

Überarbeitung der VWG VP hinsichtlich konzerninterner Finanzierungsbeziehungen bzw.-dienstleistungen

EY-Stellungnahme

Stand: 06.09.2024



Inhaltsverzeichnis

1.	Executive Summary	1
2.	Allgemeine Anmerkungen.....	4
2.1	§ 1 Abs. 3d und 3e AStG überschließend und international nicht kompatibel.....	4
2.2	Unnötige zusätzliche Regelungen - exzessiver Zinsabzug wegen Zinsschranke ohnehin nicht möglich.....	5
3.	Unterkapitel J.1. Allgemein	6
3.1	zu Rz. 3.122: (Funktions- und Risikoanalyse):.....	6
4.	Unterkapitel J.2. Finanzierungsbeziehung dem Grunde nach (§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG)	6
4.1	zu Rz. 3.124: (Schuldtragfähigkeitstest):	6
4.2	zu Rz. 3.126 und 3.127 (Geschäftszwecktest):.....	8
4.3	zu Rz. 3.130 (Rechtsfolge des § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG)	9
5.	Unterkapitel J.3. Fremdüblicher Zinssatz (§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG).....	9
5.1	zu Rz. 3.133 (Bonität der Unternehmensgruppe).....	9
5.2	zu Rz. 3.134 (Rating der Unternehmensgruppe ist gleichbedeutend mit dem Rating des Konzerns).....	10
5.3	zu Rz. 3.136 (Abstellen auf Rating der obersten Gruppengesellschaft bei Fehlen des Unternehmensgruppenratings)	11
5.4	zu Rz. 3.137 (Nachweis, dass ein vom Unternehmensgruppenrating abgeleitetes Rating dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht).....	12
5.5	zu Rz. 3.139 - 3.141 (Aspekte zur Analyse des Konzernrückhalts; Funktions- und Risikoprofil des Darlehensnehmers im Rahmen der Bonitätseinschätzung; Tabelle zur strategischen Bedeutung eines Unternehmens).....	12
5.6	zu Rz. 3.142 (Anforderungen an den Nachweis durch den Steuerpflichtigen).....	13
5.7	zu Rz. 3.143 (Wissensvorsprung).....	13
5.8	Zu Rz. 3.145 (Keine Vergütung für eine erhöhte Kreditwürdigkeit bei einheitlicher Anwendung des Unternehmensgruppenratings im Inbound und Outbound-Fall)	13
5.9	zu Rz. 3.146 (Bestandsschutz im Rahmen des § 1 Abs. 3d AStG für existierende Finanzierungsbeziehungen).....	14
6.	Unterkapitel J.4. Finanzierungsbeziehungen als funktions- und risikoarme Dienstleistung (§ 1 Abs. 3e AStG)	14
6.1	zu Rz. 3.147	14
6.2	zu Rz. 3.148	15

1. Executive Summary

Mit der Veröffentlichung des Entwurfs einer Überarbeitung der Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise hinsichtlich konzerninterner Finanzierungsbeziehungen bzw. -dienstleistungen aufgrund der Neufassung des § 1 AStG durch Einfügung der neuen Absätze 3d und 3e (im Folgenden „Überarbeitung VWG VP“ oder „Entwurf“) mit Schreiben vom 14.08.2024 hat das Bundesministerium der Finanzen der Fachöffentlichkeit die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 06.09.2024 hierzu Stellung zu nehmen.

Mit dem Entwurf positioniert sich die Finanzverwaltung erstmalig und vergleichsweise zeitnah zu der im Rahmen des Wachstumschancengesetzes

eingeführten Neuregelung des § 1 Abs. 3d und Abs. 3e AStG. Denn aus Sicht der Praxis bestehen zahlreiche offene Anwendungs- und Auslegungsfragen. Aufgrund der rückwirkenden Anwendung bereits für den VZ 2024 bzw. EZ 2024 ist die Klärung dieser Zweifelsfragen von sehr erheblicher Bedeutung.

Der Entwurf des BMF-Schreibens beantwortet einige dieser Zweifelsfragen, z. T. auch in sachdienlicher Weise. Eine Vielzahl weiterer Fragen sind u.E. jedoch in der vorliegenden 1. Entwurfsfassung noch nicht adressiert oder unzureichend beantwortet bzw. stehen u. E. nicht in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut. Im Folgenden gehen wir darauf näher ein, wobei wir der Gliederung des Entwurfs folgen.

Als besonders dringlich sehen wir die folgenden Anpassungen an:

- ▶ § 1 Abs. 3d und 3e AStG sind überschießend, international nicht kompatibel und angesichts der Zinsschranke nicht notwendig. Die Bundesregierung sollte dem Gesetzgeber vorschlagen, § 1 Abs. 3d und 3e AStG zu streichen.
- ▶ Eine Lösung der Textziffer Rz. 3.122 würde exzessiven Analyse- und Dokumentationsaufwand verhindern.
- ▶ Rz. 3.124: In Bezug auf § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1a AStG sollte auf das Heranziehen weiterer Kriterien oder das Erfordernis von zusätzlichen Analysen verzichtet und die entsprechenden Passagen ersatzlos gestrichen werden.
- ▶ Rz. 3.126 und 3.127: In Bezug auf § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1b sollte die Einführung eines quantitativen Tests basierend auf einer Renditebe trachtung gestrichen werden.
- ▶ Rz. 3.133: Für die Bestimmung des Ratings, das der Zinssatzbestimmung zugrunde zu legen ist, sollte der Praxis von Rating-Agenturen in ihren öffentlich zugänglichen Methodenbeschreibungen gefolgt und damit im Einklang stehend das Rating des Konzerns als Obergrenze für Einzelratings der Konzerngesellschaften angesehen werden.
- ▶ In Rz. 3.134 sollten die Definition der „Unternehmensgruppe“ an den Begriff „Konzern“ angeglichen und/oder bei der Rückausnahme des § 1 Abs. 3d Nr. 2, Satz 2 AStG die präzisiert werden, dass der erforderliche Nachweis durch Referenz auf das dokumentierte Vorgehen fremder Dritter erbracht werden kann.
- ▶ Rz. 3.137: Die Kriterien für den Nachweis der Rückausnahme des § 1 Abs. 3d Nr. 2, Satz 2 AStG sollten präzisiert werden.
- ▶ Die Rz. 3.139 bis 3.141 und 3.143 sollten gestrichen werden.
- ▶ Nach Rz. 3.145 sollte eine zusätzliche Rz. eingefügt werden, die klarstellt, dass auch für

Outbound-Darlehen ein Zinssatz unter Annahme eines vollständigen Konzernrückhalts akzeptiert wird.

- ▶ Rz. 3.146: Der Bestandsschutz für existierende Finanzierungsbeziehungen sollte erweitert werden.
- ▶ Rz. 3.147: Unter Verweis auf Tz. 1.108 OECD-Verrechnungspreisrichtlinien sollte klargestellt werden, dass der Darlehensnehmer einen Betriebsausgabenabzug im Zusammenhang mit der erhaltenen Finanzierung bis zu der fremd üblichen Höhe (§ 1 Abs. 1, § 1 Abs. 3d AStG) geltend machen kann und durch § 1 Abs. 3e AStG keine weitergehende Korrektur des Zinsabzugs bei dem Darlehensnehmer erfolgt.
- ▶ In Rz. 3.148 sollte der Anwendungsbereich von § 1 Abs. 3e AStG stärker eingeschränkt werden.

2. Allgemeine Anmerkungen

2.1 § 1 Abs. 3d und 3e AStG überschießend und international nicht kompatibel

Wie bereits in unserer Stellungnahme im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses detailliert dargelegt und begründet¹, erachten wir § 1 Abs. 3d und Abs. 3e AStG als überschießend und verfehlt, da die gesetzlichen Neuregelungen in Teilen konträr zu den OECD-Verrechnungspreisleitlinien stehen. So wird z. B. durch das Abstellen auf die Bonität der Unternehmensgruppe eindeutig gegen das Trennungsprinzip verstößen, wonach jede Kapitalgesellschaft entsprechend ihrer individuellen Leistungsfähigkeit besteuert wird und das international anerkannte Fremdvergleichsprinzip durch eine erstmalige gesetzlich verankerte Auslegung des Konzernrückhalts durchbrochen.

Die gesetzliche Vermutung in § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG steht nicht im Einklang mit den OECD-Verrechnungspreisleitlinien, denn diese bringen klar zum Ausdruck, dass im Regelfall (Tz. 10.81) bewährte Ansätze zur Schätzung des Ratings

¹ Siehe EY-Stellungnahme für die öffentliche Anhörung zum Regierungsentwurf des Wachstumschancengesetzes im Finanzausschuss des Deutschen Bundestags am 06.11.2023 in Abschnitt 7, abrufbar unter: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/de_de/topics/steurticker/ey-stellungnahme-wachstumschanceng-02-11-2023.pdf?download

einer bestimmten Konzerngesellschaft existieren bzw. anzuwenden sind. Nur gegebenenfalls und unter gewissen Voraussetzungen kann das Konzernrating zur Anwendung kommen (Tz. 10.82). Zudem findet sich in den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien u.E. kein Geschäftszwecktest, der § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b AStG entspräche.

Durch die gesetzlichen Vermutungen wird nunmehr die Beweislast auf den Steuerpflichtigen verschoben, wobei das Beweismaß gesetzlich nicht definiert ist. Dies schafft zum einen Rechtsunsicherheit für den Steuerpflichtigen. Zum andern erhöht sie die Gefahr der Doppelbesteuerung. Vor diesem Hintergrund ist es u.E. wichtig, dass das grundsätzlich im Entwurf des BMF sowie im Gesetzentwurf bereits enthaltene Bekenntnis der Finanzverwaltung zur Umsetzung der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien auch erfolgt, so dass der Verwaltungserlass entsprechend praktikable Handlungsanweisungen gibt, mit der die Verwaltung und die Steuerpflichtigen OECD-konforme Lösungen umsetzen können. Nur so wird allen Beteiligten geholfen, indem unnötiger Streit in Betriebsprüfungen und eine Vielzahl unnötiger Verständigungsverfahren abgewendet werden (wobei im Rahmen der Verständigungsverfahren dann ohnehin die OECD-Grundsätze einer Einigung zu grunde zu legen wären).

Petitum: Die Bundesregierung sollte dem Gesetzgeber vorschlagen, § 1 Abs. 3d und 3e AStG zu streichen.

2.2 Unnötige zusätzliche Regelungen - exzessiver Zinsabzug wegen Zinsschranke ohnehin nicht möglich

Zudem möchten wir festhalten, dass bei einer systematischen Gesamtschau bereits wegen der Existenz der Zinsschrankenregelung in § 4h EstG / § 8a KStG als Missbrauchsvermeidungsvorschrift eine weitergehende Einschränkung des steuerlichen Zinsabzugs gar nicht erforderlich ist und ein Abweichen des im § 1 Abs 1 AStG verankerten Fremdvergleichsgrundsatzes durch typisierende Vermutungen - gepaart mit einem deutlich erhöhten administrativen Aufwand und weniger Rechtssicherheit dem Wirtschaftsstandort Deutschland schadet. Auch aus diesem Grund ist eine zurückhaltende Interpretation des § 1 Abs. 3d und Abs. 3e AStG geboten.

Weiterhin ist zu beachten, dass während die Zinsschrankenregelung auf Europarecht basiert, die gesetzlichen Neuregelungen § 1 Abs. 3d und Abs. 3e AStG einen Alleingang Deutschlands darstellen. Die den Steuerpflichtigen durch den BMF-Entwurf auferlegten umfangreichen Nachweispflichten sind diesbezüglich anpassungsbedürftig. Diese unterliegen einem strikten europarechtlichen Verhältnismäßigkeitserfordernis und müssen in der Praxis auch durch den Steuerpflichtigen erfüllbar sein. M.a.W.: es erscheint nicht unwahrscheinlich, dass die Normen - insbesondere je strikter diese angewandt und ausgelegt würden - nicht unionsrechtskonform wären, da erkennbar grenzüberschreitende Finanzierungsbeziehungen besonderen zusätzlichen Anforderungen unterworfen werden sollen, ohne dass hierfür ein erkennbarer hinreichend wichtiger Rechtfertigungsgrund vorliegt. Insbesondere das Argument der Missbrauchsvermeidung und Verlagerung von deutschem Steuersubstrat über die Grenze kann hierbei nicht herangezogen werden, da dies - wie eingangs bereits angemerkt - durch die Zinsschranke europarechtskonform bereits ausgeschlossen wird.

Es erscheint weiterhin auch nicht gesichert, dass die Regelungen dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Grundgesetz gerecht werden, da grundsätzlich vergleichbare Konstellationen ohne sachlich guten Grund unterschiedlich besteuert werden sollen. Darüber hinaus dürfte die Folgerichtigkeit durch die Regelungen verletzt werden. Wenn sich der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 AStG für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes entschieden hat, so ist dies ein Prinzip, welches nur mit gutem Grund durchbrochen werden dürfte. Ein hinreichend wichtiger Grund für die Durchbrechung dieses Grundsatzes ist jedoch weder aus dem Gesetz noch aus der Gesetzesbegründung herauszulesen.

Dass in eingeschränktem Maße, und nur durch Gegenbeweis, dem Steuerpflichtigen doch noch der Zugang zum allgemeinen Fremdvergleichspris eröffnet werden soll, erscheint gleichfalls nicht folgerichtig. Dass das richtige Besteuerungsergebnisse nur durch Erbringung eines Gegenbeweises erfolgen soll, widerspricht vielmehr gleichfalls sowohl allgemeinen Besteuerungsprinzipien als auch dem vom Gesetzgeber gewählten Grundsatz des § 1 AStG.

Weiterhin ist die Einheit der Rechtsordnung auch dadurch gestört, dass die eigenständige

Festlegung von steuerlich anzuerkennenden Verrechnungspreisen für bestimmte Finanzierungsbeziehungen zwischen nahestehenden Personen im Rahmen des § 1 Absatz 3d und 3e AStG in keiner Weise mehr mit dem grundsätzlich eigentlich identischen Fremdvergleichspris für Zwecke der verdeckten Gewinnausschüttung in Übereinstimmung stehen.

Da auch die Finanzverwaltung bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts sowohl Unionsrecht als auch deutsches Verfassungsrecht zu beachten hat, sind auch die vorstehenden Aspekte im Rahmen der Auslegung und Anwendung zu beachten und bedeuten gleichfalls die Notwendigkeit einer moderaten Anwendung der neuen Bestimmungen.

Abschließend ist auch noch anzumerken, dass der Entwurf des BMF-Schreibens lediglich Bezug auf die neuen gesetzlichen Regelungen zu Finanzierungsbeziehungen nimmt. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen auf internationaler Ebene, insbesondere des am 19. Februar 2024 veröffentlichten finalen OECD-Berichts „Pillar One - Amount B“ und der bevorstehenden Aufnahme dieses Berichts in die OECD-Verrechnungspreisrichtlinien als Anhang zu Kapitel IV, darf daher auch an dieser Stelle angemerkt werden, dass auch hierzu eine klare Positionierung der Finanzverwaltung erwartet wird, um Rechtsicherheit zu schaffen. Beispielsweise könnte die Finanzverwaltung klarstellen, dass eine Vergütung basierend auf „Amount B“ grundsätzlich in Deutschland nicht angewendet wird, jedoch bei lokaler Umsetzung im Ausland in den „Covered Jurisdictions“, eine auf Amount B basierte Vergütung aus deutscher Sicht akzeptiert wird, sofern der Transaktionspartner eine deutsche Gesellschaft oder Betriebsstätte ist.

3. Unterkapitel J.1. Allgemein

3.1 zu Rz. 3.122: (Funktions- und Risikoanalyse):

Dem Entwurf zufolge habe, wie auch bei anderen unternehmensgruppeninternen Geschäftsbeziehungen, die sachgerechte Abgrenzung der Geschäftsvorfälle im Zusammenhang mit Finanzierungsaktivitäten auf Basis einer Funktions- und Risikoanalyse zu erfolgen.

Dieser Textziffer ist u.E. wegen der Verwendung zahlreicher unbestimmter (Rechts-)Begriffe unklar („sachgerechte Abgrenzung“, „im Zusammenhang mit“, „auf Basis einer Funktions- und Risikoanalyse“). Wegen dieser Unklarheiten ist dieser Satz in verschiedenster Weise zu interpretieren, im Extremfall sogar dahingehend, dass für jedes einzelne konzerninterne Darlehen und für jede einzelne Cash-Pool Position eine separate Funktions- und Risikoanalyse erforderlich ist, wie auch immer diese zu gestalten wäre.

Petitum: Da in den nachfolgenden Rz. des Entwurfs Regelungen zu diversen Fallgruppen enthalten sind, bedarf es der aktuellen Formulierung in Rz. 3.122 nicht. Eine Löschung der Textziffer würde exzessiven Analyse- und Dokumentationsaufwand verhindern, da Funktions- und Risikoanalysen aufgrund der Einfachheit der Transaktion insbesondere im Bereich von konzerninternen Finanzierungen in der Praxis regelmäßig eine eher untergeordnete Rolle zukommt.

4. Unterkapitel J.2. Finanzierungsbeziehung dem Grunde nach (§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG)

4.1 zu Rz. 3.124: (Schuldtragfähigkeits-test):

Der in § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1a festgeschriebene Schuldtragfähigkeitstest, d.h. die Glaubhaftmachung, dass der Darlehensnehmer den Kapitaldienst für die gesamte Laufzeit dieser Finanzierungsbeziehung von Anfang an hätte erbringen können, wird an dieser Stelle von der Finanzverwaltung konkretisiert. Hierbei wird klargestellt, dass die Überlassung des Kapitals nicht schon deswegen fremdunüblich sei, weil eine Anschlussfinanzierung notwendig wäre. Laut Entwurf ist dies in der Gesamtschau der Verhältnisse zu beurteilen.

Diese Auffassung ist zutreffend, da auch zwischen Fremden Dritten eine Refinanzierung („Debt Roll Over“) Ausdruck der Kreditwürdigkeit und damit auch der Fähigkeit zur Erbringung des Kapitaldiensts ist. Das heißt, Kreditgeber erwarten nicht grundsätzlich, dass aus dem operativen Cash Flow Darlehen auch getilgt werden. Für die Kreditwürdigkeit ist vielmehr entscheidend, ob die Marktwerte der Vermögenswerte ausreichend sind, um die Verbindlichkeiten zu decken, bzw. dass bei

endfälligen Darlehen der Darlehensnehmer in der Lage ist, das auslaufende Darlehen durch ein neues Darlehen zu refinanzieren. Diese Form der Schuldentragfähigkeit ist zum Beispiel auch im Rahmen der Refinanzierung der Schulden der Bundesrepublik Deutschland gegeben.

In Übereinstimmung mit der Gesetzesbegründung definiert der Entwurf zudem den Kapitaldienst. Dieser bestehe insbesondere aus Zins- und Tilgungsleistungen. Allerdings nennt die Finanzverwaltung neben dem durch § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1a geforderten glaubhaft erwarteten Erbringen- bzw. Bedienen können des Kapitaldienstes seitens des Schuldners zusätzlich auch die ernstliche Abrede der Überlassung von Kapital auf Zeit als zusätzliches Kriterium. Sie fordert hierfür die Analyse weiterer Indikatoren, die im Rahmen einer Gesamtschau der Verhältnisse zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für Finanzierungen mit Fremdkapital beurteilt werden sollen, z.B. das Vorhandensein eines festen Rückzahlungstermins, die Verpflichtung und die Modalitäten zur Zahlung von Zinsen, das Recht auf Durchsetzung der Kapital- und Zinszahlung sowie die Fähigkeit des Empfängers der finanziellen Mittel, Darlehen unter vergleichbaren Bedingungen von unabhängigen Dritten aufzunehmen (Kapitel X, Tz. 10.12 der Anlage 1).

Diese Anforderung geht u.E. über das Gesetz hinaus und steht darüber hinaus auch mit weiteren Regelungen des § 1 AStG im Widerspruch. § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1a schreibt als Tatbestandsmerkmal zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für Finanzierungen mit Fremdkapital lediglich fest, dass der Steuerpflichtige glaubhaft machen kann, dass er den Kapitaldienst für die gesamte Laufzeit dieser Finanzierungsbeziehung von Anfang an hätte erbringen können. Das Heranziehen weiterer Kriterien und das Erfordernis der Analyse von zusätzlichen Indikatoren ist dagegen nicht Gegenstand der gesetzlichen Regelung. Eine entsprechende Erlasslage wäre damit nicht durch das Gesetz gedeckt.

Zwar ließe sich das Kriterium „ernstliche Abrede der Überlassung von Kapital auf Zeit“ aus der BFH-Rs (vgl. BFH v. 17.12.2014, I R 23/13; BFH v. 13.1.2022, I R 15/21; BFH v. 10.04.2024, I R 67/23) herauslesen. Der BFH prüft dieses Kriterium aber anhand der vertraglichen Grundlage des Darlehens und betont, dass einzelne Abweichungen vom Fremdüblichen die steuerrechtliche

Anerkennung des Vertragsverhältnisses nicht ausschließen. Der Entwurf des BMF-Schreibens geht hierüber mit dem Verweis auf Tz. 10.12 der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien deutlich hinaus und würde damit zusätzliche Rechtsunsicherheit schaffen, weil er hiermit eine lediglich beispielhafte Auflistung von Kriterien einführt.

Weiterhin würde sich damit das BMF auch in Widerspruch zu § 1 Abs. 4 Nummer 1 b AStG stellen. Hiernach sind Geschäftsbeziehungen im Sinne des § 1 AStG einzelne oder mehrere zusammenhängende wirtschaftliche Vorgänge (Geschäftsvorfälle) zwischen einem Steuerpflichtigen und einer ihm nahestehenden Person, denen keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zugrunde liegt; eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung ist eine Vereinbarung, die unmittelbar zu einer rechtlichen Änderung der Gesellschafterstellung führt. Nach dem insoweit klaren Wortlaut sollten hiernach alle Formen von Darlehen als Geschäftsbeziehung qualifizieren. Einer Umqualifikation ungewöhnlicher Darlehensbeziehungen in eine „Nicht Geschäftsbeziehung“ scheint der Wortlaut der Norm nicht zugänglich.

Der Entwurf weist weiterhin darauf hin, dass im Rahmen des Schuldentragfähigkeits-tests insbesondere festzustellen sei, ob von Anfang an ausreichende Vermögenswerte oder Zahlungsflüsse zu erwarten sind, um den Darlehensgeber zu befriedigen; d.h. die mit dem überlassenen Kapital erworbenen Vermögenswerte oder andere Vermögenswerte des Schuldners können in die Betrachtung einzubeziehen sein. Zudem wird in Rz. 3.129 auf das Heranziehen von Prognoserechnungen verwiesen, die auch Anschlussfinanzierungen einschließen können. Allerdings beschreibt der Entwurf nicht näher wie die Analyse im Rahmen des Schuldentragfähigkeits-tests inhaltlich durchzuführen und auf welche Kennzahlen hierbei abzustellen sei.

Petitum: § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1a beinhaltet keine Grundlage für die Nichtanerkennung einer Finanzierungsbeziehung dem Grunde nach, sondern erfordert lediglich, dass der Steuerpflichtige im Rahmen eines Schuldentragfähigkeits-tests glaubhaft macht, dass der Kapitaldienst von Anfang an für die gesamte Laufzeit erbringen kann. Daher sollte im Entwurf auf das Heranziehen weiterer Kriterien oder das Erfordernis von zusätzlichen Analysen verzichtet werden. Die entsprechenden Passagen aus dem Entwurf sollten ersatzlos

gestrichen werden. Sie sind zum einen nicht Regelungsgegenstand des § 1 Absatz 3d AStG und würden zum andern § 1 Abs. 4 AStG widersprechen.

Zudem sollten aus Praxissicht auch Erleichterungen zur Glaubhaftmachung für offensichtlich unschädliche Finanzierungen aufgenommen werden, um den Administrations- und Dokumentationsaufwand zu minimieren und gleichzeitig Rechtsicherheit zu schaffen. Beispielsweise könnte eine Vereinfachung basierend auf dem Einzelrating bzw. der Bonität des Darlehensnehmers dargestellt werden. Liegt ein solches Einzelrating z.B. im Bereich des Investment-Grades sollte grundsätzlich das in § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1a geforderte Tatbestandsmerkmal erfüllt sein.

Zudem sollte klargestellt werden, dass bei der Analyse der Schuldtragfähigkeit nur auf den Zeitpunkt der Darlehensvergabe abzustellen ist und dass eine Glaubhaftmachung basierend auf Prognosezahlen dazu führen kann, dass es bei der Prüfung durch die Finanzverwaltung zu unschädlichen Abweichungen zwischen Prognose und dann vorliegenden Ist-Werten kommen kann. Weiterhin wäre eine Klarstellung begrüßenswert, dass in begründeten Einzelfällen bei ausreichender Dokumentation durch den Steuerpflichtigen dieses Kriterium auch bei Abweichungen in Einzeljahren erfüllt ist, z.B. in den Anfangsjahren bei Investitionen in ein Gebäude/Betriebseinrichtung bis zur Inbetriebnahme oder bei Start-up Unternehmen.

4.2 zu Rz. 3.126 und 3.127 (Geschäfts-zwecktest):

In Rz 3.126 und Rz. 3.127 werden die in § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1b genannten Tatbestandsmerkmale "wirtschaftlich benötigt" und "für den Unternehmenszweck verwendet" konkretisiert. Rz. 3.126 besagt, dass ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer [bei der Finanzierung einer Investition] kein Fremdkapital am Markt aufnähme, wenn damit nicht wenigstens eine begründete Aussicht auf eine Rendite besteht, die die Finanzierungskosten deckt. Grundsätzlich sei dabei von einer Nachsteuerbetrachtung auszugehen und zudem sei auch eine Analyse der realistischen Handlungsalternativen für den Darlehensnehmer durchzuführen. Laut Rz. 3.127 wird ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer bemüht sein, das Kapital für den Zweck des Unternehmens einzusetzen und eine Anlage auf dem

Tagesgeldkonto oder eine Einlage in einen unternehmensgruppeninternen Cash Pool, insbesondere wenn damit keine höhere Rendite erwartet wird, sei regelmäßig nicht vereinbar mit dem Kerngeschäft des Unternehmens.

Hierbei ist anzumerken, dass eine renditeorientierte Betrachtung nur bedingt dem Fremdvergleichsgrundsatz und ökonomischer Realität entspricht. Das strategische Vorhalten von Liquidität, nicht nur zur Krisenprävention und Krisenüberwindung, sondern auch im laufenden Betrieb oder zur Sicherstellung günstiger Marktbedingungen, ist für Unternehmen zwingend und kein Element der Steuerplanung. Würden Unternehmen in Liquiditätsengpässe geraten, so würde dies unmittelbar deren Fortbestand infrage stellen.

Wenn Kunden erfahren, dass ihre Zulieferer einen Liquiditätsengpass haben und womöglich ausfallen könnten, wird man den Lieferanten wechseln. Wenn Zulieferer erfahren, dass ihre Kunden Liquiditätsprobleme haben, werden sie nur noch auf Vorkasse liefern. Da das Unternehmen mit Liquiditätsengpass dadurch in noch größere Probleme gerät, führt dies sehr schnell zum Konkurs. Das Vorhalten ausreichend hoher Liquidität, die insbesondere auch ausreicht, um unerwartete Spalten im Liquiditätsbedarf abzudecken, gehört damit zu den wesentlichen Grundfunktionen der betrieblichen Finanzwirtschaft. Dabei ist regelmäßig ein sog. „negativer carry“ der Preis für dieses Vorhalten der Liquidität, d.h. das bewusste Inkaufnehmen einer negativen Rendite, wenn isoliert nur auf die Verzinsungsunterschiede zwischen Mittelaufnahmen und Mittelanlagen abgestellt würde und die überragende Bedeutung hinreichender Liquidität im Unternehmen nicht Berücksichtigung fände.

So steht es beispielsweise im Einklang mit unternehmerischem Handeln, dass sich ein Unternehmen in wirtschaftlich guten Zeiten bei entsprechend hoher Bonität ohne begründete Aussicht auf eine Rendite zusätzliche Liquidität durch die Aufnahme von Fremdkapital mit vorteilhaften Zinsen sichert, um möglichen Engpässen in der Zukunft vorzubeugen und Flexibilität sicherzustellen. Auch längerfristige Anlagen auf dem Cash-Pool-Konto können betriebsnotwendig sein. Bei der Beurteilung, ob diese betriebsnotwendig sind, kommt es dabei eher auf die Größe des Geschäftsbetriebs und den Saldo des Cash-Pool-Kontos an, nicht aber auf die Finanzierung des Cash-Pool-Kontos. Es wäre zur Wahrung einer Besteuerung

nach dem Grundsatz des Fremdvergleichs angezeigt, wenn Tz. 3.128 entsprechend angepasst würde.

Zudem wird durch den Entwurf indiziert, dass ein quantitativer Test erforderlich sei. Dieser soll grundsätzlich auf einer Nachsteuerbetrachtung basieren. Auch diese Vorgabe geht über den Gesetzesinhalt hinaus, weil dieser keinen quantitativen Test erfordert.

Zudem bleibt der Entwurf eine Definition der geforderten "Rendite" und wie solch ein Test durchzuführen ist, schuldig. Bei einer betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise, die kompatibel mit dem Fremdvergleichsgrundsatz ist, wäre wohl zu prüfen, ob die erwartete Investitionsrendite den Fremdzins übersteigt. Dies entspricht auch dem Verhalten eines Geschäftsführers, dessen Auftrag die Maximierung des Eigenkapitalwertes ist. Hiernach steigert eine Fremdfinanzierung den Eigenkapitalwert des Unternehmens, wenn die Investitionsrendite den Fremdzins übersteigt.

Die Finanzverwaltung ist weiterhin der Auffassung, dass eine Analyse der realistischen Handlungsalternativen für den Darlehensnehmer durchzuführen sei. Allerdings bleibt unklar, welche Handlungsalternativen hier im Rahmen der Glaubhaftmachung zu analysieren und aufzuzeigen wären und ob auch eine quantitative Analyse für jede dieser Handlungsalternativen notwendig wäre. Weiterhin ist auch diese Überlegung nicht durch das Gesetz gedeckt. Es erscheint auch nicht nachvollziehbar, welchen Zweck diese Analyse dienen soll. Der Kaufmann ist frei in seinen Entscheidungen. Das durch diese Entscheidungen generierte Einkommen ist der Besteuerung zugrunde zu legen. Nur und genau insoweit, als der Gesetzgeber eine weitergehende Inhaltskontrolle vor sieht, muss dies der Steuerpflichtige leisten. Im Übrigen bleibt es dabei, dass unternehmerische Entscheidungsfreiheit besteht und die Besteuerung nicht an anderen denkmöglichen Alternativen ausgerichtet wird. Überdies käme es durch diese zusätzliche (gesetzlich nicht gedeckte) Nachweispflicht zu einem weiteren Dokumentationsaufwand und damit Aufbau von bürokratischem Aufwand.

Petitum: § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1b beinhaltet keine Grundlage für die Nichtanerkennung einer Finanzierungsbeziehung dem Grunde nach, sondern erfordert lediglich, dass der Steuerpflichtige im Rahmen eines Geschäftszwecktests glaubhaft

macht, dass er (i) die Finanzierung wirtschaftlich benötigt und (ii) für den Unternehmenszweck verwendet. Weiterhin würde diese Forderung § 1 Abs. 4 Nummer 1 b AStG klar widersprechen. Die Einführung eines quantitativen Tests basierend auf einer Renditebetrachtung ist nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckt und sollte daher gestrichen werden.

Zudem ist der Hinweis auf Handlungsalternativen zu streichen, weil diese Vorgabe zu unbestimmt ist, nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist sowie aufgrund der Vielfalt der in der betriebswirtschaftlichen Realität vorkommenden Sachverhalte nicht abschließend definiert werden kann und entsprechende Hinweise bereits in den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien enthalten sind, auf welche die Verwaltungsgrundsätze bereits verweisen.

4.3 zu Rz. 3.130 (Rechtsfolge des § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG)

Der Entwurf stellt hier die Auffassung der Finanzverwaltung im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG klar. Die durch die Finanzierungsbeziehung verursachte Minderung der Einkünfte ist nur in Höhe des fremdunüblichen Teils gemäß § 1 Abs. 1 AStG rückgängig zu machen. Dies ist begrüßenswert, da dieses Verständnis auch im Einklang mit den OECD-Verrechnungspreisleitlinien und allgemeinen Prinzipien der Besteuerung steht.

5. Unterkapitel J.3. Fremdüblicher Zinssatz (§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG)

5.1 zu Rz. 3.133 (Bonität der Unternehmensgruppe)

Der Entwurf stellt klar, dass gemäß § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG grundsätzlich die Bonität der Unternehmensgruppe maßgebend sei, es sei denn die Bonität des betreffenden Darlehensnehmers ist besser. Im Grundsatz richtet sich somit der zu bestimmende Zinssatz nach der Kreditwürdigkeit der gesamten Unternehmensgruppe.

§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG bzw. der Entwurf unterstellt also de facto vollständigen Konzernrückhalt und legt dem Steuerpflichtigen die

Nachweispflicht auf, wenn er hiervon abweichen möchte.

Der Entwurf des BMF-Schreibens präzisiert nun weiter, dass das Rating der Einzelgesellschaft besser sein könne als das des Konzerns, widerspricht sich damit aber in derselben Textziffer, weil es gleichzeitig postuliert, dass der Zinssatz sich nach der Kreditwürdigkeit der gesamten Unternehmensgruppe richte. Weiterhin würde dies bedeuten, dass der Steuerpflichtige aktiv erforschen soll, ob im Einzelfall eine bessere Bonität vorliegt. Eine Vereinfachung - wie von der Gesetzesbegründung propagiert - kann darin nicht gesehen werden.

Wir weisen darauf hin, dass Rating-Agenturen - und u.W. auch Banken - dies genau andersherum sehen:²

1. Grundsätzlich ist das Einzelrating einer darlehensnehmenden Gesellschaft maßgeblich.
2. Führt eine Analyse der spezifischen Situation der darlehensnehmenden Gesellschaft zu der Ansicht, dass die Konzernobergesellschaft im Insolvenzfall die darlehensnehmende Gesellschaft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit stützen würde (Konzernrückhalt), kann dies Rating-verbessernd berücksichtigt werden. Banken gehen u.W. hier noch weiter, indem sie das Konzernrating nur dann berücksichtigen, wenn explizite Garantien vorliegen.³
3. Gleichzeitig kann das Rating einer darlehensnehmenden Gesellschaft nicht besser sein als das Konzernrating, weil die Konzernobergesellschaft der darlehensnehmenden Gesellschaft i.d.R. durch unilaterale Maßnahmen als (indirekter) Gesellschafter Vermögensmasse entziehen kann.

Dieser Sichtweise (explizit in Bezug auf 1. und 2.) folgt auch die OECD.⁴ Das Gesetz stellt damit den Fremdvergleich quasi auf den Kopf und der Gesetzgeber erreicht damit das Gegenteil dessen, was er ausweislich der Gesetzesbegründung beabsichtigt hat. In der Folge ist ein Anstieg von Doppelbesteuerungsfällen und internationalen Streitverfahren zu erwarten, die den

Administrationsaufwand sowohl bei Steuerpflichtigen als auch Finanzverwaltungen erhöhen. Dem kann das BMF entgegenwirken, indem es in der Anwendungsanweisung die Rückausnahmeregelung des § 1 Abs. 3d Nr. 2 Satz 2 AStG im Einklang mit dem Fremdvergleichskonzept des § 1 Abs. 1 AStG interpretiert.

Petitum: Vor diesem Hintergrund regen wir an, den Zusatz „...., es sei denn die Bonität des betreffenden Darlehensnehmers ist besser“ zu streichen.

Zudem regen wir an, festzulegen, dass im Einklang mit dem Fremdvergleichsgrundsatz für die Bestimmung des Ratings der Praxis von Rating-Agenturen in ihren öffentlich zugänglichen Methodenbeschreibungen zu folgen ist. Soweit darin das Rating des Konzerns als Obergrenze für Einzelratings der Konzerngesellschaften angesehen wird, sollte dem auch für Verrechnungspreiszwecke zu folgen sein. Darüber hinaus sollten die Bedingungen des § 1 Abs. 3d Nr. 2 AStG als erfüllt anzusehen sein, wenn der Steuerpflichtige die Vergütung für die betrachtete Finanztransaktion am Rating des Konzerns orientiert hat.

Dadurch würde § 1 Abs. 3d Nr. 2 AStG den Charakter eines Safe Harbour erhalten und den Administrationsaufwand für Steuerpflichtige und die Finanzverwaltung tatsächlich erheblich senken.

5.2 zu Rz. 3.134 (Rating der Unternehmensgruppe ist gleichbedeutend mit dem Rating des Konzerns)

Gemäß Entwurf basiere das Rating der Unternehmensgruppe vornehmlich auf dem Abschluss der Unternehmensgruppe sowie der Planung für die Unternehmensgruppe. Gleichbedeutend mit dem Rating der Unternehmensgruppe sei laut Auffassung der Finanzverwaltung auch das Rating des Konzerns.

Weder § 1 Abs. 3d AStG noch der BMF-Entwurf enthalten eine Definition des Begriffs „Unternehmensgruppe“. Lediglich in der Gesetzesbegründung findet sich der Verweis auf § 90 Absatz 3 Satz 4 AO i.V. mit § 1 Absatz 2 AStG. Da die

² S&P Global: "General Criteria: Group Rating Methodology", 27. August 2020; Moody's: „Assessing Affiliate Support in the Absence of a Guarantee“, 19 Juli 2021.

³ Vgl. auch Tz. 606 Chevron-Urteil (Federal Court of Australia, Chevron Australia Holdings Pty Ltd v Commissioner of Taxation (No 4) [2015] FCA 1092).

⁴ OECD-Verrechnungspreisrichtlinien Tz. 10.54, 10.55, 10.61 und 10.62.

Gesetzesbegründung nicht Teil des Gesetzes ist, erachten wir es als notwendig, dass der BMF-Entwurf die Definition konkretisiert.

Bei dieser vorzunehmenden Definition ist es u.E. für die Praxis von hoher Bedeutung zwischen „Unternehmensgruppen“ und „Konzernen“ zu differenzieren. Die Gesetzesbegründung und der BMF-Entwurf verwenden diese Begriffe synonym. Das stellt vermutlich eine Vereinfachung dar, die aber inkorrekt ist und in der Anwendung des Gesetzes für signifikante Schwierigkeiten und internationale Streitfälle sorgen kann, denn die Definition der Unternehmensgruppe nach § 90 Absatz 3 Satz 4 AO i.V. mit § 1 Absatz 2 AStG geht deutlich über die Definition eines Konzerns hinaus. So umfasst sie auch Anteilsbesitze, wenn diese nur 25% oder mehr, aber weniger als 50,1 % betragen, sowie Stakeholder, die über Stimmrechte, Beteiligungsrechte, Einfluss, Interesse u.ä. verbunden sein können. Der Konzernbegriff weicht hiervon signifikant ab.

Demnach wären z.B. auch Eigentümer von familiengeführten Mittelständlern Teil der Unternehmensgruppe nach § 1 Abs. 3d AStG. Die Analyse des Unternehmensgruppenratings müsste dann deren persönliche Einkommens- und Vermögenssituation mitberücksichtigen. Dies würde einen hohen Administrationsaufwand verursachen und persönliche Daten verlangen, die oftmals gar nicht vorliegen und / oder aus Gründen des Datenschutzes nicht mit der Geschäftsführung des geprüften Unternehmens geteilt werden (dürfen).⁵

Die Inkludierung von Anteilseignern in die Rating-Ermittlung ist zudem nicht fremdüblich, weil Rating-Agenturen - selbst, wenn sie den Konzernrückhalt betrachten - nicht die Anteilseigner einbeziehen.⁶ Dasselbe gilt erfahrungsgemäß für Banken, weil in deren Kreditverträgen i.d.R. der Haftungsverbund (Besicherungskreis der Bank, sog. Bankengruppe („banking group“)) definiert ist. Dieser besteht üblicherweise in einer bestimmten Konzernobergesellschaft, auf deren Ebene die Konsolidierung zum Konzernabschluss vorgenommen wird, sowie deren Beteiligungen. Gesellschaften und Personen oberhalb dieser Gesellschaft sind außerhalb des Haftungsverbunds. Diese

Gruppe wird dann vertraglich abgeschirmt. Die weite Fassung der Definition der „Unternehmensgruppe“ ist u.E. zudem nicht Ziel des Gesetzgebers gewesen, weil die Gesetzesbegründung die Einführung des § 1 Abs. 3d Nr. 2 AStG als erforderlich für „konzerninterne Finanzierungen“ ansieht und eine Klarstellung anstrebt, ob „... auf die Kreditwürdigkeit der einzelnen aufnehmenden Konzerngesellschaft oder das sogenannte Konzernrating abzustellen [ist]“ und eine „kaum nachvollziehbare Berücksichtigung von „Konzerneffekten“ [...] auf objektiv nachvollziehbares Element reduziert [...].“⁷

Petitum: Es ist u.E. daher erforderlich, sachgerecht und vom Gesetzgeber intendiert, die Definition der „Unternehmensgruppe“ auf „Konzern“ einzuengen und/oder bei der Rückausnahme des § 1 Abs. 3d Nr. 2, Satz 2 AStG die Präzisierung vorzunehmen, dass der erforderliche Nachweis durch Referenz auf das dokumentierte Vorgehen fremder Dritter (in Kreditverträge von Banken oder veröffentlichten Vorgehensweise von Rating-Agenturen) erbracht werden kann.

Dies würde auch den Zusammenhang zwischen den beiden Sätzen der Tz. 3.134 herstellen, welcher ohne ein Gleichlaufen der Begriffe „Unternehmensgruppe“ und „Konzern“ nicht gegeben ist.

5.3 zu Rz. 3.136 (Abstellen auf Rating der obersten Gruppengesellschaft bei Fehlen des Unternehmensgruppenratings)

Der Entwurf stellt klar, dass bei Nichtvorhandensein eines Ratings der Unternehmensgruppe auch auf ein bestehendes Rating der obersten Gruppengesellschaft abgestellt werden könne. Sollte die oberste Gruppengesellschaft über kein Rating verfügen, könne aus Vereinfachungsgründen akzeptiert werden, dass ein Unternehmensgruppenrating auf den Zeitpunkt der Darlehensvergabe anhand der Finanzierungskosten der Unternehmensgruppe gegenüber fremden Dritten bestimmt werde.

Diese Rz. entspricht u.E. bereits etablierter Praxis und ist in der Formulierung als Anregung statt einer Vorgabe zu begrüßen, weil in der Praxis

⁵ Ähnliches gilt für Joint Venture Unternehmen und Portfolio-Unternehmen von Investment-Fonds.

⁶ S&P Global: "General Criteria: Group Rating Methodology", 27. August 2020, Tz. 14-15.

⁷ Stellungnahme des Bundesrates v. 20.10.2023 (Drucksache 433/23), S. 25 und S. 28.

flexibel auf die jeweiligen Sachverhalte reagiert werden muss. Die Formulierung des BMF „bestehendes Rating der obersten Gruppengesellschaft“ deutet u.E. noch einmal darauf hin, dass „Unternehmensgruppe“ als „Konzern“ gesehen wird, was aber einer Klarstellung bedarf.

5.4 zu Rz. 3.137 (Nachweis, dass ein vom Unternehmensgruppenrating abgeleitetes Rating dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht)

Rz. 3.137 wiederholt i.W. die Rückausnahme des § 1 Abs. 3d Nr. 2, Satz 2 AStG. Weitere Hilfestellung wird nicht gegeben.

Somit wäre die bislang im Einklang mit geltender BFH-Rechtsprechung und dem Trennungsprinzip in der Praxis gängige Vorgehensweise, zunächst ein vom Konzernrating unabhängiges Einzelrating zu berechnen und ggf., um einen anzunehmenden Konzernrückhalt anzupassen, aus Sicht des BMF nicht länger rechtlich zutreffend. Vielmehr sollte zunächst das Unternehmensgruppenrating angesetzt werden. Ein Einzelrating soll nur noch verwendbar sein, wenn es aus dem Unternehmensgruppenrating abgeleitet wurde und zusätzlich dem Fremdvergleich entspricht („Escape-Regelung“). Entsprechend müssten zur Nachweiserbringung nach Verwaltungsauffassung u.a. die Bonitätseinschätzung, inklusive der fremdüblichen quantitativen und qualitativen Faktoren, sowie die Effekte aus dem Bestehen der Unternehmensgruppe dargelegt werden.

Eine praktische Vorgehensweise oder zu akzeptierende Methodik, wie der Nachweis zu erbringen sei und wie ein fremdübliches Einzelrating aus einem Unternehmensgruppenrating abzuleiten sei, wird im Entwurf nicht thematisiert. Es sollte hier klar gestellt werden, dass für diesen Zweck die Methodenpapiere von Ratingagenturen herangezogen werden können. Das so ermittelte Einzelrating wäre nachvollziehbar aus dem Gruppenrating abgeleitet und entspricht dem Wortlaut nach dem Gesetzestext. Des Weiteren entspricht dieser Ansatz dem in Tz. 10.71 der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien skizzierten Vorgehen.

Petitum: Es ist u.E. erforderlich, die Kriterien für den Nachweis der Rückausnahme des § 1 Abs. 3d

Nr. 2, Satz 2 AStG zu präzisieren, um Steuerpflichtigen die Möglichkeit zu geben, sachverhaltsspezifisch Doppelbesteuerungsrisiken zu reduzieren. Denkbar wäre, eine Konkretisierung einzuführen, nach der der Nachweis der Rückausnahme des § 1 Abs. 3d Nr. 2 Satz 2 AStG als erbracht gilt, wenn der Steuerpflichtige durch Referenz auf das dokumentierte Vorgehen Fremder Dritter aufzeigt, dass Fremde Dritte für ein Darlehen an den Steuerpflichtigen nicht pauschal auf die Unternehmensgruppe abgestellt hätten. Hierzu käme z.B. die Definition der jeweiligen darlehensnehmenden Gruppe in Kreditverträgen zwischen dem Steuerpflichtigen (oder seinen Konzerngesellschaften) und Dritten oder die veröffentlichte Vorgehensweise von Rating-Agenturen in Betracht.

5.5 zu Rz. 3.139 - 3.141 (Aspekte zur Analyse des Konzernrückhalts; Funktions- und Risikoprofil des Darlehensnehmers im Rahmen der Bonitätseinschätzung; Tabelle zur strategischen Bedeutung eines Unternehmens)

Aufbau und Formulierung der Rz. 3.138 - 3.141 suggerieren, dass diese nur im Rahmen der Escape-Regelung in § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 Satz 2 AStG bei der Ermittlung eines aus dem Unternehmensgruppenrating abgeleiteten Einzelratings Anwendung finden sollen. Unterschiedliche Leser des Entwurfs haben hierzu jedoch ein unterschiedliches Verständnis. Daher wäre es u.E. hilfreich klarzustellen, ob dieses Verständnis korrekt ist oder ob vielmehr die Rz. 3.138 - 3.141 auch für die Ermittlung eines Einzelratings unter § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 Satz 1 AStG, das nach derzeitigem Stand des BMF-Entwurfs auch noch erforderlich ist, zu berücksichtigen sind.

Zur Analyse des Konzernrückhalts und zur Feststellung, ob und wieweit ein Darlehensnehmer für die Unternehmensgruppe strategisch bedeutend ist, gibt der Entwurf detailliert Hilfestellung im Hinblick auf die durchzuführenden Analysen. Diese scheinen sich an der diesbezüglichen Publikation von S&P aus 2020 zu orientieren.⁸ Grundsätzlich ist die Orientierung an den Vorgehensweisen der Rating-Agenturen u.E. sachgerecht. Wir erachten es allerdings als problematisch, dass das

⁸ S&P Global: "General Criteria: Group Rating Methodology", 27. August 2020.

BMF mit diesem Entwurf eine bestimmte Agentur - Standard & Poor's - vorgibt. Zudem weisen wir darauf hin, dass Ratingagenturen ihre Methoden im Zeitablauf ändern. Durch die Aufnahme einer spezifischen Anweisung in die Verwaltungsgrundsätze droht die Gefahr einer statischen Auslegung, sofern das BMF-Schreiben nicht kontinuierlich angepasst werden soll. Eine fortlaufende Aktualisierung des BMF-Schreibens wäre vor dem Hintergrund des zeitlichen Verzugs von Außenprüfungen wiederum noch problematischer, weil Steuerpflichtige heute, wenn sie die Ratings bestimmen, nicht voraussehen können, wie die S&P-Leitlinie in 2028 aussieht, wenn die Betriebsprüfung kommt.

Petitum: Wir empfehlen, die Rz. 3.139 - 3.141 zu streichen. Rz. 3.142 enthält bereits den u.E. ausreichenden Hinweis, dass „die am Markt übliche Ratingmethodologie zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung angewendet wird.“ Man könnte hier ggf. noch ergänzen, dass dabei auch die Vorgaben der Rating-Agenturen für die Berücksichtigung des Konzernrückhalts zu beachten sein sollen.

5.6 zu Rz. 3.142 (Anforderungen an den Nachweis durch den Steuerpflichtigen)

Zur Erbringung des Nachweises durch den Steuerpflichtigen, dass ein vom Unternehmensgruppenrating abgeleitetes Rating dem Fremdvergleichsgrundgesetz entspricht, fordert die Finanzverwaltung u.a., dass Verzerrungen durch Geschäftsvorfälle mit nahestehenden Personen eliminiert und demzufolge nur fremdübliche Kennzahlen verwendet werden.

Es ist u.E. unklar, was der Entwurf hier genau meint. Sollen die konzerninternen Verbindlichkeiten aus der Bilanz des Darlehensnehmers eliminiert werden oder sollen Funktions- und Risikoprofile ignoriert werden (LRD vs. Auftragsfertiger...)? U.E. wäre ein Eliminieren der Geschäftsvorfälle mit nahestehenden Personen ökonomisch fragwürdig und zudem mit überschießendem Aufwand verbunden. Es sollte daher klargestellt werden, dass eine fremdübliche Bepreisung der Geschäftsvorfälle mit nahestehenden Personen zur Bestimmung fremdüblicher Kennzahlen ausreichend ist, z.B. durch Heranziehen des Jahresabschlusses des Darlehensnehmers im Rahmen der Bonitätsermittlung.

Petitum: Wir empfehlen, den zweiten Spiegelstrich der Rz. 3.142 durch folgenden Wortlaut zu ersetzen: „die Rating-Ermittlung auf Finanzzahlen beruhen, die im Einklang mit dem Fremdvergleichsgrundgesetz erstellt wurden;“.

5.7 zu Rz. 3.143 (Wissensvorsprung)

Der Entwurf sieht vor, die derzeitige Erläuterung zum Wissensvorsprung (Rz. 3.127 der Verwaltungsgrundgesetze Verrechnungspreise 2023) hier aufzunehmen. Danach würde ein durch die gesellschaftsrechtlich begründeten Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten vorhandener Wissensvorsprung zwischen fremden Dritten eingepreist werden, wenn er auf eine vertraglich eingeräumte Position zurückginge. Das Ausmaß und die Auswirkungen des auf die Unternehmensverflechtung zurückgehenden Wissensvorsprungs sind im jeweiligen Einzelfall sachgerecht zu berücksichtigen.

Es gibt in der bisherigen Fassung keine weiteren Erklärungen dafür, wie solche Informationsvorteile die konzerninternen Zinssätze beeinflussen sollten und es ist unklar, was die Finanzverwaltung mit dieser Verwaltungsanweisung zum Ausdruck bringen möchte. Möglicherweise soll aber die Beweiskraft der marktüblichen Zinssätze durch die Annahme eines Informationsnachteils von Dritt-kreditgebern im Vergleich mit verbundenen Kreditgebern reduziert werden. Eine solche Sichtweise lässt jedoch außer Acht, dass Dritt-kreditgeber Mittel und Wege haben, etwaige Informationsnachteile bzw. Informationsasymmetrien durch Berichtspflichten, Überwachungsmaßnahmen, Nebenabreden (Covenants) usw. zu verringern.

Petitum: Auf die Aufnahme dieser Randziffer sollte verzichtet werden.

5.8 Zu Rz. 3.145 (Keine Vergütung für eine erhöhte Kreditwürdigkeit bei einheitlicher Anwendung des Unternehmensgruppenratings im Inbound und Outbound-Fall)

Wendet die Unternehmensgruppe in Bezug auf alle Finanzierungsbeziehungen zum Inland (sowohl in- als auch outbound) das Rating der Unternehmensgruppe durchgängig an, so ist nach dem BMF-Entwurf eine Vergütung für eine erhöhte Kreditwürdigkeit (siehe alte Rz. 3.129 [neu 3.150]) in Bezug auf die unternehmensgruppeninternen Finanzierungsbeziehungen ebenfalls nicht anzusetzen.

Vor dem Hintergrund, dass durch die gesetzliche Neuregelung in § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG durch das Abstellen auf das Unternehmensgruppenrating ein vollständiger Konzernrückhalt unterstellt wird, ist die Auffassung der Finanzverwaltung bezogen auf Inbound-Darlehen durchaus nachvollziehbar und konsistent. Allerdings fehlt es im vorliegenden Entwurf insgesamt an einer klaren Positionierung der Finanzverwaltung, ob § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG auch für Outbound-Darlehen genauso und flächendeckend anzuwenden ist. Rz. 3.145 lässt eine solche Positionierung zwar vermuten, sie bezieht sich aber nur auf „Vergütung für eine erhöhte Kreditwürdigkeit“.

Petitum: Um eine Gleichbehandlung von In- und Outbound-Transaktionen zu gewährleisten und den Verwaltungsaufwand für Steuerpflichtige und die Finanzverwaltungen zu reduzieren, sollte eine zusätzliche Rz. eingefügt werden, die klarstellt, dass auch für Outbound-Darlehen ein Zinssatz unter Annahme eines vollständigen Konzernrückhalts akzeptiert wird.

Der Erlass regelt zudem bislang nicht, für welche Art von Finanzierungsbeziehungen die Anwendung des Konzernratings gelten soll. Womöglich geht der Erlass damit implizit davon aus, dass (ggf. in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut) sämtliche Finanzierungsbeziehungen erfasst sein sollen.

Petitum: Womöglich wäre daher zur Vermeidung unnötiger Zweifelsfragen und Streit in den Betriebsprüfungen klarzustellen, dass damit in Zukunft auch zum Beispiel die Zinsfestsetzung für Cash Pools nach dem Konzernrating zu erfolgen hat.

5.9 zu Rz. 3.146 (Bestandsschutz im Rahmen des § 1 Abs. 3d AStG für existierende Finanzierungsbeziehungen)

Rz. 3.146 sieht einen teilweisen Bestandschutz für existierende Finanzierungsbeziehungen vor. Danach sei § 1 Abs. 3d AStG nicht für Aufwendungen anzuwenden, die auf Finanzierungsbeziehungen beruhen, die vor dem 1. Januar 2024 zivilrechtlich vereinbart wurden und deren tatsächliche Durchführung vor dem 1. Januar 2024 begonnen hat. Dies gelte nicht, wenn das Dauerschuldverhältnis nach dem 31. Dezember 2023 wesentlich geändert oder über den 31. Dezember 2024 fortgeführt wird.

Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf einen Bestandsschutz des § 1 Abs. 3d AStG für existierende Finanzierungsbeziehungen vorsieht. Allerdings gilt dieser wohl nicht, wenn das Dauerschuldverhältnis über den 31. Dezember 2024 fortgeführt wird. Somit wird nur ein sehr eingeschränkter Bestandsschutz eingeführt, der einer gewissen Willkür unterliegt. Beispielsweise greift für ein in 2014 ausgegebenes Darlehen mit einer Laufzeit von 10 Jahren der Bestandsschutz laut Rz. 3.146, wohingegen ein Darlehen mit einer 11-jährigen Laufzeit keinen Bestandsschutz genießt. Dies hat zur Folge, dass ein solches Darlehen entweder in 2024 refinanziert werden muss oder Gegenstand einer Analyse der neuen gesetzlichen Regelungen (zum Zeitpunkt 2014) ist. Vor dem Hintergrund der echten Rückwirkung ist dies kritisch zu sehen.

Petitum: U.E. sollte „...oder über den 31. Dezember 2024 fortgeführt wird“ gestrichen werden. Sofern dies die Finanzverwaltung nicht für möglich hält, sollte jedenfalls eine Regelung analog zu § 52 Abs. 8d EStG vorgesehen werden, wonach eine vertragskonforme Fortführung des Dauerschuldverhältnisses auch über den 31. Dezember 2024 hinaus jedenfalls dann unschädlich bleibt, wenn eine Anpassung erhebliche Nachteile für den Steuerpflichtigen mit sich bringen würde.

6. Unterkapitel J.4. Finanzierungsbeziehungen als funktions- und risikoarme Dienstleistung (§ 1 Abs. 3e AStG)

6.1 zu Rz. 3.147

Gemäß dem Entwurf - und im Einklang mit der BFH-Rechtsprechung - richte sich die Bestimmung eines Fremdvergleichspreises für die Fremdkapitalüberlassung zwischen nahestehenden Personen grundsätzlich nach der Preisvergleichsmethode. Sollte eine gruppenzugehörige Finanzierungsgesellschaft, die nicht über die Fähigkeit und die Befugnis, das Risiko dieses Finanzierungsgeschäfts zu kontrollieren oder es zu tragen, dazwischengeschaltet sein, stehe ihr als Vergütung für die Vermittlung, die Hingabe bzw. Weiterreichung des Kapitals und die damit verbundene funktions- und risikoarme Dienstleistung nur eine risikolose Rendite zu. Fallen Darlehensvergabe und die tatsächliche Kontrolle der damit verbundenen

Funktionen oder Risiken auseinander, könne in Übereinstimmung mit OECD-Grundsätzen eine weitere Transaktion zwischen der Finanzierungsgesellschaft und der Gesellschaft, die die tatsächliche Kontrolle, der mit der Ausreichung des Darlehens verbundenen Funktionen oder Risiken ausübt, vorliegen. Maßgebend für diese Beurteilung sei das mit der Kapitalüberlassung verbundene Risiko. Ist letztere Gesellschaft eine inländische Gesellschaft, sei dem Entwurf folgend zu prüfen, welche Vergütung dieser zuzuordnen sei. Grundsätzlich bestimme sich diese nach der Differenz zwischen dem fremdüblichen Zinssatz und der risikolosen Rendite.

Nach unserem Verständnis hält das BMF hierbei prinzipiell an seiner bisherigen Auslegung in Tz. 3.125 Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023 fest. Dies ist aus unserer Sicht begrüßenswert, da die Auslegung im Einklang mit den OECD-Verrechnungspreisleitlinien sowie gelender Rechtsprechung des BFH steht. Aufgrund der Formulierung „[...] steht ihr als Vergütung für [...] die Hingabe [...] des Kapitals [...] nur eine risikolose Rendite zu“ interpretieren manche Leser den Entwurf allerdings so, dass das BMF eine Reduktion des steuerlich abzugsfähigen Zinsaufwands beim Darlehensnehmer auf ein Niveau vorsähe, welches z.B. einer Bundesanleihe entspräche, wenn der Darlehensgeber nicht selbst die Risikokontrollfunktionen ausübt. Solch eine restriktive Auslegung würde insbesondere bei fremdkapitalfinanzierten Finanzierungsgesellschaften zu Verlusten im Ausland führen, da diese anstatt des Fremdkapitalzinses lediglich risikofreie Zinsen weiterleiten würden. Dieses Ergebnis wäre somit im Widerspruch zur Qualifikation der ausländischen Finanzierungsgesellschaft als funktions- und risikoarme Gesellschaft, der normalerweise ein kleiner, aber stabiler und positiver Gewinn zusteht. Streitigkeiten auf internationaler Ebene wären dieser aus ökonomischer Sicht sehr zweifelhaften Interpretation folgend damit vorprogrammiert.

Petitum: Um diesbezüglich ein einheitliches Verständnis sicherzustellen, empfehlen wir mit Verweis auf Tz. 1.108 OECD-Verrechnungspreisleitlinien klarzustellen, dass der Darlehensnehmer dabei einen Betriebsausgabenabzug im Zusammenhang mit der erhaltenen Finanzierung bis zu

der fremdüblichen Höhe (§ 1 Abs. 1, § 1 Abs. 3d AStG) geltend machen kann und durch § 1 Abs. 3e AStG keine weitergehende Korrektur des Zinsabzugs bei dem Darlehensnehmer erfolgt.

Weiterhin wäre zur Beseitigung etwaiger Zweifel klarzustellen, dass dies unabhängig davon gilt, ob durch den Darlehensgeber ein eigenkapital- oder fremdkapitalfinanziertes Darlehen gewährt wird.

Zudem sollte u.E. klargestellt werden, wie und auf welcher Basis der Nachweis erbracht werden kann, dass es sich nicht um eine funktions- und risikoarme Dienstleistung handelt. Hier wären neben den bestehenden Verweisen auf Tz. 10.45 OECD-Verrechnungspreisleitlinien im Hinblick auf Darlehenstransaktionen zusätzliche Referenzen wünschenswert, da weder die Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023 noch die OECD-Verrechnungspreisleitlinien ausführen, welche Personalfunktionen für die Vergabe von Darlehen relevant und ausreichend sind. In diesem Zusammenhang wären beispielsweise die aufgeführten Kriterien zu den Personalfunktionen und Risikoübernahmefunktionen (KERT) der MaRisk⁹, des OECD Betriebsstättenberichts¹⁰ und der Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung¹¹ als Orientierungshilfe nennenswert. Diese Standards beschreiben den Kreditvergabeprozess von Banken an fremde Dritte ausführlich und bewerten einzelne Prozesse und Funktionen.

6.2 zu Rz. 3.148

Dem BMF zufolge ändere § 1 Abs. 3e AStG nichts an den Prinzipien der Rz. 3.147. § 1 Abs. 3e AStG beziehe sich nur auf die Funktion der Finanzierungsgesellschaft.

Die Aussage begrüßen wir aus systematischer und praktischer Sicht. Eine weitere klarstellende Negativabgrenzung würde u.E. sachdienlich sein.

Dem BMF zufolge stellen Finanzierungsfunktionen in der Regel (mit Ausnahme von Banken und Versicherungen) lediglich Unterstützungsfunctionen für das wertschöpfende Kerngeschäft dar. Der Kontext dieser Randziffer suggeriert, dass mit Ausnahme von Banken und Versicherungen Finanzierungsgesellschaften immer nur eine risikofreie Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital zu

⁹ Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, BaFin, 09/2017 („MaRisk“).

¹⁰ OECD Betriebsstättenbericht 2010, Teil II, Tz. 6 – Tz. 9.

¹¹ VWG BsGa, Tz. 203 – Tz. 205.

erzielen haben. Dies steht im Widerspruch zur OECD, insbes. Tz 10.139 ff (Beispiel 2 Treasury), wonach die Risikokontrollfunktion entscheidend ist und in diesen Fällen ein Gewinn, der über die risikofreie Rendite hinausgeht, fremdüblich ist.

Petitum: Wir empfehlen, nach Satz 3 einzuführen:
„§ 1 Abs. 3e AStG bezieht sich nur auf die Dienstleistungsfunktion der Finanzierungsgesellschaft. Gemäß BFH-Rechtsprechung (Urteil vom 18. Dezember 2019, I R 59/17) stellt die Darlehenshingabe dagegen keine Dienstleistung dar.“

Wir empfehlen den Satz „Etwas anderes gilt, wenn die Finanzierungsfunktion eine Primärfunktion und damit Kernbestandteil des Wertschöpfungsmodells ist, wie etwa im Banken- oder Versicherungsbereich“ stärker an die OECD-Formulierung anzuwenden: „In anderen Fällen kann es sein, dass die Treasury-Abteilung anspruchsvollere Funktionen ausübt und entsprechend vergütet werden sollte.“

EY | Building a better working world

Mit unserer Arbeit setzen wir uns für eine besser funktionierende Welt ein. Wir helfen unseren Kunden, Mitarbeitenden und der Gesellschaft, langfristige Werte zu schaffen und das Vertrauen in die Kapitalmärkte zu stärken.

In mehr als 150 Ländern unterstützen wir unsere Kunden, verantwortungsvoll zu wachsen und den digitalen Wandel zu gestalten. Dabei setzen wir auf Diversität im Team sowie Daten und modernste Technologien in unseren Dienstleistungen.

Ob Assurance, Tax & Law, Strategy and Transactions oder Consulting: Unsere Teams stellen bessere Fragen, um neue und bessere Antworten auf die komplexen Herausforderungen unserer Zeit geben zu können.

„EY“ und „wir“ beziehen sich in dieser Publikation auf alle deutschen Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited (EYG). Jedes EYG-Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig. Ernst & Young Global Limited ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht und erbringt keine Leistungen für Mandanten. Informationen darüber, wie EY personenbezogene Daten sammelt und verwendet, sowie eine Beschreibung der Rechte, die Einzelpersonen gemäß der Datenschutzgesetzgebung haben, sind über ey.com/privacy verfügbar. Weitere Informationen zu unserer Organisation finden Sie unter ey.com.

In Deutschland finden Sie uns an 18 Standorten.

© 2024 EY Tax GmbH Steuerberatungsgesellschaft
All Rights Reserved.

ED None

Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht und kann daher nicht als Ersatz für eine detaillierte Recherche oder eine fachkundige Beratung oder Auskunft dienen. Es besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität. Jegliche Haftung seitens der EY Tax GmbH Steuerberatungsgesellschaft und/oder anderer Mitgliedsunternehmen der globalen EY-Organisation wird ausgeschlossen.



EY Tax GmbH
Steuerberatungsgesellschaft
Flughafenstraße 61
70629 Stuttgart
Telefon: (0711) 9881 - 0

Internet: <http://www.de.ey.com>

Verfasser
National Office Tax

Copyright: EY Tax GmbH Steuerberatungsgesellschaft. Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der EY Tax GmbH gestattet. Es wird - auch seitens der jeweiligen Autoren - keine Gewähr und somit auch keine Haftung für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Inhalte und Darstellungen übernommen. Diese Publikation ersetzt keine Steuerberatung.