

Leseprobe zu

Kroppen/Rasch

Handbuch Internationale Verrechnungspreise



165X235 mm, Handbuch, 3 Ordner

ab 149,00 € inkl. MwSt.

ISBN 978-3-504-26042-2

Kapitel X

Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions

Literaturübersicht: *Braun/Burger*, Finanzierungsbeziehungen im Konzern, IWB 2020, 456; *Busch*, RefE eines ATAD-Umsetzungsgesetzes: Überblick über die Verrechnungspreisaspekte, DB 2020, 191; *Busch*, BFH bestätigt Aufgabe der Sperrwirkungslehre bei Teilwertabschreibungen, DB 2022, 1866; *Ebeling/John/Nolden*, Der neue § 1a AStG-RefE zu Finanztransaktionen, IWB 2020, 199; *Greil*, Behandlung von grenzüberschreitenden Finanzierungstransaktionen zwischen verbundenen Unternehmen – Kapitel X der OECD Verrechnungspreisleitlinien, ISR 2020, 124; *Greil* (Hrsg.), Steuerliche Verrechnungspreise – Ein fallbasierter Einstieg, 2. Aufl. 2022; *Jahn*, Konzerninterne Darlehensgewährung, Konzernrückhalt und Besicherung – Erfolgte Entmystifizierung von Ratings beim Fremd-/Drittvergleich durch den BFH? IStR 2022, 123; *Rasch*, Konzernfinanzierung: BFH erarbeitet klare Vorgaben, TPI 2022, 13; *Rasch/Busch*, Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2021 – Analyse der Finanztransaktionen und des DEMPE Konzepts, Ubg 2021, 640; *Rosar*, Finanztransaktionen – ausgewählte Aspekte zum Begutachtungsentwurf der VPR 2020, TPI 2021, 147; *Rosar/Rosenberger*, Handbuch Verrechnungspreise, 3. Aufl. Wien 2022; *Schaus/Friedrich*, Konzerninterne Finanzierungen nach § 1a AStG-E des zweiten RefE ATADUmsG und Kapitel X der OECD-Verrechnungspreisleitlinien – Quo vadis Fremdvergleich?, IStR 2020, 827; *Scholz/Köhler*, Prüfung von konzerninternen Finanzierungsbeziehungen unter den Verwaltungsgrundgesetzen Verrechnungspreise v. 14.7.2021, IStR 2022, 14; *Scholz/Wehke* in *Vögele/Borstell/Bernhardt*, 5. Aufl. 2020, Kapitel P, *Greil/Wargowske* (Finanzierungstransaktionen zwischen verbundenen Unternehmen – Zwischen „Transfer pricing is dead“ und „Wonderland“, IStR 2018); *Hülshorst/Koch*, ISR 9/2015.

Vor A. Allgemeine Vorbemerkungen

1. Hintergrund des Kapitels X OECD-Leitlinien

Die OECD hat am 20.1.2022 die aktuelle Fassung der „OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations“ für 2022 veröffentlicht.¹ Die aktuelle Fassung konsolidiert in einer Veröffentlichung die Änderungen, die sich an der Fassung der OECD-Verrechnungspreisleitlinien aus 2017 ergeben haben und aus folgenden Berichten, Anpassungen resultieren:

- Bericht „Revised Guidance on the Transactional Profit Split Method“;
- Bericht „Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles“;
- Bericht „Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions“, der vom OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS am 20.1.2020 angenommen wurde und der

¹ OECD (2020), Verrechnungspreisleitlinien zu Finanztransaktionen: Inclusive Framework on BEPS – Aktionspunkte 4, 8-10, OECD, Paris, www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-bepsactions-4-8-10.htm.

- in Kapitel I (neuer Abschnitt D.1.2.2) und in ein neues Kapitel X aufgenommen wurde;
- kontinuierliche Änderungen an den übrigen OECD-Verrechnungspreisleitlinien, die für die Erstellung dieser konsolidierten Fassung erforderlich waren und die vom OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS am 7.1.2022 angenommen wurden.
- 2 Damit wurde der hier interessierende Teil zu Finanzierungsbeziehungen aus dem Jahr 2020, der nach einer langen Kompromissfindung zwischen den Staaten verhandelt wurde, als neues Kapitel X aufgenommen. Die Diskussionen zwischen den Mitgliedstaaten reflektieren, dass die Prüfung der Finanztransaktionen stetig zugangen hat und inzwischen neben den Fragen zu immateriellen Werten wohl zu den schwierigsten und kontrovers diskutiertesten Verrechnungspreisthemen gehören.¹ Der Inhalt des Kapitels war von der zuständigen Working Party 6 der OECD bereits im Mai 2019 einstimmig beschlossen worden, allerdings unter der Maßgabe der Angleichung des Kapitels X, insbesondere der Abgrenzung eines Darlehens von Eigenkapital in Kapitel B.1², an Art. 9 OECD-Musterabkommen (vgl. Anm. 27).³ Hintergrund des Kapitels X sind die Arbeiten der OECD zu BEPS Aktionspunkt 4.⁴ Greil kritisiert zu Recht, dass die Überarbeitung zwar eine Reihe von Hilfestellungen bietet, allerdings die Chance verpasst wurde, den Fremdvergleichsgrundsatz in der Anwendung für Finanzierungstransaktionen klarer zu regeln und administrierbar zu halten.⁵
- 3 Die Komplexität resultiert auch aus dem Umstand, dass eine Reihe von Staaten Regelungen erlassen haben und in einer Reihe von internationalen Gerichtsentscheidungen die Problematik von Finanztransaktionen herausgearbeitet wurde, nicht ganz überraschend mit unterschiedlichen Ergebnissen.
- 4 Auch in Deutschland gibt es eine Reihe von neuen Regelungen. So sollte zum einen im ATAD-Umsetzungsgesetz § 1a AStG⁶ eingeführt werden, was aber nicht umge-

1 Rasch/Busch, Ubg 2021, 640, 642. So auch Greil, ISR 2020, 124, 124, der von einem „weltweit ... verstärkten Prüfungsaufgriff“ ausgeht.

2 „B.1 Prüfung, ob ein vermeintliches Darlehen tatsächlich als Darlehen zu betrachten ist“.

3 Greil, ISR 2020, 124, 125.

4 „Verhinderung von Steuerverkürzungen durch Regelungen zur Versagung des Zinsabzugs“. OECD (2016), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

5 Greil, ISR 2020, 124, 125.

6 I.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (ATAD-Umsetzungsgesetz – ATADUmsG) v. 25.6.2021, BGBl. 2021 I, 2035.

setzt wurde.¹ Daneben hat der BFH in zwei Entscheidungen für Klarheit in der Interpretation des Fremdvergleichs bei Finanzierungstransaktionen gesorgt.²

Das BMF hat am 14.7.2021 neue **Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise**³ veröffentlicht. Dabei wurden zumindest die Grundgedanken einiger Regelungen des gescheiterten § 1a AStG-Entwurf in die Verwaltungsgrundsätze aufgenommen. Diese sind deshalb von besonderer Bedeutung, da die OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2017/2022 zum Gegenstand der Verwaltungspraxis gemacht und dem Schreiben als Anlage beigelegt wurden. Die Rz. 3.88 bis 3.102 enthalten daher einige Ergänzungen aus Sicht der deutschen Finanzverwaltung zu Kapitel X, die nachfolgend zusammengefasst sind:

- Die Ausführungen zu Finanzierungsbeziehungen sind in drei Unterabschnitte gegliedert: Allgemein (Rz. 3.88 bis 3.95), Vergütung für eine erhöhte Kreditwürdigkeit (Rz. 3.96 bis 3.97), Cash Pool als Finanzierungsbeziehung innerhalb einer multinationalen Unternehmensgruppe (Rz. 3.98 bis 3.100) und sonstige Finanzierungsinstrumente und Eigenversicherer (Rz. 3.101 bis 3.102).
- Zunächst wird in Rz. 3.88 für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung bei Finanzierungsbeziehungen zwischen nahestehenden Personen auf das Kapitel X der OECD VPL verwiesen. In diesem Zusammenhang wird in Rz. 3.89 die Notwendigkeit der Durchführung einer Funktions- und Risikoanalyse auch mit Hinblick auf Finanzierungsbeziehungen genannt. Nach diesen allgemeinen Grundsätzen wird in den nachfolgenden Rz. die Ansicht der Finanzverwaltung zur Aufnahme von Finanzmitteln dargelegt. Diese ähnelt in Struktur und Inhalt dem im Rahmen des Referentenentwurfs für das ATAD-Umsetzungsgesetz (ATADUmsG) angedachten, jedoch nicht verabschiedeten § 1a AStG (Finanzierungsbeziehungen). Insofern erscheint die gesetzliche Grundlage für Teile der von der Finanzverwaltung vertretenen Auffassung mitunter fraglich, die nachfolgend zusammenfassend dargestellt sind:

Darlehen. So wird in Rz. 3.90 klargestellt, dass in einem ersten Schritt zu prüfen sei, ob es sich steuerrechtlich überhaupt um Fremdkapital handelt. Für die Fremdüblichkeit eines Darlehensverhältnisses dem Grunde und der Höhe nach muss die Finanzierung gemäß Rz. 3.91 wirtschaftlich benötigt (positive Renditeerwartung) und für den Unternehmenszweck verwendet werden. Nach Ansicht der Finanzver-

1 Vgl. *Rasch*, IWB 8/2020, 296; *Nürnberg*, NWB 5/2020, 330; *Ditz/Bärsch/Engelen/Quilitzsch*, DStR 2020, 73; *Schnorberger/Etzig*, BB 2020, 1630; *Busch*, DB 2020, 1961; *Haasel/Nürnberg*, Ubg 2020, 1; *Wilmanns/Heidecke/Lappe/Nolden*, IStR 2020, 162; *Oestreicher* IStR 2020, 517, 575; *Leonhardt* FR 2020, 297; *Stein/Schwarz/Burger* IStR 2020, 83; *Richter* ISR 2020, 109.

2 BFH, Urt. v. 18.5.2021 – I R 4/17, IStR 2021, 893, vorhergehend FG Münster, Urt. v. 7.12.2016 – 13 K 4037/13 K, IStR 2017, 622 und v. 18.5.2021 – I R 62/17, IStR 2021, 902, vorhergehend FG Köln, Urt. v. 29.6.2017 – 10 K 771/16, IStR 2018, 120. Dazu etwa *Andree/Bärsch/Engelen*, IStR 2021, 893, 900; *Bärsch/Engelen*, DStR 2022, 817; *Rasch*, TPI 2022, 13.

3 BMF, Schr. v. 14.7.2021, Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise Grundsätze für die Korrektur von Einkünften gem. § 1 AStG, IV B 5 -S 1341/19/10017:001.

waltung gehöre die Anlage auf einem Tagesgeldkonto oder die Einlage im gruppeninternen Cash Pool nicht zum Unternehmenszweck.

- 7 **Finanzierungsgesellschaften.** Gruppeninterne Finanzierungsgesellschaften sollen für die Hingabe von Kapital an inländische Steuerpflichtige lediglich mit einem Entgelt bis zur Höhe einer risikolosen Rendite auf Basis der Kostenaufschlagsmethode vergütet werden, sofern diese nicht über die Risikokontroll- bzw. -tragfähigkeit verfügen (Rz. 3.92). Bei der Anwendung der Kostenaufschlagsmethode sind direkt zu rechenbare Betriebskosten anzusetzen, Refinanzierungskosten sind grundsätzlich nicht einzuberechnen.
- 8 **Teilwertabschreibungen.** Eine Teilwertabschreibung eines zinslosen bzw. eines niedrig verzinsten Darlehens kommt nach Rz. 3.93 dann nicht in Betracht, wenn aus Gründen außerhalb des Darlehensverhältnisses statt einer Eigenkapitalzuführung das zinslose bzw. niedrig verzinsten Darlehen gewährt wurde.
- 9 **Konzernrückhalt.** Die Rz. 3.94 enthält die Sichtweise der Finanzverwaltung zum Konzernrückhalt. Der Konzernrückhalt stelle zwar keine rechtlich durchsetzbare Sicherheit dar, wirke sich jedoch faktisch auf die Kreditwürdigkeit des gruppeninternen Darlehensnehmers aus. Das hier wohl von der Finanzverwaltung angesprochene Konzept des „Implicit Support“ bedeutet nach Ansicht der Finanzverwaltung, dass eine rein isolierte Betrachtung des Darlehensnehmers („Stand-Alone-Rating“) in den Hintergrund trete.
- 10 **Besicherung.** In Rz. 3.95 wird die Ansicht der Finanzverwaltung klargestellt, dass eine Besicherung grundsätzlich fremdüblich sei, während eine Nichtbesicherung zwar fremdüblich sein könne, dies aber im jeweiligen Einzelfall gesondert zu prüfen sei. Für das Prüfen der Fremdüblichkeit einer erfolgten Nichtbesicherung wird ein nicht abschließender Katalog an Aspekten angeführt. Für diese Prüfung sei u.a. auf das Verhalten der Unternehmensgruppe gegenüber fremden Dritten abzustellen, eine Beurteilung der wirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit einer Besicherung bzw. der realistisch zu Verfügung stehenden Handlungsalternativen des Darlehensnehmers vorzunehmen sowie die Höhe der Darlehenssumme zu berücksichtigen.
- 11 **Garantien und Bürgschaften.** Erhöht sich die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens durch Vergabe einer Garantie, Bürgschaft, harten Patronatserklärung oder anderer Sicherheiten, ist nach Rz. 3.96 eine Vergütung für den Verpflichteten anzusetzen, sofern dieser eine tatsächliche Risikoposition übernimmt. Bei der Bestimmung der Höhe der Vergütung sei auf die durch die Sicherheitengestellung eingetretenen Vorteile der erhöhten Kreditwürdigkeit abzustellen, die sich auf die Differenz zwischen dem Gruppenrating und dem Stand-Alone-Rating des die Verpflichtung übernehmenden Unternehmens beschränken. Ermöglicht erst die Sicherheitengestellung durch die Unternehmensgruppe bzw. durch eine nahestehende Person gegenüber einem fremden Dritten einem Unternehmen die Aufnahme von Kapital, stellt die Verpflichtungsübernahme in EU/EWR-Fällen nach Ansicht der Finanzverwaltung in Rz. 3.97 einen (nicht verrechenbaren) Gesellschafterbeitrag dar, wenn ein wirtschaftlicher Grund i.S.d. Hornbach-Urteils des EuGH vorliegt.

Cash Pool. Beim Thema Cash Pool wird in Rz. 3.98 seitens der Finanzverwaltung die Position vertreten, dass der Cash Pool-Leiter grundsätzlich lediglich eine funktions- und risikoarme Dienstleistung erbringe, wobei eine Einschränkung dieses Grundsatzes insofern vorgenommen wird, als dass ausgeführt wird, dass im jeweiligen Einzelfall das Funktions- und Risikoprofil entscheidend sei. Die im Grundsatz angenommene funktions- und risikoarme Dienstleistung des Cash Pool-Leiters sei auf Basis einer kostenorientierten Methode zu vergüten. Ein Gewinnaufschlag zwischen 5 % bis 10 % auf die direkt zuzurechnenden Kosten sei dabei nicht zu beanstanden, wobei die Finanzierungskosten nicht in die Kostenbasis einzubrechen seien. Zu den im Rahmen von Cash Pooling-Strukturen entstehenden Synergieeffekten wird in Rz. 3.99 lediglich angeführt, dass deren Aufteilung auf die Cash Pool-Teilnehmer nicht verursachungsgerecht möglich sei, so dass Synergieeffekte für jeden Einzelfall besonders zu würdigen seien. Sollten Geldeinlagen bzw. -aufnahmen der Cash Pool-Teilnehmer nicht lediglich kurzfristiger Natur sein, sollen diese nach Rz. 3.100 als einzelne langfristige Darlehensbeziehungen betrachtet und entsprechend behandelt werden.

Finanzinstrumente und Eigenversicherer. Der Abschnitt zu Finanzierungsbeziehungen schließt mit der Behandlung von Finanzinstrumenten i.S.d. § 1 Abs. 11 Kreditwesengesetzes (Rz. 3.101) und von Eigenversicherern (Rz. 3.102).

Damit folgt das BMF dem Ansatz, die OECD-Leitlinien – hier Kapitel X – zum Gegenstand der deutschen Prüfungspraxis zu machen (vgl. Rz. 2.1 Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise). Die zuvor skizzierten Ergänzungen zeigen jedoch, dass die deutsche Finanzverwaltung gleichwohl gewisse Ergänzungen zu den OECD-Leitlinien vornehmen will, die es im Einzelfall zu beachten gilt.

A. Einleitung

■ Zu Tz. 10.1

Tz. 10.1 legt das Ziel des Kapitels X dahingehend fest, dass die enthaltenen Leitlinien die Prüfung der Bedingungen bestimmter Finanztransaktionen zwischen verbundenen Unternehmen ermöglichen soll. Dies erfolgt – wie nicht anders zu erwarten – auf der Basis des Fremdvergleichs. Welche bestimmten Finanztransaktionen umfasst sein sollen, fasst Tz. 10.2. zusammen.

Einstweilen frei.

16

■ Zu Tz. 10.2

Die Textziffer gibt einen Überblick über den Inhalt des Kapitels X. Der Aufbau ist wie folgt:

Abschnitt B: Anwendung der in Abschnitt D.1 des Kapitels I definierten Grundsätze u.a. in Bezug auf die Abgrenzung eines Darlehens von Eigenkapital und die Anwendung der Grundsätze zur Risikokontrolle

Abschnitt C: Leitlinien zur Anwendung des Fremdvergleichs bei Aktivitäten wie konzerninterne Darlehen, Cash-Pooling und Hedging

Abschnitt D: Beurteilung von Garantien

Abschnitt E: Anwendung der Grundsätze auf Eigenversicherer.

- 18 Diese Behandlung in den einzelnen Abschnitten zeigt, dass aus Verrechnungspreisgesichtspunkten die Finanztransaktionen unterschieden werden müssen.¹ Grundlegend können unterschieden werden:
 - Konzerndarlehen
 - Cash Pooling
 - Bürgschaften und Patronatserklärungen
 - Factoring (Forderungsverkauf)
 - Hedging (Sicherungsgeschäfte)
 - konzerninterne Versicherungsgeschäfte.
- 19 Erstes Unterscheidungskriterium ist, dass sich die unterschiedlichen Finanzierungstransaktionen in Zweck, Laufzeit und Umfang unterscheiden.
- 20 Einstweilen frei.

■ **Zu Tz. 10.3**

- 21 Tz. 10.3 betont, dass anders als zwischen unabhängigen Transaktionspartnern kaufmännische Erwägungen für die Bedingungen die Grundlage bilden, bei verbundenen Unternehmen der Konzern die Bedingungen nach eigenem Ermessen festlegen kann. Es könnten daher auch andere Faktoren wie z.B. die „steuerlichen Folgen“ eine Rolle spielen. Das ist in der Aussage grundsätzlich richtig, da andere Faktoren eine Rolle spielen können, setzt aber zu Beginn des Kapitels den falschen Ton, unterstellt es doch latent, dass Unternehmen Finanztransaktionen mit anderen als Fremdvergleichsüberlegungen belasten. Der Fremdvergleichsgrundsatz ist auch für die Finanzierungstransaktionen die Grundlage der Beurteilung für konzerninterne Transaktionen genauso wie für alle anderen konzerninternen Transaktionstypen.
- 22 Diese Sichtweise der OECD reflektiert aber die Zielrichtung des BEPS Aktionspunkts 4. Die Empfehlungen der Aktion 4 zielen darauf ab, die Aushöhlung der Bemessungsgrundlage durch die Verwendung von Zinsaufwendungen zur Erzielung übermäßiger Zinsabzüge oder zur Finanzierung der Erzielung steuerfreier oder aufgeschobener Erträge zu begrenzen. Die Arbeit der Mitgliedsländer des Inclusive Framework zu Aktion 4 führte 2015 zu dem OECD-Bericht „*Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*“.² Multinatio-

1 Vgl. etwa Rosar in Rosar/Rosenberger, Handbuch Verrechnungspreise, 3. Aufl. 2022, S. 373, 378.

2 OECD (2016), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base

nale Konzerne können günstige Steuerergebnisse erzielen, indem sie die Höhe der Schulden in einer Konzerngesellschaft anpassen. BEPS-Risiken in diesem Bereich können in drei grundlegenden Szenarien auftreten:

- Konzerne, die höhere Schulden bei Dritten in Hochsteuerländern machen.
- Konzerne, die konzerninterne Darlehen nutzen, um Zinsabzüge zu erzielen, die den tatsächlichen Zinsaufwand des Konzerns für Dritte übersteigen.
- Konzerne, die Dritt- oder konzerninterne Finanzierungen nutzen, um die Erzielung steuerfreier Einkünfte zu finanzieren.

Einstweilen frei.

23

B. Interaction with the guidance in Section D.1 of Chapter I

B.1 Determination of whether a purported loan should be regarded as a loan

■ Zu Tz. 10.4

Der Abschnitt B insgesamt behandelt die Verknüpfung des Kapitels X mit Kapitel I, D.1. Damit gelten zutreffenderweise die Grundsätze für Finanzierungstransaktionen, die auch für alle anderen Verrechnungspreistransaktionen gelten. Das bedeutet konkret, dass der tatsächlich verwirklichte Sachverhalt festzustellen und abzugrenzen ist (*accurate delineation of the actual transaction*). In dem Fall, in dem sich der Sachverhalt von dem Verhalten zwischen fremden Dritten unterscheidet, gelten die Aussagen des Kapitel I, D.2 (vgl. Anm. 37).

24

Der Abschnitt B.1 schaltet der Fremdüblichkeitsprüfung konkret zunächst die Qualifikation von Darlehen als Fremd- oder Eigenkapital vor. Art. 9 OECD-MA behandelt nach diesem Duktus also nicht nur die Fremdüblichkeit der Zinsen, sondern die vorgelagerte Prüfung, ob ein in Frage stehendes Darlehen dem Grunde nach als Darlehen und folglich als Fremdkapital anzuerkennen ist oder ob eine Umqualifizierung ganz oder teilweise als Eigenkapital zu erfolgen hat bzw. erfolgen kann.¹

25

Einstweilen frei.

26

■ Zu Tz. 10.5

Einleitend in diesem Abschnitt wird klargestellt, dass Art. 9 OECD-MA nicht allein auf die Beurteilung der Fremdüblichkeit, also der Höhe der Zinsen abstellt, sondern auch die Beurteilung eines Darlehens dem Grunde nach umfasst.² Dies

27

¹ Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264268333-en>.

² Greil, ISR 2020, 124, 126; Rosar in Rosar/Rosenberger, Handbuch Verrechnungspreise, 3. Aufl. 2022, S. 373, 378; Rasch/Busch, Ubg 2021, 640, 644.

² Vgl. auch Braun/Burger, IWB 2020, 456, 472 f.; Greil, ISR 2020, 124, 126.

schließt sich also direkt an die vorige Tz. 10.4 an und wiederholt den Grundgedanken, dass die Zahlung entweder als Darlehen oder als eine andere Art von Zahlung angesehen werden soll, so als Einlage in Eigenkapital. Folge ist, dass es zu einer Umqualifizierung kommt. Tz. 10.5 beruft sich auf Art. 9 Ziff. 3 OECD-Musterkommentar zum OECD-MA:

„As discussed in the Committee on Fiscal Affairs’ Report on „Thin Capitalisation“, there is an interplay between tax treaties and domestic rules on thin capitalisation relevant to the scope of the Article. The Committee considers that:

- a) the Article does not prevent the application of national rules on thin capitalisation insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm’s length situation;
- b) *the Article is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm’s length rate, but also whether a prima facie loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital;*
- c) the application of rules designed to deal with thin capitalisation should normally not have the effect of increasing the taxable profits of the relevant domestic enterprise to more than the arm’s length profit, and that this principle should be followed in applying existing tax treaties.“

- 28 Für die steuerliche Akzeptanz dem Grunde nach und damit für die Abzugsfähigkeit der Zinsen ist die Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital das erste Hauptkriterium. Daneben steht als zweites Hauptkriterium die Frage der Begrenzung des steuerwirksamen Fremdkapitals durch länderspezifische Zinsschranken- oder Unterkapitalisierungs-regelungen.¹ Diese beiden konstitutiven Kriterien ergänzen einander, da die Einordnung als Fremd- oder Eigenkapital in quantitativer Hinsicht durch Zinsschranken- oder Unterkapitalisierungsregelungen ergänzt werden. Die Darlehensbeurteilung erfolgt daher nicht exklusiv auf der Grundlage des Fremdvergleichsgrundsatzes, sondern wird auf der **ersten Prüfungsstufe** durch die Eigenkapital/Fremdkapital-Qualifikation ergänzt.² Tz. 10.5. bezieht sich daher auch auf Art. 9, dies soll in der zukünftigen Fassung des OECD-Musterkommentars deutlicher herausgestellt werden.³ Tz. 10.9 beschäftigt sich weitergehend mit den länderspezifischen Zinsschranken- oder Unterkapitalisierungs-regelungen (vgl. Anm. 51).
- 29 Die **zweite Prüfungsstufe** erfasst dann die Fremdvergleichsprüfung („im engeren Sinne“) der Darlehenszinsen der Höhe nach.⁴
- 30 Einstweilen frei.

■ Zu Tz. 10.6

- 31 Grundsätzlich gelten für Finanzierungstransaktionen zwischen verbundenen Unternehmen die gleichen Grundsätze wie für die Verrechnungspreisbestimmung und

1 Vgl. auch *Rosar* in Rosar/Rosenberger, Handbuch Verrechnungspreise, 3. Aufl. 2022, S. 373, 378.

2 So auch *Greil*, ISR 2020, 124, 126.

3 *Greil*, ISR 2020, 124, 126.

4 Vgl. auch *Braun/Burger*, IWB 2020, 456, 473.

-prüfung sonstiger Verrechnungspreistransaktionen. Konkret weist Tz. 10.6. auf Abschnitt D.1 des Kapitels I hin. Abschnitt D.1, Tz. 1.33 ff. haben die Identifikation der **kaufmännischen** oder **finanziellen Beziehungen** zum Gegenstand, wobei es konkret darum geht, den tatsächlich verwirklichten Sachverhalt festzustellen.

Dies entspricht der Vorgehensweise im § 1 Abs. 3 S. 1 AStG.¹ Für die Bestimmung einer fremdvergleichskonformen Vergütung sind die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend, die dem jeweiligen zu untersuchenden Geschäftsvorfall zugrunde liegen und die preisrelevant sind. In der Gesetzesbegründung wird dabei auf Textziffer 1.36 verwiesen. 32

Die tatsächlichen Verhältnisse umfassen dementsprechend insbesondere:

- die vertraglichen Bedingungen eines Geschäftsvorfalls, soweit diese dem tatsächlichen Verhalten der an dem jeweiligen Geschäftsvorfall Beteiligten entsprechen;
- die ausgeübten Funktionen der an dem Geschäftsvorfall Beteiligten unter Berücksichtigung der verwendeten Vermögenswerte und der übernommenen Risiken;
- die Eigenschaften übertragener oder überlassener Vermögenswerte oder erbrachter Dienstleistungen;
- die wirtschaftlichen Verhältnisse der an dem Geschäftsvorfall Beteiligten und die Verhältnisse des für den Geschäftsvorfall relevanten Marktes, einschließlich Standortvorteilen sowie der rechtlichen Rahmenbedingungen und
- die von den an dem Geschäftsvorfall Beteiligten verfolgten Geschäftsstrategien.

Bei der Berücksichtigung von **vertraglichen Bedingungen** ist entscheidend auf das tatsächliche Verhalten der an dem Geschäftsvorfall beteiligten Parteien abzustellen. Dies folgt der grundsätzlichen Logik der OECD, wie sie erstmals Eingang in die BEPS-Aktionspunkte 8–10 gefunden hat. Um diesem Ziel gerecht zu werden, verlangen die überarbeiteten OECD-Leitlinien in Kapitel VI eine sorgfältige Abgrenzung des tatsächlichen Geschäftsvorfalls zwischen den verbundenen Unternehmen. Dies geschieht auf der Basis der Analyse der vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten in Abgleich zum tatsächlichen Verhalten. Das Verhalten soll zusätzlich zu den vertraglichen Vereinbarungen oder an deren Stelle berücksichtigt werden, sofern die Verträge nicht vollständig sind oder nicht durch das Verhalten der Beteiligten bestätigt werden. Für Fälle, in denen der Geschäftsvorfall zwischen verbundenen Unternehmen nicht der kaufmännischen Rationalität entspricht, sehen die Leitlinien die Nichtanerkennung der betreffenden Vereinbarung für Verrechnungspreiszwecke vor.² 33

1 I.d.F. des Gesetzes zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Beseinigung der Kapitalertragsteuer (Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz – AbzStEntModG) v. 8.6.2021, BGBl. 2021 I, 1259 ff.

2 Dazu ausführlich *Eigelshoven/Mank* in Seer/Lüdicke/Rasch, FS für *Kroppen*, 2020, S. 175 ff.; vgl. auch *Rasch*, Kap. IX, Anm. 8.

- 34 Aus den Regelungen des Kapitels I, Tz. 1.42 ff. der OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2017 ergibt sich ferner, dass die zwischen den Parteien des konzerninternen Geschäftsvorfalls bestehenden vertraglichen Vereinbarungen zwar der Ausgangspunkt für die Verrechnungspreisanalyse sind, darüber hinaus aber stets zu überprüfen ist, ob die vertraglichen Vereinbarungen auch **tatsächlich umgesetzt** werden. Entspricht das tatsächliche Verhalten der Parteien nicht dem vertraglich Vereinbarten oder existiert keine klare Vereinbarung, soll nur das tatsächliche Verhalten der Vertragsparteien die Grundlage für die Verrechnungspreisanalyse sein (vgl. Tz. 1.45 der OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2017). Abzustellen ist dabei grundsätzlich auf das Verhalten der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Erwartungen.¹ Das wird in der Praxis zu Problemen in der Auslegung und in der Diskussion mit der Betriebsprüfung führen.²
- 35 Folglich sollen sowohl nach Kapitel D.1 und nach dem revidierten § 1 Abs. 3 S. 1 AStG die vertraglichen Bedingungen eines Geschäftsvorfalls für Verrechnungspreiszwecke nur noch anerkannt werden, soweit diese im Einklang mit dem **tatsächlichen Verhalten** der Parteien stehen. Es ist daher in Zukunft von noch größerer Bedeutung, auf den Gleichklang der vertraglichen Vereinbarung und der tatsächlichen Umsetzung zu achten. Gleichwohl darf auch dieses Merkmal – bei aller zutreffenden Vermeidung von Missbrauchsfällen – nicht überstrapaziert werden. Auch hier muss eindeutig darauf abgestellt werden, ob das Verrechnungspreissystem zu einem angemessenen Preis führt – auch wenn der Vertrag das möglicherweise nicht in aller Genauigkeit nachzeichnet. Die Auseinandersetzung in der Betriebsprüfung wird damit wieder mehr um die formelle Abbildung kreisen.
- 36 Einstweilen frei.

■ Zu Tz. 10.7

- 37 Sofern die Finanzierungstransaktionen in der vereinbarten Form zwischen fremden Dritten in einer Gesamtbetrachtung von den Bedingungen abweichen, die rational handelnde Unternehmen in einer vergleichbaren Situation vereinbart hätten, verweist Tz. 10.7 auf Kapitel D.2 des Kapitels I. Es ist allerdings kein Rechtsfolgen- oder gar Rechtsgrundverweis, sondern vielmehr formulieren, die Leitlinien, dass „auch die Leitlinien in Abschnitt D.2 von Kapitel I von Bedeutung sein“ können („*the guidance in Section D.2 of Chapter I may also be relevant*“). Was zunächst keinen Unterschied zu machen scheint, ist rechtlich aber gleichwohl bedeutsam. Der Verweis, dass auch Kapitel I, D.2. von Bedeutung sein kann, ordnet in keiner Weise dessen Rechtsfolgen an. Nach hier vertretener Auffassung bedeutet der Verweis vielmehr, dass die Leitlinien in Abschnitt D.2 zu berücksichtigen sein können.
- 38 Zudem ist von einer **Gesamtbetrachtung** die Rede. Das bedeutet aber auch, dass nicht anhand einzelner Merkmale davon ausgegangen werden kann, dass eine Ver-

1 Vgl. Rasch/Maier/Wenzel, Kap. VI, Anm. 512.

2 Weitergehend Jerabek/Kofler/Kroppen/Rasch, in Kofler/Schnitger, BEPS Handbuch, 2019, Kap. I, S. 459 ff.; Kropfen/Rasch, IWB 22/2015, 824, 832 ff.

einbarung nicht der zwischen fremden Dritten entspricht. Zwar bedeutet das nicht, dass aufgrund einer Gesamtbetrachtung oder eines Gesamtplans sämtliche Transaktionen als fremdvergleichstauglich einzustufen sind. Das wäre eine zu oberflächliche Betrachtung. Allerdings wird sich die Betriebsprüfung genauso wenig auf einzelne Tatbestandsmerkmale zurückzuziehen können, um eine vermeintliche Unüblichkeit zu rechtfertigen.

Zu den Anforderungen an den tatsächlich verwirklichten Sachverhalt, vgl. OECD- 39
Kap. I Anm. 293 ff.

Einstweilen frei. 40

■ Zu Tz. 10.8

Während Tz. 10.6 und 10.7 abstrakt den Zusammenhang mit Kapitel I, Abschnitte 41
D.1 und D.2 und der allgemeinen Bestimmung des tatsächlichen Sachverhalts herstellen, bedeutet Tz. 10.8 konkret, auf der Grundlage des tatsächlichen Sachverhalts die **Höhe des Fremdkapitals** zu ermitteln, für das die Verrechnungspreise zu bestimmen sind. Dabei wird auch der Zusammenhang mit den in Tz. 10.19 explizit genannten realistischerweise verfügbaren Optionen („*options realistically available*“) hergestellt.¹ Allerdings bezieht sich Tz. 10.19 nicht speziell auf die Frage, ob eine Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital erforderlich ist. Es geht darum, ob ein Unternehmen z.B. auf den Abschluss eines Darlehensvertrags verzichtet, weil sich andere Möglichkeiten der Finanzierung ergeben.

Tz. 10.8 stellt vielmehr den Zusammenhang her zwischen den allgemeinen Grundsätzen zur Bestimmung und Abgrenzung eines tatsächlich verwirklichen Sachverhalts (Anm. 23 ff. zuvor) und der Qualifikation eines Darlehens als Fremdkapital oder der Umqualifikation als Eigenkapital.² 42

Der Fremdvergleichsgrundsatz mit der oben skizzierten Abgrenzung der Tatsachen soll also zur Prüfung dienen, ob fremde Dritte das hingegebene Kapital nicht als Fremdkapital in Form eines Darlehens, sondern als Eigenkapital behandelt hätten, und somit eine Umqualifizierung in Eigenkapital erforderlich ist. Vgl. dazu auch Tz. 10.5, der diesen Bezug zu Art. 9 Abs. 1 OECD-MA herstellt. 43

Dies gilt aber nur vorbehaltlich der innerstaatlichen gesetzlichen Regelungen zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Eigen- und Fremdkapital, wie Zinsschranken- oder Unterkapitalisierungsregelungen. Das Verhältnis des Eigen- zu Fremdkapital ist zu klären, bevor die Verrechnungspreise auf die Verzinsung des tatsächlich abgegrenzten Fremdkapitals bestimmt werden (zweistufiger Ansatz, vgl. Anm. 27 ff.). Greil³ schließt daraus, dass anerkannt sei, andere Ansätze außerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes zur Beurteilung von Darlehen heranzuziehen. Das ist zwar richtig, die beiden Regelungskreise – Fremdvergleichsgrundsatz einerseits

1 Braun/Burger, IWB 2020, 456, 47.

2 So auch Greil, ISR 2020, 124, 126.

3 a.a.O.

und Regelungen zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Eigen- und Fremdkapital – betreffen aber unterschiedliche Prüfungsstufen.

- 45 Es gibt inzwischen eine Vielzahl von Staaten, die in das nationale Recht Regelungen zur **Unterkapitalisierung** aufgenommen haben.¹ Bereits im Bericht zur „Thin Capitalisation“ aus dem Jahr 1986² hatte die OECD empfohlen, das nationale Recht zur Unterkapitalisierung und verdecktem Eigenkapital anzugeleichen. Daraus hervorgegangen ist Ziff. 3 im Musterkommentar zu Art. 9 OECD-MA (vgl. Anm. 27), die die Umqualifizierung und die Beschränkung des Zinsabzugs ermöglicht. Darauf schließlich folgte der BEPS Bericht zu Aktionspunkt 4 (vgl. Anm. 22). Damit wurden Zinsschranken als best practise oder Normvorgaben als spezielle Missbrauchsregelungen eingeführt.³ Diese Schranken sind in ihrer rechtlichen Form als spezielle Missbrauchsregelungen (*specific anti avoidance rules*) ausgestaltet.
- 46 Es ist fraglich, ob eine **korrespondierende Gewinnberichtigung** i.S.d. **Art. 9 Abs. 2** OECD-MA möglich ist, wenn die jeweiligen Zinsabzugsgrenzen überschritten sind. Es wird argumentiert, dass die **Missbrauchsregelungen** nicht auf der Basis des Fremdvergleichsgrundes bestimmt werden. Dem folgend ergibt sich keine korrespondierende Gewinnberichtigung.⁴ Greil⁵ legt dar, dass diese Sichtweise die Kompromisslösung der OECD Verhandlungen zu Kapitel X ist. Art. 9 Abs. 2 OECD-MA erfasse diese möglichen Doppelbesteuerungen nicht, da sich diese aus dem Zusammenspiel von Fremdvergleichsgrundatz einerseits und nationalen Regelungen andererseits ergeben. Diese seien von Art. 9 Abs. 2 nicht erfasst.
- 47 Vorzugswürdig erscheint m.E., dass eine **Sperrwirkung** gegenüber den Regelungen zur Zinsabzugsbeschränkung anzunehmen ist.⁶ Dies gilt für den Fall, dass eine Darlehensgewährung dem Grunde nach fremdüblich ist. Art. 9 sieht bekanntlich keine Einschränkung für bestimmte Leistungsarten vor.⁷ Dies bestätigt auch 1.2 des überarbeiteten EU-Verhaltenskodex zur Schiedskonvention.⁸ Danach verweist das Schiedsübereinkommen eindeutig auf die Gewinne aus kaufmännischen und finanziellen Beziehungen, differenziert jedoch nicht zwischen diesen verschiedenen Arten von Gewinnen. Gewinnberichtigungen, die sich aus finanziellen Beziehungen, einschließlich Darlehen und Darlehenskonditionen, ergeben und nach dem

1 Vgl. *Hillmann/Höhl*, European Taxation 2018. 140. *Eigelshoven* in V/L⁷, DBA, Art. 9 OECD-MA, Rz. 28a.

2 V. 26.11.1986.

3 *Storck*, TPI 2019, 149, 150.

4 *Storck*, TPI 2019, 149, 150.

5 Greil, ISR 2020, 124, 126. Nicht ganz eindeutig in Wassermeyer, DBA, Art. 9 Rz. 10, so weit in der Behandlung des übersteigenden Betrags die Sekundärberichtigung gesehen wird. Wohl auch *Storck*, TPI 2019, 149, 150.

6 Vgl. *Eigelshoven* in V/L⁷, DBA, Art. 9 OECD-MA, Rz. 28a.

7 Zur Sperrwirkungsmechanik und Diskussion, vgl. *Rasch* in G/K/G/K, Art. 9 OECD-MA, Rz. 32 ff.

8 Überarbeiteter Verhaltenskodex zur wirksamen Durchführung des Übereinkommens über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen (2009/C 322/01) v. 30.12.2009, ABl. EU C 322, S. 1, 2.

Fremdvergleichsgrundsatz erfolgen, sind daher als unter das Schiedsübereinkommen fallend anzusehen. Eine Reihe von Staaten haben Vorbehalte gegen diese Regelung angemeldet. So hat beispielsweise Bulgarien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Gewinnberichtigungen, die sich aus der **Berichtigung des Preises** eines **Darlehens** (d.h. des Zinssatzes) ergeben, in den **Geltungsbereich** des Schiedsübereinkommens fallen. „Andererseits vertritt Bulgarien die Auffassung, dass Fälle von Gewinnberichtigungen, die auf **Berichtigungen des Finanzierungsbetrags** beruhen, **nicht** unter das **Schiedsübereinkommen** fallen. Grundsätzlich liegen die Gründe für solche Berichtigungen in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Aufgrund der Anwendung von unterschiedlichen nationalen Vorschriften und des Fehlens von international anerkannten Fremdvergleichs-Leitlinien, die auf die **Kapitalstruktur** eines Unternehmens anzuwenden wären, ist in hohem Maße in Frage zu stellen, dass die auf Korrekturen des Darlehensbetrags beruhenden Gewinnberichtigungen nach dem Fremdvergleichsgrundsatz erfolgen.“¹ Weitere Vorbehalte gibt es von der Tschechischen Republik, den Niederlanden, Griechenland, Ungarn, Lettland, Polen, Portugal und der Slowakei. Deutschland hat keine Vorbehalte vermerkt.² Diese Vorbehalte bestätigen noch einmal, dass die Staaten hier sehr unterschiedliche Auffassung vertreten. Offensichtlich war dieser Punkt auch zwischen den OECD Staaten streitig.³

Streitig ist auch, ob Art. 9 OECD-MA Sperrwirkung gegenüber § 4h EStG entfällt.⁴ Da auch § 4h EStG eine allgemeine Abzugsbeschränkung ist, verneint die Finanzverwaltung hier die Schrankenwirkung.⁵

Storck stellt aus Sicht der Praxis heraus, dass nationale Zinsabzugsgrenzen als maximale Grenze für das Volumen von Fremdfinanzierungen genutzt werden, um sich vertiefende Analysen aus der Sicht des Fremdvergleichsgrundsatzes zu sparen.⁶

Einstweilen frei. 50

■ Zu Tz. 10.9

Tz. 10.9 nimmt den Gedanken des 10.8 auf, dass nationale gesetzliche Regelungen zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Eigen- und Fremdkapital, wie Zins schranken- oder Unterkapitalisierungsregelungen unberührt bleiben. Dazu sei auf die Anm. 41 verwiesen.⁷

1 ABl. EU C 322, S. 1, 2, Fn. 1.

2 ABl. EU C 322, S. 1, 2, Fn. 1.

3 So auch *Storck*, TPI 2019, 149, 150.

4 Dazu *Eigelshoven* in V/L⁷, DBA, Art. 9 OECD-MA, Rz. 28a.

5 Dazu: *Hick* in H/H/R, § 4h EStG Rz. 6, *Förster* in Gosch, KStG, § 8a KStG Rz. 57c.

6 *Storck*, TPI 2019, 149, 150.

7 Enger *Scholz/Köhler*, IStR 2022, 14, 16, die betonen, dass die OECD-Leitlinien die Entscheidung, ob Finanzierungsbeziehungen Fremd- oder Eigenkapitalcharakter haben, der nationalen Gesetzgebung überlassen.

- 52 Es wird zudem festgehalten, dass nicht allein die Abgrenzung nach Kapitel I (vgl. Anm. 31 ff.) als der einzige zulässige Ansatz für die Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital anzusehen ist.

53 Einstweilen frei.

■ **Zu Tz. 10.10**

- 54 Tz. 10.10 geht noch einmal darauf ein, dass die Staaten zur Anwendung des Art. 9 auf die Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital unterschiedliche Auffassungen vertreten (vgl. Anm. 28). Nach wie vor gilt etwa die Anmerkung der USA.¹ Für die Staaten, die die Grundsätze des Kapitels I (vgl. Tz. 10.6./7, Anm. 31) anwenden, so betont die OECD erneut, soll der Abschnitt Leitlinien an die Hand geben, ob ein vermeintliches Darlehen tatsächlich als Fremdkapital oder doch – umqualifiziert – als Eigenkapital zu werten ist.

55 Einstweilen frei.

■ **Zu Tz. 10.11**

- 56 Die relevante Aussage in Tz. 10.11 ist, dass die durchzuführende Verrechnungspreisanalyse unabhängig ist von der Benennung oder Beschreibung der Finanzierungstransaktion. Diese Feststellung gilt auch für alle sonstigen Transaktionen und ist eine Selbstverständlichkeit. Nochmals wird die Abgrenzung im Sinne des Kapitels I betont.

57 Einstweilen frei.

■ **Zu Tz. 10.12**

- 58 Tz. 10.12 wird konkret und benennt eine als nicht abschließend zu verstehende Liste von Vergleichbarkeitsmerkmalen im Rahmen der Funktions- und Risikoanalyse, die zur Würdigung der konzerninternen Mittelausreichung als Verbindlichkeit gegenüber der Einstufung als Eigenkapital dienen. Dies sind:

- das Vorliegen bzw. Fehlen eines festen **Rückzahlungstermins**,
- die **Verpflichtung, Zinsen** zu zahlen,
- das **Recht, Zins- und Tilgungszahlungen** durchzusetzen,
- der **Status des Mittelgebers** im Vergleich zu regulären Unternehmensgläubigern,
- das Vorliegen finanzieller **Covenants²** und Sicherheiten,

1 Vgl. Art. 9 Ziff. 15 OECD-Musterkommentar: The *United States* observes that there may be reasonable ways to address cases of thin capitalisation other than changing the character of the financial instrument from debt to equity and the character of the payment from interest to a dividend. For instance, in appropriate cases, the character of the instrument (as debt) and the character of the payment (as interest) may be unchanged, but the taxing State may defer the deduction for interest paid that otherwise would be allowed in computing the borrower's net income. (*Eingefügt am 23.7.1992*).

2 **Covenants** sind Vertragsklauseln, die sich aus der angloamerikanischen Vertragspraxis entwickelt haben, und der Absicherung von Krediten durch Überwachung des Kredit-

- die **Quelle** der Zinszahlungen,
- die **Fähigkeit** des Mittelempfängers, **Darlehen** bei **konzernfremden** Kreditinstituten aufzunehmen,
- der **Umfang**, in dem die erhaltenen Mittel für den **Erwerb** von **Anlagegütern** genutzt werden,
- das etwaige **Versäumnis** des vermeintlichen Darlehensnehmers, das Darlehen zum Fälligkeitstermin **zurückzuzahlen** oder sich um einen **Aufschub** zu bemühen.

Die genannten Kriterien enthalten allesamt keine Vorgabe für die Mindestausstattung mit Eigenkapital.¹ Vorgeschlagen wird eine m.E. sinnvolle Einteilung der Kriterien in „Überlassung von Finanzmitteln auf Zeit“ und „fremdtümliche Vertragsmerkmale“.² Zu beachten ist allerdings, dass daraus keine konstitutiven Merkmale für die Einordnung des Darlehens abzuleiten sind oder abgeleitet werden können. Positiv gewendet definiert die OECD keine absoluten Kriterien, so dass für die Beurteilung ein **Ermessensspielraum** verbleibt, der allerdings für die Finanzverwaltung wie für den Steuerpflichtigen gilt.

Eine Aufteilung im vorgenannten Sinne kann wie folgt aussehen:

59

60

<i>Überlassung von Finanzmitteln auf Zeit</i>	<i>Überschneidungsbereich</i>	<i>Fremdtümliche Vertragsmerkmale</i>
Vorliegen bzw. Fehlen eines festen Rückzahlungstermins		Quelle der Zinszahlungen
Verpflichtung, Zinsen zu zahlen		Fähigkeit des Mittelempfängers, Darlehen bei konzernfremden Kreditinstituten aufzunehmen
Recht, Zins- und Tilgungszahlungen durchzusetzen		Umfang, in dem die erhaltenen Mittel für den Erwerb von Anlagegütern genutzt werden

nehmers und durch erweiterte Rechte bei Nichteinhaltung der covenants deutlich vor Eintritt der Insolvenz. Sie werden auch als Frühwarnsystem bezeichnet. Vgl., Hopt, HGB, 41. Aufl. 2022, Rz. H7; Wittig, WM 1996, 1385. Dabei werden *financial covenants* und *non-financial covenants* unterschieden. *Financial covenants* betreffen die Überwachung der Kapitalstruktur des Kreditnehmers anhand von Finanz- und Bilanzkennzahlen, *non-financial covenants* umfassen alle sonstigen Vorgaben, z.B. Information und Transparenz (information covenants) und weitere, die Unternehmenspolitik des Kreditnehmers betreffende Pflichten (general covenants). Typische financial covenants-Klauseln betreffen u.a. betriebswirtschaftliche Kennzahlen (z.B. financial ratios), die Eigenkapitalausstattung (net worth), den Verschuldensgrad (EBIT und EBITDA), den Ertrag und die Erhaltung der Liquidität (current ratio). Wittig, WM 1996, 1382.

1 Scholz/Köhler, IStR 2022, 14, 15.

2 Scholz/Köhler, IStR 2022, 14, 15.

Überlassung von Finanzmitteln auf Zeit	Überschneidungsbereich	Fremdübliche Vertragsmerkmale
Status des Mittelgebers im Vergleich zu regulären Unternehmensgläubigern		etwaiges Versäumnis des vermeintlichen Darlehensnehmers, das Darlehen zum Fälligkeitstermin zurückzuzahlen oder sich um einen Aufschub zu bemühen
	Vorliegen finanzieller Covenants und Sicherheiten	

Tabelle: Einteilung der Kriterien zur Beurteilung des Darlehens

- 61 Die vorgenannte Einteilung kann bei der Beurteilung hilfreich sein, um die vertraglichen Merkmale eindeutig darzulegen und zu überprüfen. Für ein Darlehen relevante Tatbestandsmerkmale ergeben sich definitorisch für die Überlassung von Finanzmitteln auf Zeit. Allerdings ergeben sich auch Überschneidungen bei allen Merkmalen. Vgl. noch zu den Kriterien der Rechtsprechung, Anm. 66.
- 62 Zur Abgrenzung des Darlehens als langfristige Fremdfinanzierung ist es auch sinnvoll die Definition des Darlehens heranzuziehen. Mit dem Begriff „Darlehen“ meint das Bürgerliche Gesetzbuch das Geld-, nicht das Sachdarlehen. Beim Gelddarlehen geht es um die **Verschaffung** oder die **Leistung** einer **Geldsumme** durch Überweisung oder Einräumung eines Kreditrahmens. Erfasst wird aber auch die unentgeltliche Darlehenshingabe. Durch den Darlehensvertrag wird der **Darlehensgeber verpflichtet** dem **Darlehensnehmer** einen **Geldbetrag** in der vereinbarten Höhe **zur Verfügung zu stellen**. Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, einen **geschuldeten Zins** zu zahlen und bei **Fälligkeit** das zur Verfügung gestellte Darlehen **zurückzuerstatten**. § 488 Abs. 1 BGB stellt klar, dass der Gelddarlehensvertrag ein zweiseitig verpflichtender Vertrag ist, der schon durch die Einigung der Parteien zustande kommt (Konsensualvertrag).¹
- 63 Ein **verzinsliches** Darlehen liegt vor, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde. Wer das Darlehen in Ausübung eines Handelsgewerbes gewährt, kann auch ohne besondere Vereinbarungen Zinsen verlangen.
- 64 Die **Rückzahlung** des Darlehens richtet sich nach den getroffenen Vereinbarungen:
 - Ein **Fälligkeitsdarlehen** ist in einem Betrag am Ende der Laufzeit zurückzuzahlen.
 - Ein **Ratendarlehen** (Tilgungsdarlehen) ist in jährlich gleichbleibenden Raten zu tilgen.

1 Vgl. Maier in Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 59 2022 Stand: 5.2022, Darlehen, Rz. 2.

- Bei einem **Annuitätendarlehen** ist die jährliche Summe aus Tilgung und Zinsen gleich groß; sie setzt sich jedoch von Jahr zu Jahr aus einem unterschiedlichen Betrag von Zins und Tilgung zusammen. Zum Ende der Laufzeit hin wird der Tilgungsbetrag größer und der Zinsbetrag kleiner.

Konstitutives Merkmal eines Gelddarlehens ist die **Überlassung** der **Valuta** auf 65 **Zeit**. Diese ist nicht gegeben, wenn die Pflicht zur Rückgewähr der Zuwendung vom Eintritt einer Bedingung dergestalt abhängig ist, dass nicht nur der Zeitpunkt der Rückzahlung ungewiss ist, sondern auch, ob die Verpflichtung zur Rückgewähr unbedingt entsteht (BFH v. 12.7.2016 – IX R 56/13, BStBl. II 2017, 253). In Fällen, in denen es an den typischen Merkmalen eines Darlehens fehlt, ist die Zuwendung im Zeitpunkt ihres Zuflusses als steuerpflichtige Einnahme zu erfassen.¹

Die vorgenannten tatbestandlichen Merkmale (Anm. 62–65) sind hilfreich, um die Einordnung als Darlehen im Sinne der OECD Merkmale vorzunehmen. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass der BFH in der jüngeren Rechtsprechung die Frage des Vorliegens eines Darlehens dem Grunde nach deutlich stärker hervorhebt als in früheren Entscheidungen.² So hat der BFH grundsätzlich bestätigt, dass zunächst die steuerliche Anerkennung der Darlehensbeziehung dem Grunde nach zu prüfen ist.³ Damit geht also die Entscheidung einher, ob eine mögliche Umqualifizierung von Fremd- in Eigenkapital erforderlich ist. Allerdings versteht der BFH eine mögliche Umqualifizierung restriktiv. Demnach führt nicht bereits jede Abweichung von einzelnen Sachverhaltsmerkmalen vom Fremdtüblichen dazu das Vertragsverhältnis nicht anzuerkennen.⁴ Im konkreten Fall hat der BFH dem FG aufgegeben anhand der vom BFH entwickelten Grundsätze zu prüfen, ob der streitige Darlehensvertrag dem Grunde nach steuerrechtlich anzuerkennen ist. Dabei sei insb. zu berücksichtigen, dass nicht jede Abweichung einzelner Sachverhaltsmerkmale vom Fremdtüblichen, wie etwa einzelner Abreden zur Frage der **Verzinsung**, der **Sicherheitengestellung** oder der **Fälligkeit** der Zinszahlungen, die steuerrechtliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses ausschließt.⁵

Auch in einer aktuellen Entscheidung⁶ hat der BFH darauf abgestellt, dass es zunächst der Abgrenzung bedarf, ob das zugeführte Kapital dauerhaft in das Vermögen der empfangenden Gesellschaft übergehen sollte und eine Rückzahlung nicht beabsichtigt war⁷ oder ob die Parteien – im Sinne einer ernstlichen Abrede – von der Überlassung von Kapital auf Zeit ausgegangen sind und davon ausgehen konnten, dass der Darlehensvertrag durchgeführt, insbesondere also das Darlehen

¹ Vgl. *Maier* in Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon Edition 59 2022 Stand: 5.2022, Darlehen, Rz. 4.

² *Busch*, DB 2022, 1866, 1868.

³ *Bärsch/Engelen*, DStR 2022, 818, 818.

⁴ BFH v. 18.5.2021 – I R 62/17, DStR 2021, 2522, unter II.3.a.

⁵ Vgl. BFH, Urt. v. 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573; BFH v. 16.10.2014 – IV R 15/11, BStBl. II 2015, 267.

⁶ Urt. v. 13.1.2022 – I R 15/21, IStR 2022, 505, unter III. a). Dazu *Busch*, DB 2022, 1866.

⁷ BFH v. 6.11.2003 – IV R 10/01, BFHE 204, 438 = BStBl. II 2004, 416, DStR 2004, 593.

zurückgezahlt wird.¹ Dabei wird ausdrücklich das Urteil des I. Senats aus 1997 bestätigt.²

Der I. Senat führt weiter aus, dass nach der zu Verträgen zwischen Angehörigen ergangenen Rechtsprechung die **Abgrenzung** zwischen privater und betrieblicher Veranlassung im Anschluss an die BVerfG-Beschlüsse v. 7.11.1995 – 2 BvR 802/90³ und v. 15.8.1996 – 2 BvR 3027/95⁴, anhand der **Gesamtheit der objektiven Verhältnisse** mit der Maßgabe vorzunehmen, dass **nicht jede Abweichung** einzelner Sachverhaltsmerkmale vom Fremdüblichen im Sinne eines **absolut** wirkenden Tatbestandsmerkmals die steuerrechtliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses ausschließt. Vielmehr sind die einzelnen Kriterien des Fremdvergleichs im Rahmen der **gebotenen Gesamtbetrachtung** zu würdigen.⁵ Nichts anderes kann für Vertragsverhältnisse zwischen Gesellschaften und ihren Gesellschaftern und damit für die Frage gelten, ob eine Kapitalüberlassung der eigenen betrieblichen Sphäre oder derjenigen des Gesellschaftsverhältnisses zuzuordnen ist.

- 68 Die Entwicklung der Rechtsprechung geht also dahin, dass der BFH die Abgrenzung des Fremdkapitals vom Eigenkapital stärker in den Blick nimmt und fragt, ob ein Darlehen in der jeweiligen Konstellation überhaupt vergeben worden wäre.

1 Dazu BFH, Urt. v. 17.12.2014 – I R 23/13, BStBl. II 2016, 261, unter II. 3: So wurde dem FG aufgegeben zu überprüfen, ob das begebene Darlehen überhaupt als solches verstanden und in diesem Zusammenhang als ernstlich gemeint angesehen werden könne; daran konnte es nach den Feststellungen aufgrund der prekären wirtschaftlichen Lage des Steuerpflichtigen in den Zeitpunkten der Darlehensgewährungen auf den ersten Blick durchaus Zweifel geben. Sofern sich diese Zweifel bewahrheiten, wäre die Hingabe der „Darlehens“-Valuta von vornherein als (verdeckte) Einlage zu qualifizieren.

2 BFH, Urt. v. 29.10.1997 – I R 24/97, BStBl. II 1998, 573, unter II. 2. Der I. Senat hat seit seinem Urt. v. 23.10.1996 – I R 71/95 (BFHE 181, 328) seine Rechtsprechung zur vGA gegenüber beherrschenden Gesellschaftern und ihnen nahestehenden Personen in Anlehnung an die Beschlüsse des BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 802/90 (BStBl. II 1996, 34); v. 15.8.1996 – 2 BvR 3027–95 (DB 1996, 2470) fortentwickelt. Danach können einzelne Kriterien des Fremdvergleichs (hier: fehlende Vereinbarung über den Rückzahlungszeitpunkt und über zu leistende Sicherheiten), dem die Geschäftsbeziehungen einer Kapitalgesellschaft zu der ihrem beherrschenden Gesellschafter nahestehenden Person zu unterziehen sind, nicht im Sinne von absoluten Tatbestandsvoraussetzungen verstanden werden. Sie sind vielmehr indiziell zu würdigen, ob sie den Rückschluss auf eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis zulassen. Das FG hatte aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung über den Rückzahlungszeitpunkt und einer Abrede über die zu leistenden Sicherheiten zwangsläufig auf das Vorhandensein einer vGA abgestellt. Dies ist nach der neueren Rechtsprechung des Senats fehlerhaft.

II. 2. b): In der Regel bleibt ein Darlehensvertrag zwischen einer Kapitalgesellschaft und ihrem beherrschenden Gesellschafter bzw. einer ihm nahestehenden Person auch dann noch ein Darlehensvertrag, wenn ihm eine Vereinbarung über den Rückzahlungszeitpunkt und/oder zu gewährende Sicherheiten fehlt. Es geht nicht an, allein wegen des Fehlens irgendwelcher Detailvereinbarungen Fremdkapital in Eigenkapital umzu-deuten.

3 BStBl. II 1996, 34, unter B.I.2.

4 DStRE 1997, 53.

5 Vgl. BFH v. 10.10.2018 – X R 44-45/17, BStBl. II 2019, 203.

Der I. Senat¹ bleibt dabei, dass die Abgrenzung des Darlehens anhand der Gesamtheit der objektiven Verhältnisse vorzunehmen ist. Einzelnen Kriterien des Fremdvergleichs ist dabei nicht die Qualität unverzichtbarer Tatbestandsvoraussetzungen beizumessen. Tatsächlich beachtlich² ist, dass der BFH nicht nur geprüft wissen will, ob eine Kapitalüberlassung auf Zeit vorliegt, die anhand u.a. der Verpflichtung zur Kapitalrückzahlung zu prüfen ist. Vielmehr hat der BFH im aktuellen Urteil bei der Rückverweisung an das FG auch die Vorgabe aufgenommen, ob das Darlehen vor allem die sonstigen Umstände des Vertragsschlusses wie z.B. **berechtigte Ertragserwartungen** des Kreditnehmers, **Einfluss des Kreditgebers** auf dessen **Geschäftstätigkeit**, grundsätzliche Bereitschaft, die kreditnehmende Gesellschaft im Geschäftsverkehr nach außen zu stützen) abbildet. Das FG soll indiziell zu würdigen haben, ob die Parteien von einer Kapitalüberlassung auf Zeit und damit insbesondere von der **Rückzahlung des Kreditkapitals** ausgegangen sind und bei objektiver Würdigung ausgehen konnten.³

Damit nähert sich der BFH im vorgenannten Urteil der vorgeschalteten Prüfung an, die auch Tz. 3.90 Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise enthält, ob ein Darlehen als Fremdkapital zu werten ist. Dies verknüpft der BFH mit der Prüfung, ob die Kapitalrückzahlung bei objektiver Würdigung möglich erscheint und stützt damit Tz. 10.13, der eine **Schuldentragfähigkeitsanalyse** fordert (Kapitaldienstfähigkeitsanalyse; **debt capacity analysis**). Vgl. dazu nachfolgend Anm. 71 ff.

69

Zu Tz. 3.90 Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise ist allerdings festzuhalten, dass die Aussage sehr kurz gehalten ist und per se für den Rechtsanwender keinerlei weitergehende Erkenntnis bringt. Allerdings ist das wohl so zu verstehen, dass die in Tz. 10.12 und ergänzend in 10.13 genannten Kriterien aufgrund des Verweises in Tz. 3.88 der Verwaltungsgrundsätze Verfahren nun auch für die deutsche Auslegung, zumindest für die deutsche Betriebsprüfung, gelten.⁴

Einstweilen frei.

70

■ Zu Tz. 10.13

Wie bereits herausgearbeitet, erwartet die OECD die Würdigung der Vergleichbarkeit auf der Basis einer umfassenden Funktions- und Risikoanalyse. Dabei sieht die OECD eine **Schuldentragfähigkeitsanalyse** (*debt analysis*) vor. Der BFH nähert sich dieser Betrachtung zumindest an (vgl. oben Anm. 68). Auf diese Weise soll der maximale Betrag des Darlehens ermittelt werden, den der Darlehensnehmer wirtschaftlich zu tragen in der Lage ist. Diese Analysen sind in einigen Ländern schon länger bekannt oder werden nun in nationale Regelungen für die Prüfung konzerninterner Darlehen aufgenommen (vgl. noch Anm. 77 ff.).⁵

71

1 Urt. v. 13.1.2022 – I R 15/21, IStR 2022, 505, unter III. a).

2 Zu Recht Busch, DB 2022, 1866.

3 BFH v. 13.1.2022 – I R 15/21, IStR 2022, 505, unter III. a) a.E.

4 Vgl. Scholz/Köhler, IStR 2022, 14, 15.

5 Vgl. etwa Ebeling/John/Nolden, IWB 2020, 199, 200.

- 72 Die OECD verdeutlicht das Vorgehen anhand eines **Beispiels**. Kurz gefasst geht es darum, dass ein Unternehmen (B) in einem Konzern von einem verbundenen Unternehmen (C) Mittel zur Finanzierung seiner Geschäftstätigkeit benötigt und diese Mittel als zehnjähriges Darlehen erhält. Annahme ist nun, dass die **Finanzprognosen** für B der kommenden zehn Jahre klar erkennen lassen, dass B das **Darlehen** in dieser Höhe **nicht bedienen** kann. Ein fremder Dritter wäre nicht bereit, B das Darlehen zu gewähren, da Unternehmen B nicht in der Lage sei, die Mittel zurückzuzahlen.
- 73 Die Aussagen in diesem eindeutigen Beispiel sind nachvollziehbar. Wenn die Finanzprognose so eindeutig ist und ein fremder Dritter kein Darlehen begeben würde, erscheint eine Umqualifizierung in Eigenkapital folgerichtig.¹ Allerdings enthält auch² Tz. 10.13 keine Hinweise auf die Höhe des Mindest-Eigenkapitals.³ Ob hier das Problem darin liegt, dass das Unternehmen nicht genügend Eigenkapital hat oder wegen mangelnden Cash-Flows mit dem Teilwert des Darlehens unter Nennwert anzunehmen ist, mit der Folge, eine Einlage annehmen zu können⁴, erscheint aus dem Beispiel nicht eindeutig nachvollziehbar.
- 74 Wichtig ist sodann die Feststellung der OECD, dass sich der sachgerecht abgegrenzte Betrag des Darlehens von Unternehmen C an Unternehmen B für Verrechnungspreiszwecke danach richten muss, welchen Betrag ein **konzernfremder** Darlehensgeber **maximal** an Unternehmen B **vergeben** hätte und welchen Betrag ein konzernfremder Darlehensnehmer unter vergleichbaren Umständen maximal bei Unternehmen C aufgenommen hätte. Damit bringt die OECD m.E. zum Ausdruck, dass nicht zwingend der gesamte Betrag als Eigenkapital zu qualifizieren ist. Die OECD stellt auf den Höchstbetrag ab, den ein fremder Dritter bereit gewesen wäre zur Verfügung zu stellen. Zwar lässt das auch die Möglichkeit zu, auf den gesamten Betrag abzustellen,⁵ zwingend ist das aber gerade nicht.⁶ Die **debt capacity (Verschuldungskapazität)** zeigt dem Unternehmen und Gläubigern an, bis zu welcher Gesamthöhe das Unternehmen in der Lage ist, Kredite nachhaltig bedienen zu können. Dies hängt von der Bonität, dem aktuellen Verschuldungsgrad sowie der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens ab. Entscheidend ist damit, mit welcher Wahrscheinlichkeit die zur Bedienung des Fremdkapitals notwendigen, zukünftigen Cash-Flows anfallen. *Schaus/Friedrich*⁷ stellen daher für die Bestimmung der **Kapitaldienstfähigkeit** auf die betriebswirtschaftliche Kennzahl (**debt service coverage ratio**) ab.⁸ Die Debt Service Coverage Ratio (DSCR) be-

1 Vgl. auch *Schaus/Friedrich*, IStR 2020, 827, 829; *Scholz/Köhler*, IStR 2022, 14, 15.

2 Vgl. oben zu Tz. 10.12, Anm. 49.

3 Vgl. *Scholz/Köhler*, IStR 2022, 14, 15.

4 So *Scholz/Köhler*, IStR 2022, 14, 15.

5 So *Greil*, ISR 2020, 124, 126.

6 Vgl. auch *Braun/Burger*, IWB 2020, 456, 473.

7 *Schaus/Friedrich*, IStR 2020, 827, 829.

8 Der Schuldendienstdeckungsgrad oder auch Kapitaldienstdeckungsgrad (englisch debt service coverage ratio, DSCR) ist eine betriebswirtschaftliche Kennzahl, bei der je nach Art des Schuldners den Kreditzinsen und der Tilgung bestimmte Einnahmen gegenübergestellt werden. Hierdurch soll ermittelt werden, inwieweit ein Schuldner imstande ist, Zins und Tilgung für die aufgenommenen Kredite aufzubringen. Der Deckungsgrad

wertet die Fähigkeit des Unternehmens, Betriebseinnahmen zu verwenden, um sämtliche Schuldenverpflichtungen zu erfüllen, einschließlich Tilgungs- und Zinszahlungen für kurz- und langfristige Schulden anhand folgender Gleichung:

$$\text{Schuldendienstdeckungsgrad} = \frac{\text{EBITDA}}{\text{Zinsaufwendungen} + \text{Tilgungszahlungen}}$$

Solange der **Schuldendienstdeckungsgrad** (DSCR) < 1 , wird der Darlehensbetrag und Zinsaufwand nicht anzuerkennen sein, bis der Schuldendienstdeckungsgrad DSCR ≥ 1 , denn ab diesem Punkt ist das Unternehmen in der Lage das Darlehen zu bedienen.¹

Hier ist noch vieles ungeklärt, u.a. ob Zins *und* Tilgung gedeckt sein müssen.² Zu berücksichtigen ist auch, dass diese Vorgehensweise zur Schuldentragfähigkeitsanalyse – wie von Tz. 10.13 angedeutet – eine umfangreiche Darlegung in der Dokumentation erfordert. Da die Vorgehensweise nur „angedeutet“ ist und in der Methodik nicht klar ausgeführt ist, ist auch eine kritische Diskussion in Betriebsprüfungen wohl unausweichlich – was sie im Zweifel jedoch ohnehin ist.³

Festzuhalten ist auch, dass das Beispiel mit **Annahmen** arbeitet, die nicht ohne weiteres auf den Einzelfall übertragen werden können. Es sind objektive Kriterien erforderlich, ansonsten wird es eher der subjektiven Einschätzung überlassen, ob eine Mittelüberlassung als Eigenkapital oder Fremdkapital zu werten ist. Die *debt capacity analysis* kann dieses objektive Verfahren sein. Zu berücksichtigen ist auch, dass die unternehmerische Disposition in Frage gestellt wird. Überspitzt formuliert kann man auch sagen, dass es immer einen Markt geben wird, in dem ein Darlehensgeber bereit ist gegen einen entsprechend („absurd“) hohen Zinssatz ein Darlehen zu vergeben. Das bedeutet aber nicht, dass eine Umqualifizierung bei entsprechend klaren Fällen nicht möglich sein soll.

Schuldentragfähigkeitsanalysen sind auch in anderen Ländern bekannt:

In den **Vereinigten Staaten** hat der Internal Revenue Service („IRS“) in einer Reihe von Fällen über den Schuldcharakter von konzerninternen Finanzierungen ge-

muss mindestens 1 betragen, um durchgehend die Zahlung von Zinsen und Tilgung auf das Fremdkapital zu gewährleisten. Ein ungünstiger Schuldendienstdeckungsgrad weist darauf hin, dass eine Erhöhung des Eigenkapitals erforderlich ist, um auch die mit einer starken Fremdmittelaufnahme einhergehende Abhängigkeit von Gläubigern zu vermindern.

Vgl. etwa wikipedia Eintrag, <https://de.wikipedia.org/wiki/Schuldendienstdeckungsgrad> oder <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/debt-service-coverage-ratio/>.

1 Eine Quote von 1,1 bedeutet vereinfacht etwa, dass der Cashflow in einem Zeitraum um 10 Prozent höher ist als die im gleichen Zeitraum anfallenden Belastungen für die Zinsen und Abzahlungen aus Darlehen.

2 Vgl. Ebeling/John/Nolden, IWB 2020, 199, 200 f für den nicht in Kraft getretenen § 1a AStG-Entwurf. Schaus/Friedrich, IStR 2020, 827, 829; Scholz/Köhler, IStR 2022, 14, 15.

3 Greil, ISR 2020, 124, 124.

stritten.¹ In Ermangelung spezifischer gesetzlicher oder administrativer Vorgaben haben die Gerichte ihre eigenen Kriterien aufgestellt. Am bekanntesten sind die *Mixon-Faktoren* (*Estate of Mixon*, 464 F.2d 394 (5th Cir. 1972)), auf die sich andre Gerichte ganz oder teilweise berufen haben. Zu den Mixon-Kriterien gehört die Frage, ob der Kreditnehmer Finanzmittel von dritten Kreditgebern erhalten haben könnte. Sec. § 385(a) Internal Revenue Code ermächtigt inzwischen den IRS, Vorschriften zu erlassen, um zu bestimmen, ob eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft Fremd- oder Eigenkapital oder teilweise Fremd- und teilweise Eigenkapital ist. In den Vorschriften werden Faktoren festgelegt, die bei dieser Feststellung zu berücksichtigen sind. Zu den Faktoren können die folgenden gehören:

- ob ein schriftliches, unbedingtes Versprechen vorliegt, auf Verlangen oder zu einem bestimmten Zeitpunkt eine bestimmte Geldsumme gegen eine angemessene Gegenleistung in Geld oder Geldeswert zu zahlen und einen festen Zinssatz zu zahlen;
- ob es eine Nachrangigkeit oder einen Vorrang gegenüber einer Verschuldung der Gesellschaft gibt;
- das Verhältnis von Schulden zu Eigenkapital der Gesellschaft;
- ob es eine Konvertierbarkeit in Aktien der Gesellschaft gibt; und
- das Verhältnis zwischen dem Besitz von Aktien der Gesellschaft und dem Besitz der fraglichen Beteiligung.

- 79 Die **niederländischen Verrechnungspreisregeln** wurden am 1.7.2022 wesentlich aktualisiert, als ein neuer niederländischer Verrechnungspreiserlass im Amtsblatt veröffentlicht wurde.² Die Änderungen betreffen hauptsächlich die Einbeziehung von Kapitel X der OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2022. Das Dekret enthält auch neue Leitlinien für die Verrechnungspreisbehandlung von konzerninternen Finanzdienstleistungsunternehmen, die Behandlung staatlicher Unterstützungsmaßnahmen im Zusammenhang mit bestimmten Ereignissen, z.B. der Covid-19-Pandemie.
- 80 In Anbetracht der langjährigen Prüfungen und Gerichtsverfahren in den Niederlanden in Bezug auf die Umqualifizierung von Schulden in Eigenkapital und nicht marktübliche oder nicht fremdvergleichskonforme Darlehen („onzakelijke leningen“) soll die niederländische Finanzbehörde, die folgenden OECD-Verrechnungspreisregeln auf Finanztransaktionen anwenden:³
- Ob eine Transaktion, die von verbundenen Unternehmen als Darlehen dargestellt wird, als Darlehen zu qualifizieren ist, hängt vom Ergebnis des in Kapitel I und Ka-

1 Instruktiv: *Jamison*, Corporate Debt-Equity Considerations and Section 385 Regulation, <https://answerconnect.cch.com/topic/aee403687cb11000b29090b11c18cbab034/corporate-debt-equity-considerations-and-section-385-regulations>.

2 Staatscourant 2022, 16685, Dekret Nr. 2022-0000139020; <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stctr-2022-16685.html>.

3 Vgl. *Van Herksen/Jie-A-Joen*, New Dutch Transfer Pricing Guidance Focuses on Financial Transactions, Bloomberg Law News 2022-08-10, T09:27:50110813236-04:00.

pitel X (Teil B) der OECD-Verrechnungspreisleitlinien beschriebenen genauen Abgrenzungsprozesses ab.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den Niederlanden wird das gesamte Darlehen (und nicht nur ein Teil des ursprünglichen Darlehens) als ein nicht fremdtübliches Darlehen betrachtet. Jegliche Abschreibung eines solchen Darlehens kann nicht vom steuerpflichtigen Gewinn des Darlehensgebers abgezogen werden, während der für steuerliche Zwecke zu erwartende Zinssatz berücksichtigt werden muss. Im Vergleich zur vollständigen Umwidmung in der bestehenden Rechtsprechung könnte der im neuen Erlass dargelegte Verrechnungspreisansatz dazu dienen, den Fremdvergleichswert von Fremd- und Eigenkapitalfinanzierung angemessener zu bestimmen.

Der neue Erlass erkennt an, dass die OECD-**Verrechnungspreisleitlinien** und die **Sichtweise der niederländischen Rechtsprechung nicht kongruent** sind. Sollte ein Steuerpflichtiger in einem unilateralen Ruling die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes erfragen, werden die OECD-Verrechnungspreisleitlinien als Ausgangspunkt herangezogen, da auch ein unilaterales Ruling auch international konsistent sein sollte.⁸¹

Anwendbar ist auch eine **debt capacity-Analyse**, um bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes das Verhältnis von Fremd- und Eigenkapital zu bewerten. Diese besteht aus einer Cashflow-Analyse, mit der nachgewiesen wird, dass der Kreditnehmer in der Lage wäre, die Zinszahlungen zu leisten und den Kredit zurückzuzahlen oder zu refinanzieren. Darüber hinaus kann anhand von Marktdaten nachgewiesen werden, dass ein unabhängiger Darlehensnehmer mit derselben Bonität wie der Darlehensnehmer ein Darlehen von einem dritten Darlehensgeber auf selbstständiger Basis erhalten könnte.¹⁸²

Im Rahmen des nationalen **ATAD-Umsetzungsgesetzes** war zunächst geplant, einen neuen § 1a AStG-Entwurf² einzufügen, in dem für Finanzierungsbeziehungen bzw. -transaktionen zwischen verbundenen Unternehmen einer multinationalen Unternehmensgruppe eine Interpretation des Fremdvergleichsgrundsatzes festgelegt werden sollte. Die Gesetzesbegründung betonte, dass Deutschland sich auch bei dieser Transaktionsart an den Ausführungen des Kapitels X der OECD-Verrechnungspreisleitlinien für multinationale Unternehmen und Steuerverwaltungen orientiere.⁸³

Der Vorschlag wurde letztlich nicht in das AStG aufgenommen. Interessant ist allerdings, was § 1a Abs. 1 AStG-E vorsah. Nach dem Wortlaut des Entwurfs sollten u.a. Zinsaufwendungen aus einer grenzüberschreitenden Finanzierung innerhalb multinationaler Unternehmensgruppen im Inland nur unter folgenden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen abzugsfähig sein:

1 Vgl. *Van Herksen/Jie-A-Joen*, New Dutch Transfer Pricing Guidance Focuses on Financial Transactions, Bloomberg Law News 2022-08-10, T09:27:50110813236-04:00.

2 Dazu u.a. *Ebeling/John/Nolden*, IWB 2020, 199; *Schaus/Friedrich*, IStR 2020, 827; *Scholz/Köhler*, IStR 2022, 14; *Busch*, DB 2020, 1868.

- a) Es kann glaubhaft gemacht werden, dass der „Kapitaldienst“ (Zins und Tilgung) von Anfang der Finanzierungsbeziehung an hätte erbracht werden können.
 - b) Es kann glaubhaft gemacht werden, dass die Finanzierung wirtschaftlich benötigt und für den Unternehmenszweck verwendet wird.
- 85 Nachdem der § 1a AStG-Entwurf gesetzgeberisch nicht umgesetzt wurde, wurden inden Verwaltungsgrundsätzen Verrechnungspreise¹ in Rz. 3.91 genau diese Voraussetzungen eingefügt. Es stellt sich die Frage, ob das BMF als Erlassgeber damit über den ausdrücklichen Willen der Legislative hinausgegangen ist, die genau diese Vorschläge nicht umgesetzt hat. Festzuhalten ist, dass Tz. 10.13 die zuvor genannte Kapitaldienstfähigkeit (vgl. zuvor a) aufgenommen hat und der sog. *business purpose test* (vgl. zuvor b) sich in Tz. 10.19 wiederfindet. Insoweit folgt das BMF seinem erklärten Ziel, die OECD-Verrechnungspreisleitlinien in seine Prüfungspraxis aufzunehmen. Diese sind rechtlich für den Steuerpflichtigen nicht bindend, sondern für die Finanzverwaltung.
- 86 Fasst man die **Empfehlung** der OECD in Tz. 10.4 bis 10.13 unter Berücksichtigung der deutschen **Rechtsprechung** sowie des aktuellen **BMF-Schreibens**² zusammen, kann dies schematisch wie folgt in einem **Prüfansatz** dargestellt werden:

1 Vgl. Fn. 51.

2 Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise, vgl. Fn. 51.

Vorfragen zu konzerninternen Finanzierungstransaktionen

- Finanzierungspolitik der Unternehmensgruppe
- Finanzierung mit Dritten?
- Welche Finanzierungsfunktionen gibt es innerhalb der Gruppe?
- Welche Unternehmen der Gruppe sind an der Finanzierung beteiligt?
- Wie sind die Finanzierungsinstrumente ausgestaltet?
- Gibt es offensichtliche Nachteile für einzelne Unternehmensteile?
- Sind die Finanzierungstransaktionen wirtschaftlich nachvollziehbar?

Abgrenzung Fremdkapital zu Eigenkapital

*Schritt 1: Prüfung, ob Mittelüberlassung als Eigenkapital anzusehen ist
(vgl. Rn. 3.90 BMF Schreiben)*

OECD Kapitel X, Tz. 10.12, 10.13, 10.54:

- Vorliegen bzw. Fehlen eines festen Rückzahlungstermins,
- Verpflichtung, Zinsen zu zahlen,
- Recht, Zins- und Tilgungszahlungen durchzusetzen,
- Status des Mittelgebers im Vergleich zu regulären Unternehmenstilgungsgläubigern,
- Vorliegen finanzieller Covenants und Sicherheiten,
- Quelle der Zinszahlungen,
- Fähigkeit des Mittelempfängers, Darlehen bei konzernfremden Kreditinstituten aufzunehmen,
- Umfang, in dem die erhaltenen Mittel für den Erwerb von Anlagegütern genutzt werden
- mgl. Versäumnis des vermeintlichen Darlehensnehmers, das Darlehen zum Fälligkeitstermin zurückzuzahlen oder sich um einen Aufschub zu bemühen
- Finanzprognosen

BFH Urt. v. 13.1.2022 – I R 15/21:

- Abgrenzung Überlassung von Kapital auf Zeit oder auf Dauer,
- Rechtliche Verpflichtung zur Kapitalrückzahlung
- Objektive Würdigung, ob Darlehensnehmer in der Lage ist, Kapital zurückzuzahlen
- Gesamtheit der objektiven Verhältnisse würdigen inkl. der Umstände des Vertragsschlusses (z.B. berechtigte Ertragserwartungen des Kreditnehmers, Einfluss des Kreditgebers auf dessen Geschäftstätigkeit, grundsätzliche Bereitschaft, die kreditnehmende Gesellschaft im Geschäftsverkehr nach außen zu stützen)
- → Maßgabe: nicht jede Abweichung einzelner Sachverhaltsmerkmale vom Fremdüblichen schließt im Sinne eines absolut wirkenden Tatbestandsmerkmals die steuerrechtliche Anerkennung des Vertragsverhältnisses aus

Verschuldungskapazität (debt capacity test) zeigt an, bis zu welcher Gesamthöhe das Unternehmen in der Lage ist, Kredite nachhaltig bedienen zu können.

Kriterien:

- Bonität
 - Aktueller Verschuldungsgrad
 - Wirtschaftliche Situation und Finanzprognose
- Beurteilung der Kapitaldienstfähigkeit anhand der debt service coverage ratio (DSCR)

*Schritt 2: Business Purpose Test (OECD Kapitel X, 10.13, 10.19;
Rn. 3.91 BMF Schreiben)*

- Ist die Mittelüberlassung (Finanzierung) von dem empfangenden Unternehmen überhaupt benötigt und findet Finanzierung Verwendung für den Unternehmenszweck?
- Anlage auf dem Tagesgeldkonto oder Einlage in einem Cash Pool wird als nicht im Einklang mit dem Unternehmenszweck gesehen

Abbildung 1: Prüfschema Eigenkapital zu Fremdkapital i.S.d. Kapitel X, Abschnitt B.

Einstweilen frei.

87–88