AUS-USA legitimiert sei, sondern auf Basis nationaler australischer Verrechnungspreisnormen vorgenommen werden müsse.

Federal Court of Australia (3/5)

Urteil vom 23.10.2015

Begründung des australischen Federal Court

- **Nachhaltigkeit der Transaktion:** Die Klägerin bestätigte, dass das Darlehen nur bedient werden konnte, weil T als Tochtergesellschaft der Klägerin die Zinszahlungen als Gewinn zurück ausschüttete. Die Zinsbelastung der Klägerin ist daher als nicht nachhaltig einzustufen. Unter fremden Dritten wäre eine derart hohe Zinsbelastung auf Dauer daher nicht vereinbart worden, was als klares Indiz für eine im Gesamtbild fremdunübliche Transaktion anzusehen ist.
- **Berücksichtigung des Konzernrückhalts:** Das Gericht folgte der Betriebsprüfung in der Auffassung, dass der Konzernrückhalt der Klägerin bei der Zinssatzbestimmung grundsätzlich berücksichtigt werden müsse. Allerdings glaubt das Gericht nicht, dass eine Berücksichtigung des Konzernrückhalts hier zu einer maßgeblichen Änderung des Zinssatzes geführt hätte.
- **Kreditvergabe in AUD:** Eine Kreditvergabe in USD unter sonst gleich Umständen hätte einen wesentlich niedrigeren Zins nach sich gezogen. Die Betriebsprüfung hielt eine Vergabe in USD für notwendig, da ein Großteil des Geschäfts der Klägerin in USD erfolgt. Das Gericht folgte dieser Meinung nicht. Es akzeptierte die Begründung der Klägerin, dass mit der Kreditvergabe in AUD Gewinne bzw. Verluste aus Währungskursschwankungen entgegengewirkt werden sollten, da die Kosten (überwiegend) in AUD entstehen.
- **Strafzahlungen:** Die Strafzahlungen in Höhe von 25% der nachzuzahlenden Steuern (und damit in der Mitte der möglichen Strafzahlungen von 10%, 25% oder 50%) wurde damit begründet, dass die Klägerin den Kredit in der Form primär aufnahm, um die Steuerlast in Australien zu reduzieren. Interne Dokumente zwischen der Klägerin und dem Mutterkonzern M legten dies nahe.
- **Kreditwürdigkeitsgutachten von Ratingagenturen:** Das Gericht vertrat die Ansicht, dass ein Gutachten einer Ratingagentur zur Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers nicht maßgeblich für die Kreditvergabe ist. Ein fremder Dritter würde bei einer Kreditvergabe im gegebenen Fall nicht wie eine Ratingagentur bei der Kreditvergabe vorgehen.

Federal Court of Australia (4/5)

Urteil vom 23.10.2015

Implikationen

- Die Auslegung des australischen Gerichts von OECD MA Art. 9 weicht von gegenwärtiger BFH Auslegung ab. Die BFH Urteile 11.10.2012 – I R 75/11, 17.12.2014 – I R 23/13 und 24.6.2015 – I R 29/14 betonen, dass bei einer Gewinnkorrektur der Höhe nach diejenigen (Sachverhalts-)Umstände einbezogen werden müssen, die den Preis/ die Höhe beeinflussen. Allerdings können nach BFH Ansicht nur die Preise der Transaktionen korrigiert werden. Die Umstände bilden stets nur die Grundlage für die Überprüfung der Verrechnungspreise. Dies entspricht einer engen Auslegung von § 1 Abs. 1 Satz 1, nämlich das mit „*Bedingungen, insbesondere Preise...*“ nur Preise gemeint sind. Der Nichtanwendungserlass vom 30.3.2016 des BMF hingegen stimmt stärker mit der Auslegung des australischen Gerichts überein.
- Australisches Urteil entspricht dem Geiste den jüngsten BEPS Veröffentlichungen der OECD. Nach OECD BEPS Actions 8-10 sollen Finanzbehörden Transaktionen nicht anerkennen bzw. recharakterisieren, wenn diese kommerziell nicht sinnvoll sind.
- Das Argument der Nicht-Nachhaltigkeit würde in deutscher Rechtsprechung vermutlich mit dem Verhalten eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers“ (und dessen Weigerung einer solchen Transaktion zuzustimmen) herangezogen werden. Damit könnte möglicherweise § 42 AO greifen, da es sich möglicherweise um eine rein künstliche Gestaltung handelt (EuGH 12.9.06, C-196/04), die von einem verständigem Dritten in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts und der wirtschaftlichen Zielsetzung ohne den Steuervorteil nicht gewählt worden wäre.
- Die Auffassung des australischen Gerichts zu Kreditwürdigkeitsgutachten steht konträr zur gängigen Praxis und widerspricht auch dem Gerichtsurteil aus den USA zum GE Capital Canada Fall: Dass Banken bspw. gemäß KWG zur Einschätzung einer spezifischen Ausfallwahrscheinlichkeit ab gewissen Beträgen verpflichtet sind und hierzu – nach BaFin – auch ein Rating der etablierten Ratingagenturen verwenden dürfen, sofern sie keine eigenen Modelle verwenden, spricht gegen die im Urteil deutlich vorgenommene Abgrenzung.
- Da kaum klare Vorgaben für konzerninterne Finanzierungstransaktionen bestehen und das Urteil konkreten Bezug auf die Interpretation von Artikel 9 OECD MA sowie auf die neuen australischen Verrechnungspreisregelungen (u.a. mit Möglichkeiten zur Umqualifikation von Transaktionen) nimmt, hat das Urteil eine gewisse Außenwirkung.

Federal Court of Australia (5/5)

Urteil vom 23.10.2015

Implikationen

- Die australischen Verrechnungspreisvorschriften wurden in 2012 dahingehend geändert, dass die australische Finanzbehörde umfangreichere Befugnisse hat, insbesondere bzgl. der Recharakterisierung von Transaktionen. Auch deswegen dürfte sich die australische Steuerbehörde ermutigt fühlen zukünftig ähnliche Positionen einzunehmen, da selbst im Chevron Fall mit den Verhandlungsjahren 2003-2008 eine Recharakterisierung möglich war. Dies gilt insbesondere auch für nicht-Finanztransaktionen.

Revisionsentscheidung vom 21.04.2017

- In der nächst höheren Instanz hat der Full Federal Court der australischen Finanzbehörde Recht gegeben.
- Der Fremdvergleichsgrundsatz verlangt, dass unterstellt wird, Darlehensgeber und -nehmer seien unabhängig von einander (aber dennoch Teil eines Konzerns).
- Es wird hervorgehoben, dass Chevron immer Garantien für externe Finanzierung ausgesprochen hat und grundsätzlich auf möglichst niedrige Zinsen Wert legte. Eine solche Garantie (bzw. alternative Mechanismen zur Zinsminimierung wie bspw. Sicherheiten oder Covenants) hätte berücksichtigt werden müssen. Es wurde nicht weiter darauf eingegangen, ob eine solche Garantie separat hätte vergütet werden müssen.
- Die Anwendung der Vorschriften aus 2012 auf vorherige Jahre ist nicht zu beanstanden, da sie bereits länger bestehende Sichtweisen der australischen Finanzbehörde wider geben.
- Die Entscheidung wird als ein starker Gewinn und als ein Zeichen zugunsten der Finanzverwaltung gesehen, da die Position der Finanzverwaltung gestärkt wird, die Interdependenzen bzw. den Konzernrückhalt bei der Beziehung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft zu berücksichtigen.
- Das Gericht äußerte sich nicht zu der Höhe des Zinssatzes in den Fällen, in denen gemäß der australischen Vorschriften die Beweislast seitens des Steuerpflichtigen liegt, nicht bei der australischen Finanzbehörde.
- Der Chevron-Fall wird vermutlich dazu führen, dass die Finanzbehörden in mehr Fällen argumentieren werden, dass das Rating der australischen Tochtergesellschaft näher an dem Gruppenrating liegen wird, welches insgesamt in der Tendenz zu geringeren Zinssätzen für konzerninterne Darlehen führen wird.

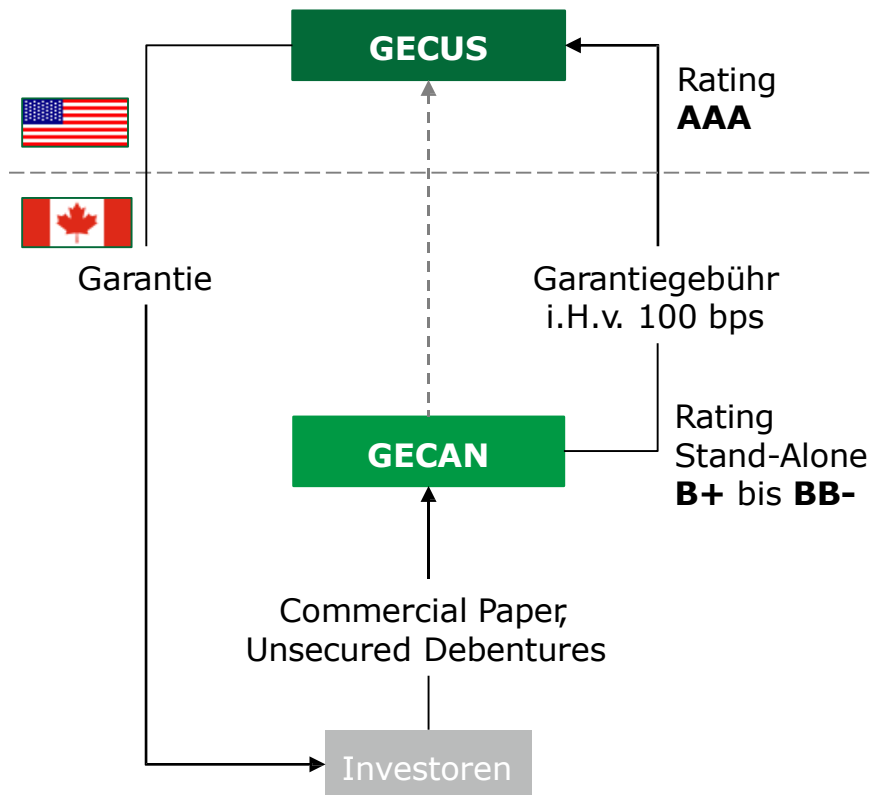
Rechtsprechung

GE Capital

GE Capital

Tax Court of Canada, Urteil vom 4.12.2009

Urteil des EuGH vom 31. Mai 2018



Sachverhalt:

- Die General Electric Capital Corporation („GECUS“) garantierte die Erfüllung der von General Electric Capital Canada („GECAN“) begebenen Commercial Paper und von Unsecured Debentures.
- Kanadische Finanzverwaltung erkannte die Abzugsfähigkeit der Garantiegebühr nicht an und korrigierte das steuerliche Ergebnis i.H.v. 136 Mio. CAD (1996-2000).

Entscheidung:

- Bestimmung der Bonität des Garantieempfängers erfolgt zunächst auf Stand-Alone-Basis im Bereich von B+ bis BB-.
- Anpassung erfolgt an das Status-Quo-Rating, d.h. Hochstufung des Stand-Alone Ratings um 3 Stufen.
- Bestimmung der Obergrenze erfolgt durch Analyse von (Effektiv-) Zinsdifferenzen (Zinersparnis).

Implikation für die Praxis

- Keine automatische Anwendung des Konzernratings
- Nutzenbasierter Ansatz zur Bestimmung von Garantiegebühren zulässig

Quelle: Tax Court of Canada, Urteil v. 4.12.2009, TCC 563.

Fazit

Fazit

Fazit

- Preisvergleich
 - Grundsätzlich sind alle drei Methoden (Preisvergleichsmethode, Kostenaufschlagsmethode, Wiederverkaufspreismethode) gleichermaßen anerkannt und stehen gleichrangig nebeneinander.
 - Auswahl der geeigneten Methode – Entscheidung des FG Münsters: „diejenige [Methode], mit der der Fremdvergleichspreis im konkreten Einzelfall mit der größtmöglichen Wahrscheinlichkeit seiner Richtigkeit ermittelt werden kann“
- Rating
 - FG Münster: Zweifel an der Übertragbarkeit des Ratings von Anleihen auf konzerninterne Darlehen. Sei nicht individuell (d.h. für einzelne Konzerngesellschaften) zu bestimmen, sondern für den Konzern insgesamt zu beurteilen (Gruppen-Rating vor Stand-Alone Rating)
 - Aber Tax Court of Canada sagt:
 - Keine automatische Anwendung des Konzernratings
 - Nutzenbasierter Ansatz zur Bestimmung von Garantiegebühren zulässig

Ansprechpartner



Manfred Naumann
Senior Manager
manaumann@deloitte.de



Ronny John
Director
rojohnd@deloitte.de



Diese Präsentation enthält ausschließlich allgemeine Informationen und weder die Deloitte GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited, noch ihre Mitgliedsunternehmen oder deren verbundene Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Präsentation professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Diese Präsentation ist insbesondere nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendjemand im Vertrauen auf diese Präsentation erlitten hat. Diese Präsentation ist vertraulich zu behandeln. Eine Weitergabe an Dritte – auch in Auszügen – bedarf unserer vorherigen schriftlichen Zustimmung.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen und ihre verbundenen Unternehmen. DTTL und jedes ihrer Mitgliedsunternehmen sind rechtlich selbstständig und unabhängig. DTTL (auch „Deloitte Global“ genannt) erbringt selbst keine Leistungen gegenüber Mandanten. Eine detailliertere Beschreibung von DTTL und ihren Mitgliedsunternehmen finden Sie auf www.deloitte.com/de/UeberUns.

Deloitte erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Risk Advisory, Steuerberatung, Financial Advisory und Consulting für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen; Rechtsberatung wird in Deutschland von Deloitte Legal erbracht. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und unterstützt Kunden bei der Lösung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen. Making an impact that matters – für rund 286.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsames Leitbild und individueller Anspruch zugleich.