

HENGELERMUELLER

Finanzierungsbeziehungen im Steuerrecht

12. Juli 2023 | IFA Sektion Rhein Main Neckar

Referenten und Diskussionsteilnehmer



Dr. Gunther Wagner

**Hengeler Mueller |
München**



Dr. Sebastian Heinrichs

**Hengeler Mueller |
Frankfurt**



Dr. Leonard Kirscht

**BASF SE |
Ludwigshafen**



Dr. Julia Wilhelm

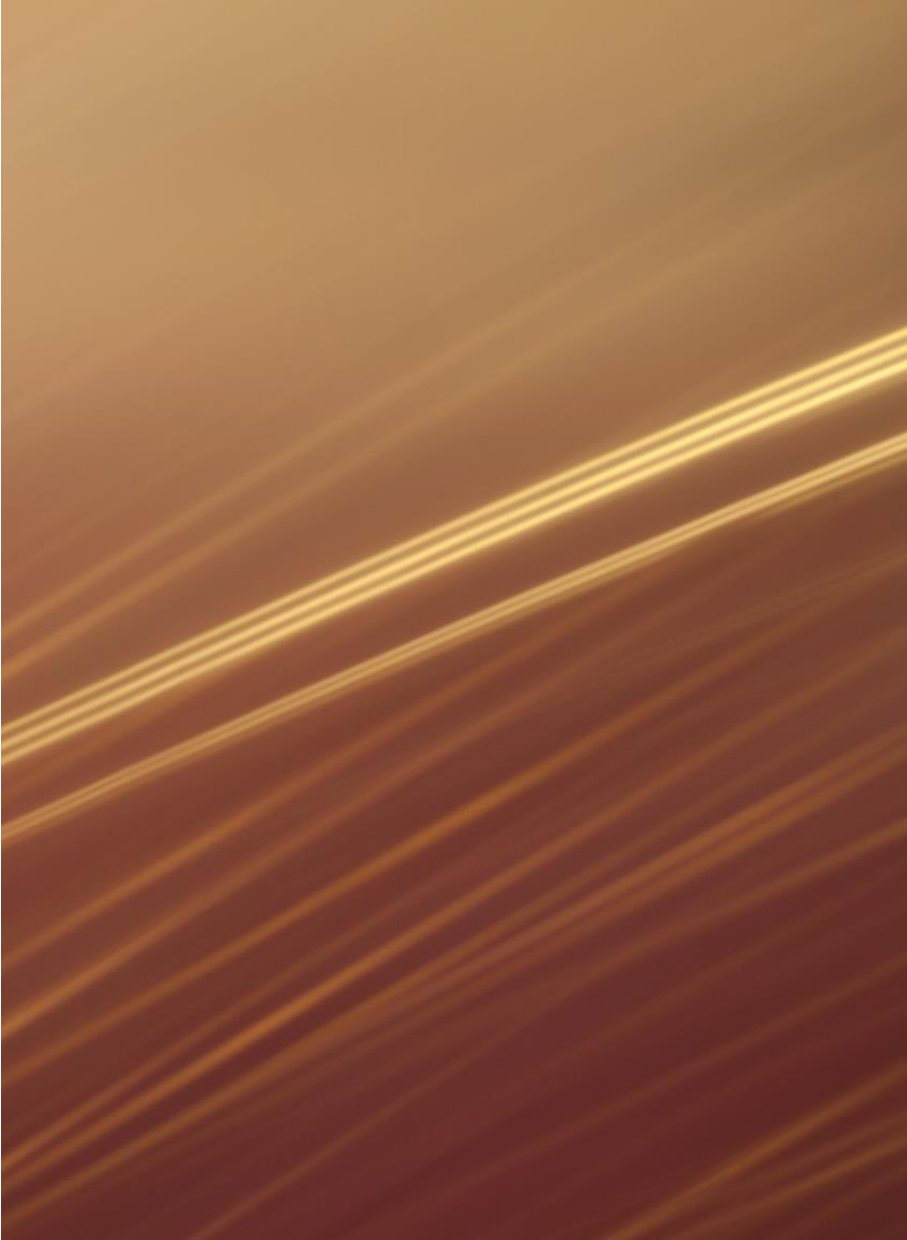
**Hessisches Ministerium der
Finanzen | Wiesbaden**

Agenda

1. Ausgangspunkt und Rechtsgrundlagen
2. Genussrechte
3. Konzerndarlehen in der BFH-Rechtsprechung
4. Verwaltungsantwort
5. Konzerndarlehen nach OECD-Auffassung

1

**Ausgangspunkt
und Rechtsgrundlagen**



Ausgangspunkt



Steuerliche Erfassung von Fremdkapital vs. Eigenkapital

- Aufwand für Fremdkapital ist grundsätzlich und vorbehaltlich spezieller Abzugsverbote (Zinsschranke, Anti-Hybrid-Regeln etc.) Darlehensnehmer abziehbar. Ertrag ist beim Darlehensgeber zu versteuern.
- Da Abziehbarkeit und Ertragsbesteuerung bei verschiedenen Steuersubjekten und evtl. in verschiedenen Besteuerungsregimen anfallen, bestehen Gestaltungsanreize beim Steuerpflichtigen/Sorgen des Fiskus: Es gilt das Korrektiv der Fremdüblichkeit (s. nächste Folie zu Rechtsnormen).
- Aufwand für Eigenkapital steuerlich grundsätzlich nicht abziehbar (vgl. aber DEBRA RL-Vorschlag bzw. Ankündigung BEFIT Initiative). Ertrag ist beim Empfänger wegen Vorbelastung oftmals nicht voll zu versteuern.

Probleme bei Bestimmung von abziehbarem Fremdkapitalaufwand

- Vorliegen von Fremdkapital?
 - Maßstab nur Rückzahlungsverpflichtung (so Genussrechte-Schreiben)
 - Notwendigkeit für Aufnahme?
- Konzernkontext vs. Stand-alone:
 - Nur Kapitalvergabe durch Gesellschafter begründet Prüfungsprozess und eröffnet Korrekturraum.
- Preisvergleich: Andere Konzerngesellschaften nehmen oft keine externen Darlehen auf.
 - Rolle der Kapitalgeberin: Bloße Dienstleistung vs. Risikotragung.
 - Stellung von Sicherheiten: Meist nur zugunsten externer Kapitalgeber, selten für konzerninterne Darlehen.
 - Bewertung Konzernrückhalt.

Abkommensrechtliche Rechtsgrundlagen



Art. 9 Abs. 1 OECD MA (Verbundene Unternehmen)

"Wenn

- (a) ein Unternehmen eines Vertragsstaates unmittelbar oder mittelbar an der Geschäftsleitung, der Kontrolle oder am Kapital eines Unternehmens des anderen Vertragsstaates beteiligt ist, oder
- (b) dieselben Personen unmittelbar oder mittelbar an der Geschäftsleitung, der Kontrolle oder am Kapital eines Unternehmens eines Vertragsstaates und eines Unternehmens des anderen Vertragsstaates beteiligt sind,

und in diesen Fällen die beiden Unternehmen **in ihren kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen an vereinbarte oder auferlegte Bedingungen gebunden sind, die von denen abweichen, die unabhängige Unternehmen miteinander vereinbaren würden**, so dürfen die Gewinne, die eines der Unternehmen ohne diese Bedingungen erzielt hätte, wegen dieser Bedingungen aber nicht erzielt hat, den Gewinnen dieses Unternehmens zugerechnet und entsprechend besteuert werden."

Nationale Rechtsgrundlagen



§ 1 Abs. 1 Satz 1 AStG

*"Werden Einkünfte eines Steuerpflichtigen aus einer Geschäftsbeziehung zum Ausland mit einer ihm nahestehenden Person dadurch gemindert, dass er seiner Einkünfteermittlung **andere Bedingungen, insbesondere Preise (Verrechnungspreise), zugrunde legt, als sie voneinander unabhängige Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Verhältnissen vereinbart hätten (Fremdvergleichsgrundsatz)**, sind seine Einkünfte unbeschadet anderer Vorschriften so anzusetzen, wie sie unter den zwischen voneinander unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären."*

§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG

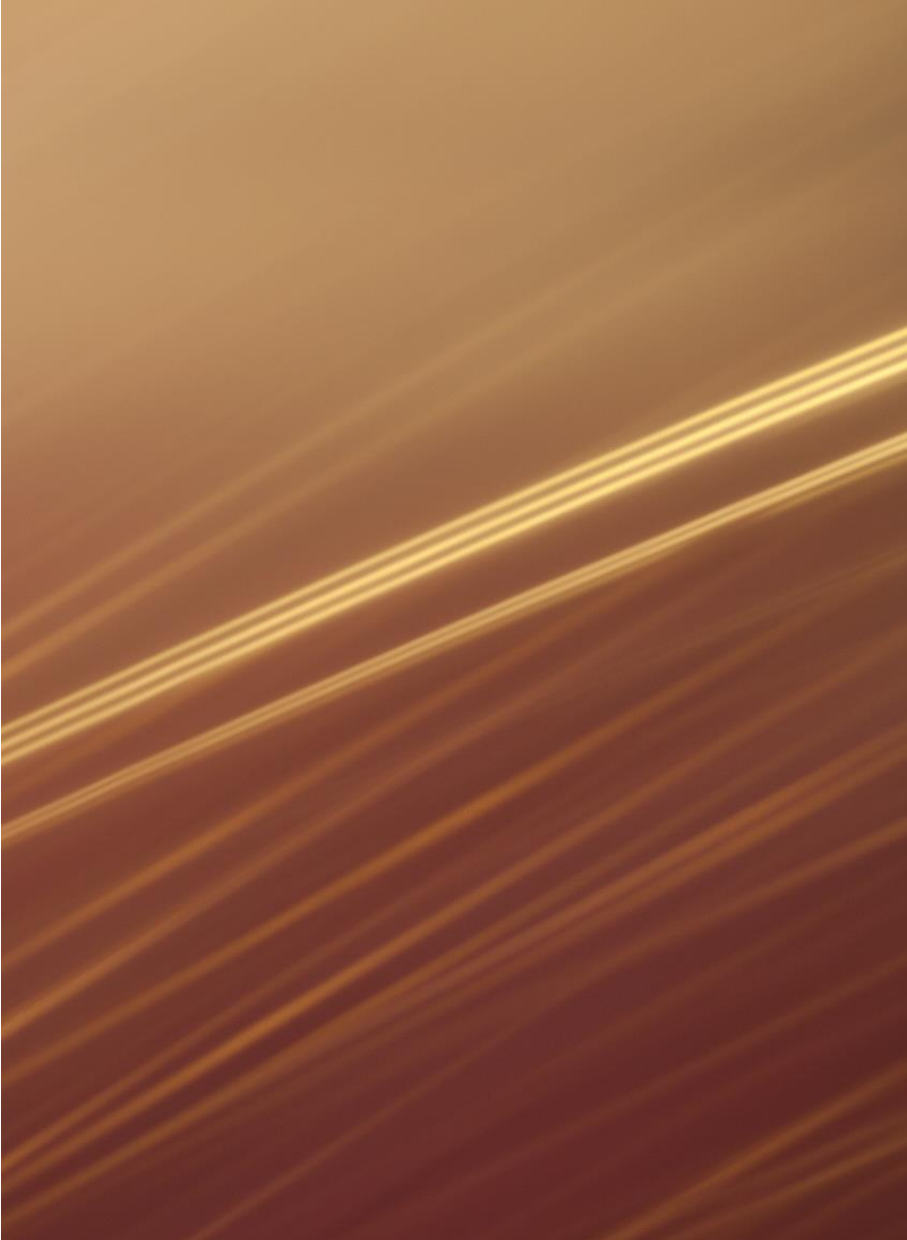
"Auch verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, mindern das Einkommen nicht."

KStR 8.5: (1) Eine vGA i. S. d. § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG ist eine Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Unterschiedsbetrags i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 EStG auswirkt und nicht auf einem den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Gewinnverteilungsbeschluss beruht.

*KStH 8.5, III: Eine Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis liegt dann vor, wenn ein **ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter** die Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung gegenüber einer Person, die nicht Gesellschafter ist, **unter sonst gleichen Umständen nicht hingenommen hätte.***

2

Genussrechte



Meilensteine bis zum aktuellen BMF-Schreiben

Rechtslage vor dem 11. April 2023

BMF v. 8.12.1986; BMF v. 27.12.1995

Beteiligungsähnliche Genussrechte: Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös. Aufwendungen hierauf sind beim Emittenten steuerlich nicht abziehbar. Erträge sind Einkünfte beim Investor nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG.

Sonstige Genussrechte: Aufwendungen hierauf sind beim Emittenten steuerlich abziehbar (vorbehaltlich § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG). Erträge sind Einkünfte beim Investor nach § 20 Abs. Nr. 7 EStG.

→ **Divergierende Erfassung in der Handelsbilanz zulässig und in der Praxis oft angestrebt.**

FinMin NRW v. 18.7.2018

Genussrecht in Steuerbilanz zu passivieren, wenn nach GoB geboten. Vergütungen grundsätzlich als Betriebsausgaben abziehbar (vorbehaltlich § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG).

OFD NRW v. 12.5.2016

Aufwendungen auf das Genussrecht nur abziehbar, wenn es (i) handelsbilanziell Fremdkapital ist und (ii) iÜ kein Recht auf Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös einräumt.

BFH v. 14.8.2019

§ 8b KStG findet nur Anwendung auf Einkünfte aus (beteiligungsähnlichen) Genussrechten, die ein Recht auf Beteiligung am Gewinn und Liquidationserlös (und den damit verbundenen stillen Reserven) vermitteln.

→ **Entwurf eines BMF Schreibens am 2.11.2022, finale Fassung am 11.4.2023 veröffentlicht.**

Kernaussagen des BMF-Schreibens

Definition "Genussrechte" und Abgrenzung

Genussrechte im Sinne des Schreibens sind schuldrechtliche Gläubigerrechte, die im Zusammenhang mit einer Kapitalüberlassung eingeräumt und durch die dem Rechteinhaber grundsätzlich Vermögensrechte zugestanden werden, die typischerweise nur Gesellschaftern zustehen.

Abgrenzungen

- Stille Gesellschaft: Erfordert gem. § 705 BGB die Förderung eines gemeinsamen Zwecks von stillem Beteiligten und Inhaber des Handelsgeschäfts, der über eine bloße Kapitalhingabe hinausgeht -> Indiz für gemeinsamen Zweck und damit für stille Gesellschaft ist die Erforderlichkeit der Zustimmung des Kapitalgebers für eine Änderung des Unternehmensgegenstandes.
- Partiarisches Darlehen: Anteil am vom Darlehensnehmer erwirtschafteten Erfolg. Verlustbeteiligung ist Indiz gegen partiarisches Darlehen.

Übersicht

	Finanzierungsarten	Erfolgsabhängigkeit der Vergütung	Verlustteilnahme mit überlassenem Kapital	Keine Verwaltungsrechte	Begrenzte Dauer
Kriterien	Genussrecht	(+)	(+)	(+)	(+)
	Partiarisches Darlehen	(+)	(-)	(+)	(+)
	Stille Gesellschaft	(+)	(+)	(-)	(-)

Kernaussagen des BMF-Schreibens

Steuerbilanz (1/2)

Themen

- Abgrenzung zwischen Fremdkapital und Eigenkapital
- Ausweis einer Verbindlichkeit
- Einordnung als Betriebsausgaben und deren Abzugsfähigkeit

Fremd- oder Eigenkapital?

Grundsatz

- *Ergänzung gegenüber Entwurfsfassung (Tz. 8 n.F.): Bei fremden Dritten ist stets Fremdkapital anzunehmen; bei Anteilseigner/nahestehenden Personen zu prüfen.*
- Zentrales Abgrenzungskriterium ist stets das Bestehen einer **Rückzahlungsverpflichtung**.
- Einordnung nach IDW/HFA 1/94 (s. Folie zur Handelsbilanz) ist ohne Relevanz.
- § 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 KStG ist ebenfalls irrelevant: Einkommensermittlungsvorschrift, die eine Einordnung als Fremdkapital voraussetzt.

Qualifikation als Fremdkapital (Regelfall): Bestehen einer Rückzahlungsverpflichtung (Kapitalüberlassung auf Zeit).

Qualifikation als Eigenkapital: Dauerhafte Zuführung von Kapital in das Vermögen der Gesellschaft.

Kernaussagen des BMF-Schreibens

Steuerbilanz (2/2)

Fremd- oder Eigenkapital in Sonderkonstellationen

- **Zuführung von Genussrechtskapital in der Krise**

- Regelfall: Qualifikation als Fremdkapital.
- Allein die Vermögenslosigkeit des Schuldners führt nicht zu einer Gewährung von Eigenkapital.
- *Änderung gegenüber Entwurfsfassung (Rz. 17, 18 a.F.): Indizien für Eigenkapital (EK-ähnliche Rückzahlungsmodalitäten, Insolvenznähe, Missverhältnis Gewinne zu Schulden, keine Sicherheiten) wurden gestrichen.*
- Mögliche Qualifikation als Eigenkapital (verdeckte Einlage), wenn eine Rückzahlungsverpflichtung aufgrund der vertraglichen Abreden als nicht ernstlich vereinbart anzusehen ist.

- **Wandlungs- und Optionsrechte**

- Regelfall : Qualifikation als Fremdkapital.
- Die Verbindung des Genussrechts mit Wandlungs- oder Optionsrechten stellt den Fremdkapitalcharakter nicht in Frage.
- Eine steuerrechtliche Umqualifizierung in Eigenkapital erfolgt erst ab dem Zeitpunkt der Ausübung des Wandlungs- oder Optionsrechts mit Wirkung für die Zukunft.
- *Änderung gegenüber Entwurfsfassung (Rz. 20 a.F.): Wirtschaftlicher Zwang zur Wandlung kein Kriterium.*

- **Debt-Mezzanine-Swap**

- Umwandlung eines Darlehens in ein Genussrecht führt zur Prüfung der Einordnung als Fremdkapital sowie des Ausweises einer Verbindlichkeit.

Kernaussagen des BMF-Schreibens

Ansatz einer Verbindlichkeit (1/2)

Bei Fremdkapital: Ansatz einer Verbindlichkeit in der Steuerbilanz?

Grundsatz

- Ausgangspunkt sind die GoB. Hinsichtlich des Ansatzes von Verbindlichkeiten wird in der BFH-Rspr. eine dem Inhalt und der Höhe nach bereits bestimmte Leistungspflicht vorausgesetzt, die erzwingbar ist und eine wirtschaftliche Belastung darstellt.
- Regelfall: Ausweis als Verbindlichkeit in der Bilanz.

Ausnahmen

- Fehlende wirtschaftliche Belastung am Bilanzstichtag steht Passivierung entgegen; insbesondere, wenn aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls mit einer Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht (mehr) zu rechnen ist.
 - Eine Nachrangvereinbarung oder auch der Umstand, dass der Schuldner die Verbindlichkeit mangels ausreichenden Vermögens nicht oder nur teilweise tilgen kann, genügen aber per se nicht für die Annahme einer fehlenden wirtschaftlichen Belastung.
 - Keine Korrespondenz mit Qualifizierung beim Gläubiger.
- Einschränkung nach § 5 Abs. 2a EStG
 - Steuerlich liegt keine wirtschaftliche Belastung vor, wenn die Genussrechtsverbindlichkeit nur aus künftigen Einnahmen oder Gewinnen erfüllt werden muss.
 - Hierzu soll auch der Fall zählen, dass die Verbindlichkeit aus einem eventuellen Liquidationsüberschuss zu bedienen ist, weil der Liquidationsfall wegen des Grundsatzes der Unternehmensfortführung noch nicht berücksichtigt werden darf.

Kernaussagen des BMF-Schreibens

Ansatz einer Verbindlichkeit (2/2)

Bei Fremdkapital: Ansatz einer Verbindlichkeit in der Steuerbilanz? (Forts.)

Folgen der Nicht-Passivierung

- Der Zugang des Kapitals/Wegfall der als Verbindlichkeit angesetzten Rückzahlungsverpflichtung führt steuerbilanziell zu einem Ertrag.
- Beruht der ausgelöste Ertrag auf dem Gesellschaftsverhältnis, ist er durch den Ansatz einer Einlage in Höhe des werthaltigen Teils zu neutralisieren.
 - Einlagen als Zugang im steuerlichen Einlagekonto nach § 27 Abs. 1 KStG?
 - Lebt die Verbindlichkeit wieder auf, ist der Aufwand zu neutralisieren, soweit die gewinnwirksame Ausbuchung des Genussrechts als Einlage zu beurteilen war.
- Passivierungsverbot hat keinen Einfluss auf die Qualifikation als Fremdkapital (s. Folie zur Abzugsfähigkeit).

Vergleich zu anderen Rechnungslegungsvorschriften

IFRS

- Mit der Orientierung an dem alleinigen Kriterium der Rückzahlungsverpflichtung liegt eine Angleichung an die IFRS, IAS 32.18 ff. vor.
 - Bei Kündigung/Befristung erfolgt danach regelmäßig eine Zuordnung zu den Verbindlichkeiten.

Kernaussagen des BMF-Schreibens

Handelsbilanz vs. Steuerbilanz

Vergleich zum Handelsrecht

IDW/HFA 1/94		BMF	
Qualifikationskonflikt EK-FK <p>Kumulatives Vorliegen der folgenden Voraussetzungen führt stets zu EK</p> <ul style="list-style-type: none">• Nachrangigkeit der Kapitalüberlassung gegenüber den anderen Gläubigern• Erfolgsabhängigkeit der Vergütung• Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe des überlassenen Kapitals• Langfristigkeit der Kapitalüberlassung	⟷	Einzelfallprüfung zur Rückzahlungsabsicht	● Trotz handelsbilanzieller Einordnung als EK, kann es sich steuerrechtlich um FK handeln
Passivierungsdifferenz <p>Handelsbilanziell ist auch bei ungewissen Verbindlichkeiten eine Passivierung geboten</p> <ul style="list-style-type: none">• Dies erfasst auch Verpflichtungen, die nur zu erfüllen sind, soweit künftig Einnahmen oder Gewinne anfallen	⟷	Keine Passivierung bei fehlender wirtschaftlicher Belastung und § 5 Abs. 2a EStG	● Auch bei der Qualifikation als FK und entsprechender handelsbilanzieller Passivierung kann der Ausweis in der Steuerbilanz abweichen (Ausnahme vom Grundsatz der Maßgeblichkeit)

Kernaussagen des BMF-Schreibens

Abzugsfähigkeit der Aufwendungen bei Emittenten



Qualifikation als Betriebsausgaben

Wenn nach den oben genannten Grundsätzen **Fremdkapital** vorliegt (Regelfall), dann sind gezahlte Vergütungen auf das Genussrechtskapital unabhängig vom Vorliegen eines Passivierungsverbotes **Betriebsausgaben** i.S.d. § 8 Abs. 1 KStG, § 4 Abs. 4 EStG.



Einkommensermittlung

§ 8 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 KStG: Ausschüttungen jeder Art auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, mindern das Einkommen nicht.

- Beteiligung am Gewinn soll weit im Sinne einer Beteiligung am Erfolg der emittierenden Gesellschaft verstanden werden. Anknüpfung an eine wirtschaftliche Kennziffer (z.B. Bilanzgewinn, ausschüttungsfähigen Gewinn, EBIT, EBITDA oder mittelbar die Dividendenausschüttung) soll genügen, nicht jedoch die Anknüpfung an das Ergebnis einer bestimmten Sparte (tracking-stock) oder an Wirtschaftsgüter.
- Beteiligung am Liquidationserlös erfordert (im Liquidationsfall) zumindest Beteiligung des Genussrechtinhabers an den stillen Reserven der Emittentin. Dabei soll bereits eine "teilweise" Beteiligung ausreichen.
- Außerbilanzielle Würdigung.

Im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 3 S. 2 Alt. 2 KStG wird die Abzugsfähigkeit damit eingeschränkt.

(Keine) Kernaussagen des BMF-Schreibens

Investorenbesteuerung

Fragen für Investor

Bei beteiligungsähnlichen Genussrechten erzielt der Investor Einkünfte i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG und bei Genussrechten mit obligationsähnlichen Charakter Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

- Das BMF-Schreiben enthält keine Aussage, ob sich Änderungen für die Abgrenzung im Rahmen von § 20 Abs. 1 EStG ergeben.
- Qualifikationsverkettung?

Wie funktionieren beteiligungshöhenabhängige Befreiungen für Ausschüttungen (§ 8b Abs. 4 KStG, § 9 Nr. 2, Nr. 7 GewStG)?

- OFD FFM v. 16.10.2002 zu § 9 Nr. 2a GewStG: Beteiligung am Vermögen ist entscheidend (nicht: Mitgliedschaftsrechte, z.B. Stimmrechte).
- Verwaltungsäußerungen zu § 8b Abs. 4 KStG gemischt:
 - eA BMF-Staatssekretär Hartmut Koschyk, 2013 (BT Drs 17/13046): Genussrechte per se nicht erfasst (Schachtelprivileg nur, wenn 10%-Schwelle durch "normale" Beteiligung am Grund-/Stammkapital erreicht wird).
 - aA Pung in D/P/M, § 8b Rn. 284: Beteiligungshöhenabhängige Genussrechte sind Eigenkapital i.S.v. § 8b Abs. 4 KStG und sind für Zwecke der 10%-Grenze zu berücksichtigen.

Besteuerung des Veräußerungsgewinns von Qualifikation des Genussrechts abhängig.

Exkurs: Übertragung von Genussrechten als "vergleichbarer Sachverhalt" (§ 8c Abs. 1 Satz 1 KStG)?

- BMF v. 28.11.2017; Leibner/Dötsch, in D/P/M, § 8c Rn. 72: Übertragung von (beteiligungsähnlichen) Genussrechten sind ein vergleichbarer Sachverhalt.



Genussrechte im Internationalen Steuerrecht

DBA und Hinzurechnungsbesteuerung

Ausschüttungen auf beteiligungsähnliche Genussrechte steuerpflichtig nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG; KapESt-Einbehalt nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG

DBA

Art. 10 Abs. 3 OECD-MA: Schachtelprivileg für Dividenden ("*Dividenden bedeutet ... Einkünfte aus ... Genussscheinen, Genussaktien oder ... aus sonstigen Gesellschaftsanteilen stammende Einkünfte*")?

- Genussscheine und Genussaktie umfasst alle Genussrechte? Wohl nur verbrieftete Genussrechte, da Genussscheine in Wertpapieren verbrieftete Forderungen sind, vgl. Art. 10 Nr. 24 OECD-MK.
- Unverbrieftete Genussrechte qualifizieren daher als Dividende, wenn sie unter den dritten Teil der Definition ("*aus sonstigen Gesellschaftsanteilen*") fallen, dh wenn sie beteiligungsähnlichen Charakter haben.
 - Maßstab ist das nationale Gesellschaftsrecht (Art. 10 Nr. 15 Buchst. a OECD-MK): Genussrechte damit grundsätzlich nicht umfasst.
 - Aber: Art. 10 Nr. 15 Buchst. d OECD-MK: Wenn nach nationalem Steuerrecht Einkünfte wie eine Dividende behandelt werden, dann gilt das auch für Art. 10 Abs. 3 OECD-MA.

Art. 11 Abs. 3 OECD-MA: Wenn nicht beteiligungsähnlicher, sondern obligationsähnlicher Charakter, dann Zinsen.

AStG

- Genussrechte beherrschungsbegründend i.S.v. § 7 Abs. 2 AStG? Beherrschung, wenn >50% der Stimmrechte, der Anteile am Nennkapital oder des Gewinns oder des Liquidationserlöses.
- Zurechnung nach § 7 Abs. 1 AStG?
 - § 7 Abs. 1 Satz 1 AStG: Hinzurechnung orientiert sich an der Beteiligung am Nennkapital.
 - § 7 Abs. 1 Satz 3 AStG: Wenn Nennkapital für Gewinnverteilung nicht maßgebend, dann Maßstab der Gewinnverteilung.

3

Konzerndarlehen in der BFH-Rechtsprechung

BFH, Urteil vom 18. Mai 2021 – I R 4/17

Preisvergleichsmethode ist "Grundmethode"



Sachverhalt

- Inländische Gesellschaft nimmt Darlehen bei ausländischer Schwesterkapitalgesellschaft (FinCo) auf. Strittig ist die Ermittlung des fremdüblichen Zinssatzes.



Methodenwahl

- Preisvergleichsmethode (Comparable Uncontrolled Price – "CUP") ist "Grundmethode".
- Nur nachrangig ist die Kostenaufschlagsmethode anzuwenden.
- Kein Ausschluss des Fremdvergleichs bei fehlender Besicherung des Darlehens.



Ausgangspunkt

- Ausgangspunkt für die Risikoanalyse im Rahmen des Fremdvergleichs ist das aus dem abgeschlossenen Vertrag sich ergebende Leistungsgefüge und das Verhältnis der Vertragsparteien.
- Schwaches Funktions- und Risikoprofil der FinCo ohne Bedeutung für Zinsbelastung (aA Finanzverwaltung 2021 in VWG VP Rz 3.92, die Kostenaufschlag bei funktionsarmer FinCo befürwortet).
- Etwaiger Rückhalt der Konzernmutter *für FinCo* bleibt außen vor.



Anpassung des Vergleichspreises

- Einfluss der Sicherheiten auf die Höhe des vereinbarten Zinses – ggf. im Rahmen einer Schätzung zu quantifizieren und durch Anpassungsrechnungen zu eliminieren.
- Trotz Konzernzugehörigkeit ist ein Stand-Alone Rating der Darlehensnehmerin Ausgangspunkt, Rückgriff auf Einstufung von Ratingagenturen möglich.
- Berücksichtigung des Konzernrückhalts *für Darlehensnehmer* insoweit als Dritte diesem einen Wert beimessen.

BFH, Urteil vom 18. Mai 2021 – I R 62/17

Nachrang des Gesellschafterdarlehens als Anpassungsposten zu berücksichtigen



Sachverhalt

- Inländische Gesellschaft nimmt drei Darlehen auf:
 - 1 bei ihrer ausländischen Muttergesellschaft, das als Gesellschafterdarlehen nachrangig war, zu 8%.
 - 2 bei einem fremden Dritten unter üblicher Besicherung zu 5% und
 - 3 bei einem fremden Dritten ohne Besicherung zu 10% (Verkäuferdarlehen).



Methodenwahl

- Bestätigung, dass Preisvergleichsmethode vorrangig zur Kostenaufschlagsmethode ist.



Ausgangspunkt¹

- Anerkennung des Darlehensvertrages dem Grunde nach – Keine Klassifizierung als Eigenkapital aufgrund einzelner, für FK untypischer Merkmale.
- Sodann erfolgt Prüfung der Fremdüblichkeit (Prüfung nicht beschränkt, etwa auf "Banküblichkeit").



Anpassung des Vergleichspreises

- Hinwegzudenken ist das "Nahestehen" (Rückfall auf Fall (3)).
- Gesellschafterdarlehen erfährt Rangminderung im Insolvenzfall (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO): Gesetzl. angeordnete Rangminderung ist bei Fremdvergleich zu berücksichtigen, fremder Dritter würde finanzielle Kompensation für die Hinnahme des Vorranges einer Forderung eines anderen Gläubigers verlangen.
- Zinssatz bei (1) muss daher über dem Zinssatz von (3) liegen.

BFH, Urteil vom 9. Juni 2021 – I R 32/17

Teilwertabschreibung für notleidende Gesellschafterdarlehen in Outbound-Fällen im Anwendungsbereich von Art. 9 OECD MA



Sachverhalt

- Inländische Gesellschaft vergibt unbesichertes Darlehen an ausländische Gesellschaft, die danach in Schieflage gerät. Daraufhin nimmt die inländische Gesellschaft eine Teilwertabschreibung vor.



Hinweis zum Verfahren

- Zweites Urteil nach Aufhebung des Urteils vom 19.6.2019 durch den Senat.



Methodenwahl und Gegenstand der Korrektur

- BFH bejaht die grds. Möglichkeit der Korrektur einer Teilwertabschreibung bei § 1 AStG, auch wenn damit keine Einkünfte ins Ausland verlagert werden. Art. 9 Abs. 1 OECD MA beschränkt den Korrekturbereich des § 1 Abs. 1 AStG nicht auf Preisberichtigungen, sondern ermöglicht auch die Neutralisierung der gewinnmindernden Ausbuchung oder Abschreibung einer Darlehensforderung (Änderung der st. Rechtsprechung bis 2019).
- Preisvergleichsmethode ist anwendbar und führt bei fremdunüblichen Bedingungen vorrangig zur Korrektur der Zinseinnahmen, nicht der Teilwertabschreibung. Dies soll selbst dann gelten, wenn die Einkünftekorrektur in laufender Rechnung wegen Bestandskraft nicht mehr möglich sein sollte. Anderenfalls käme es zur zweimaligen Einkünftekorrektur des gleichen Lebenssachverhalts.



Voraussetzungen für die Korrektur der Teilwertabschreibung bei § 1 AStG

- Unüblichkeit wohl nur anzunehmen, wenn gar kein fremder Dritter – auch nicht unter Berücksichtigung möglicher Risikokompensation – das Darlehen unter gleichen Bedingungen (d.h. unbesichert) ausgereicht hätte. Keine automatische Unüblichkeit wegen mangelnder Besicherung.
- Unklar bzw. widersprüchlich, ob bei Bestimmung der Fremdüblichkeit eine stand-alone Betrachtung oder Konzernbetrachtung erfolgen soll.

BFH, Urteil vom 13. Januar 2022 – I R 15/21

Einkünftekorrektur nach § 1 Abs. 1 AStG bei gewinnmindernder Ausbuchung einer unbesicherten Forderung



Sachverhalt

- Die A-GmbH – eine Organgesellschaft der Klägerin – führt für eine belgische Tochtergesellschaft ein Verrechnungskonto. Das Verrechnungskonto ist unbesichert und wird mit 6 % verzinst. Es erfolgt eine Teilwertabschreibung des unbesicherten Darlehens auf Seiten der A-GmbH.



Verfahrensrechtliche Besonderheit

- Es handelt sich um jenes Verfahren, in dem das BVerfG der Verfassungsbeschwerde gegen das zunächst ergangene BFH, Urt. v. 27.02.2019 – I R 73/16 stattgegeben hatte (BVerfG, Beschl. v. 4.3.2021 – 2 BvR 1161/19).



Vorgaben an die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 AStG

1. Abgrenzung des Verrechnungskontos: Darlehen der A-GmbH an die belgische Tochtergesellschaft ↔ durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Einlage der A-GmbH in die belgische Tochtergesellschaft.
2. Sofern ein Darlehen vorliegt: Ermittlung des Markts: Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls (Anhand der konkreten darlehensnehmenden Gesellschaft und deren Ertragssituation).
3. Prüfen der Fremdüblichkeit, insb. der (Nicht-)Besicherung: Keine Entbehrlichkeit wegen des Konzernrückhalts.



Zwei Korrekturvarianten

- 1 Vollständige, gewinnerhöhende Korrektur der Teilwertabschreibung: Erfolgt, wenn das Darlehen mit oder zwischen fremden Dritten überhaupt nicht geschlossen worden wäre oder wenn kein Markt für unbesicherte Darlehen ermittelt werden kann.
- 2 Korrektur des vereinbarten Zinssatzes nach oben: Erfolgt, wenn mit oder zwischen fremden Dritten bei Abschluss des Darlehens ein höherer Zinssatz vereinbart worden wäre zur Kompensation der nicht vereinbarten Besicherung des Darlehens.



Reaktion der Finanzverwaltung unter Rn. 3.128 in VWG VP vom 6. Juni 2023 (Kriterienkatalog zur Bestimmung der Fremdüblichkeit der Nichtbesicherung)

BFH, Urteil v. 22. Februar 2023 – I R 27/20

Margenteilungsgrundsatz



Sachverhalt

- Forderungen der Gesellschaft gegen bei ihr auch als Geschäftsführer angestellten Gesellschafter werden unverzinst über mehr als ein Jahrzehnt stehen gelassen.
- Str. ist, in welcher Höhe eine vGA wegen der nicht erhobenen Zinsen vorliegt.



Methodenwahl

- Vorrangige Anwendung der Preisvergleichsmethode als "Grundmethode".



Anwendung des Margenteilungsgrundsatzes...

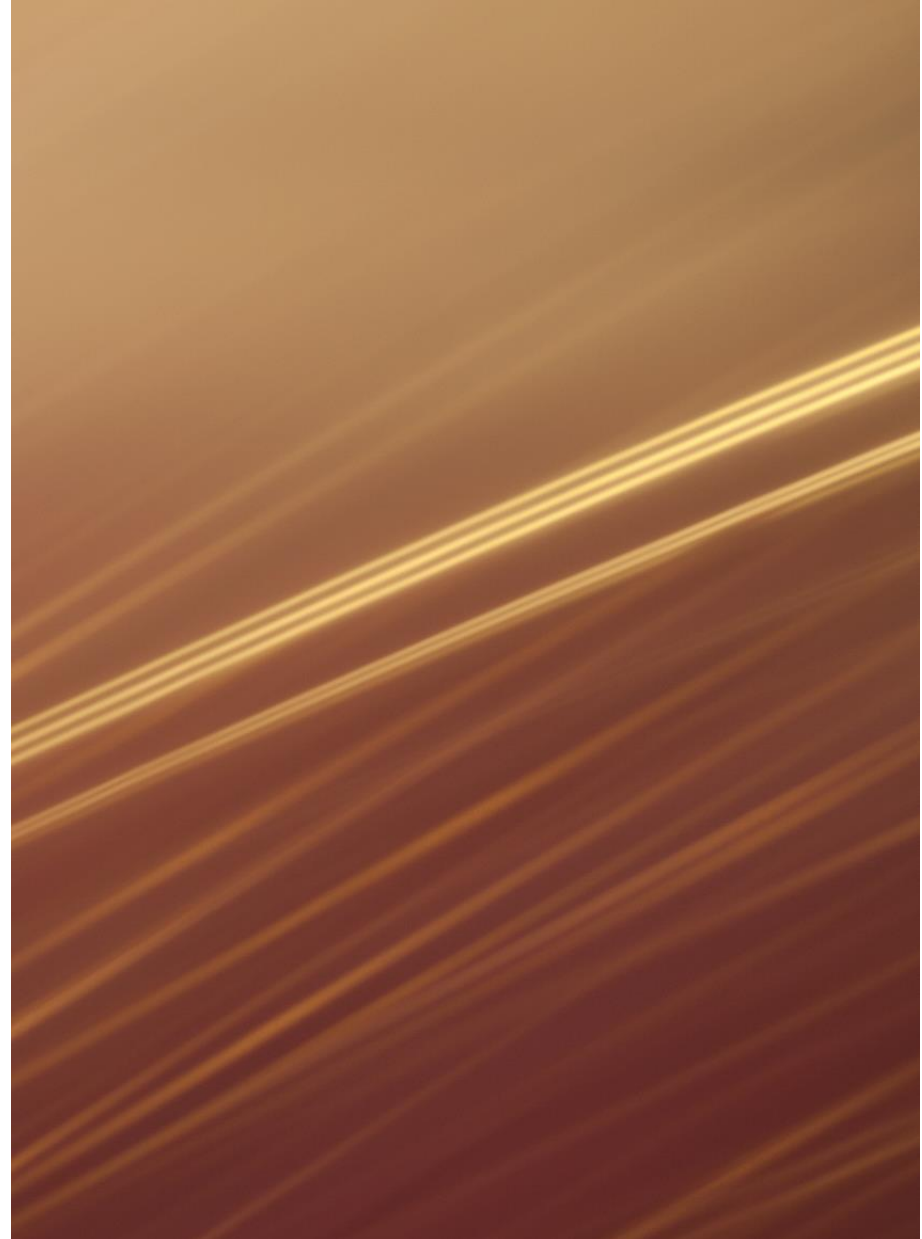
...wenn eine Gesellschaft für den bei ihr angestellten Gesellschafter ein unangemessen verzinstes Verrechnungskonto nach § 42 Abs. 3 GmbHG führt.

- Marge bei Gesellschaft, die keine Bankgeschäfte betreibt und als privater Darlehensgeber agiert: bankübliche Habenzinsen als Unter- und bankübliche Sollzinsen als Obergrenze.
- Sofern keine anderen Anhaltspunkte für die Schätzung bestehen, ist der allgemeine Erfahrungssatz anzuwenden, dass sich private Darlehensgeber und -nehmer im Zweifel die bankübliche Marge zwischen Soll- und Habenzinsen teilen (im Streitjahr: 0% Guthabenzins, 9% Sollzins für unbesichertes Privatarlehen → 4,5%).

Margenteilungsgrundsatz steht nach Auffassung des BFH zu den anderen neueren BFH-Urteilen zur Darlehensgewährung nicht in Widerspruch, da Situation einer privaten Gelegenheitskredit-vergabe durch eine personalistisch strukturierte Gesellschaft an ihren beherrschenden Gesellschafter gänzlich anders ist.

4

Verwaltungsantwort



Erste Reaktion 2021



Rz. 3.92 der VWG VP (veröffentlicht am 14. Juli 2021)

*"Stellt eine gruppenzugehörige Finanzierungsgesellschaft einem Steuerpflichtigen Kapital zur Verfügung und verfügt diese Finanzierungsgesellschaft nicht über die Fähigkeit und die Befugnis, das Risiko von Investitionen in einen finanziellen Vermögenswert zu kontrollieren oder es zu tragen, steht ihr als Vergütung für die Hingabe des Kapitals nur **ein Entgelt bis zur Höhe einer risikolosen Rendite** zu. Das Entgelt ist grundsätzlich anhand der Kostenaufschlagsmethode auf der Grundlage der nachgewiesenen und direkt zurechenbaren Betriebskosten anzusetzen; Refinanzierungskosten sind grundsätzlich nicht in die Kostenbasis einzubeziehen. Daneben sind **Refinanzierungskosten mit einer risikolosen Rendite** zu berücksichtigen."*

Greil, Ubg 2021, S. 724 zu BFH I R 4/17

"Der BFH stellt hingegen scheinbar und damit unzutreffend alleinig auf das Kreditausfallrisiko ab (Rz. 51), welches er aber im Urteil I R 62/17 zumindest zutreffend auf künftige wirtschaftliche Entwicklungen des Darlehensnehmers bezieht (Rz. 16).

Die Verwaltung hingegen hatte sich jüngst in ihrer Rz. 3.92 der VWG VP für eine andere Auslegungsvariante entschieden: Hiernach soll lediglich die Risikokomponente aus dem Zinssatz "entfernt" werden, um eine Vergütung des Darlehensgebers entsprechend dessen Funktions- und Risikoprofils unmittelbar zu gewährleisten.

***Beide Auslegungsvarianten**, wenn man dabei auf die zurückhaltende Formulierung des BFH und insoweit auf das daraus resultierende Ergebnis abstellt, sind wohl **mit internationalen Grundsätzen vereinbar** und entsprechen dem Sinn und Zweck des in Art. 9 Abs. 1 OECD-MA enthaltenen Fremdvergleichsgrundsatzes."*

Trotz Zugeständnissen an den BFH finden sich in der (verwaltungsnahen) Literatur seit 2021 kritische Äußerungen

Notwendigkeit einer Funktions- und Risikoanalyse des Darlehensgebers

Greil, Ubg 2021, 723 f.; Becker/Blindert/Naumann, Ubg 2022, 548 ff.; Jahn, IStR 2022, 123, 125; Unruh, IStR 2022, 337.

Weiterhin bestehende Möglichkeit der Preisermittlung durch Kostenaufschlagsmethode

Greil, Ubg 2021, 723 f.; Eymann, Ubg 2022, 370, 376.

Bei fehlender Fremdüblichkeit, auch unter Einbezug des Funktions- und Risikoprofil des Darlehensgebers wird die Behandlung als Eigenkapital der Muttergesellschaft ins Spiel gebracht

Becker/Blindert/Naumann, Ubg 2022, 548, 550 f.; Saliger/Staats IWB 2022, 544, 547f.; Unruh, IStR 2022, 337, 340 f.

Einbezug des Konzernratings

Eymann/Grams/Gugeler, Ubg 2022, 658 – jedenfalls bei bestehendem EAV.

Saliger/Staats IWB 2022, 544, 548 ff., die sich für eine Berücksichtigung der Konzernzugehörigkeit aussprechen und für ihre Argumentation die Ausführungen des BFH zur Berücksichtigung des Konzernratings entsprechend der Handhabung Dritter heranziehen.

Gesetzliche Regelung zur Bestimmung der Schuldentragfähigkeit und der damit verbundenen Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital erforderlich (Z.B. Vereinfachungsregelung mit Escape-Klausel)

Eymann/Grams/Gugeler, Ubg 2023, 312, 315 ff. – Banküblichkeit sei eine hinreichende Bedingung für den Nachweis der Fremdüblichkeit; die Schuldentragfähigkeit sei aus einer Gesamtschau vieler einzelner Umstände zu ermitteln.

Reaktion durch Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise, 6. Juni 2023 (1/3)

Erstmalig geplante Veröffentlichung

BFH, I R 4/17; I R 32/17; I R 62/17; I R 15/21 in BStBl. 2023 II

Rz. 3.123 ff. der VWG VP (veröffentlicht am 6. Juni 2023)

Qualifikation als Fremdkapital

*"Bei Finanzierungsleistungen ist in einem ersten Schritt zu prüfen, **ob es sich steuerrechtlich um Fremdkapital handelt**. Damit ein Darlehensverhältnis und damit auch die diesbezüglichen Zinszahlungen als fremdüblich anerkannt werden können, muss die Finanzierung **auch wirtschaftlich benötigt** worden sein."*

➤ Schließt eine Ausschüttung im Zusammenhang mit der Aufnahme eines Darlehens die Annahme von Fremdkapital aus?

Keine Übernahme der Rz. 3.93 der VWG VP 2021

*"Bei der Prüfung kann von an sich gebotenen Beanstandungen abgesehen werden, wenn wegen zwingender Rechtsvorschriften im Ansässigkeitsstaat der nahestehenden Person oder aus ähnlichen Gründen, die außerhalb des Kreditverhältnisses liegen, **statt einer an sich gebotenen Zuführung von Eigenkapital** ein zinsloses oder zinsgünstiges Darlehen gewährt wird. Wird von dieser Regelung Gebrauch gemacht, kann die Zinslosigkeit oder niedrige Verzinslichkeit als solche keine Teilwertabschreibung des Darlehens begründen."*

➤ Fortführung der Nichtbeanstandungsregelung?

Reaktion durch Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise, 6. Juni 2023 (2/3)

Methodenwahl

*"Stellt eine gruppenzugehörige Finanzierungsgesellschaft einem Steuerpflichtigen Kapital zur Verfügung und verfügt diese Finanzierungsgesellschaft nicht über die Fähigkeit und die Befugnis, das Risiko dieses Finanzierungsgeschäfts zu kontrollieren oder es zu tragen, steht ihr als Vergütung für die Hingabe des Kapitals nur eine risikolose Rendite zu (Tz. 1.100, 1.103, 1.108 bis 1.116, 10.25 der Anlage 1). **Findet die Kostenaufschlagsmethode als am besten geeignete Methode Anwendung**, ist das Entgelt auf der Grundlage der nachgewiesenen und direkt zurechenbaren Betriebskosten anzusetzen; Refinanzierungskosten sind grundsätzlich nicht in die Kostenbasis einzubeziehen. Daneben sind Refinanzierungskosten mit einer risikolosen Rendite zu berücksichtigen."*

- Was sind die Voraussetzungen für die Wahl? Aussagen wohl nur zur Finanzierungsgesellschaft.
- (Wann) gilt für die Darlehensnehmerin die Preisvergleichsmethode?

*"Fallen die Ausreichung des Darlehens und die tatsächliche Kontrolle der damit verbundenen Funktionen oder Risiken auseinander, liegen ggf. **weitere Transaktionen zwischen der Finanzierungsgesellschaft und der Gesellschaft**, die die tatsächliche Kontrolle der mit der Ausreichung des Darlehens verbundenen Funktionen oder Risiken ausübt, vor (dies andeutend BFH v. 18.5.2021, I R 4/17, BStBl II 2023 XXX). Ist letztere eine inländische Gesellschaft, ist zu prüfen, welche Vergütung dieser zuzuordnen ist."*

- Wie kann risikolose Rendite für FinCo einerseits und Abzug für Darlehensnehmerin auf Grundlage der Preisvergleichsmethode andererseits erreicht werden? Was ist die "weitere Transaktion"?
- Was gilt bei ausländischer Gesellschaft, die Funktion und Risiken ausübt?

Reaktion durch Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise, 6. Juni 2023 (3/3)

Dokumentationsaufwand

"Auf die **Dokumentationsverpflichtungen** (§ 90 Absatz 3 AO, GAufzV, BMF-Schreiben vom 3. Dezember 2020, BStBl I 2020 S. 1325) und den Informationsaustausch im Rahmen der internationalen Verwaltungszusammenarbeit (BMF-Schreiben v. 17.8.2017, BStBl I 2017 S. 1228) wird hingewiesen."

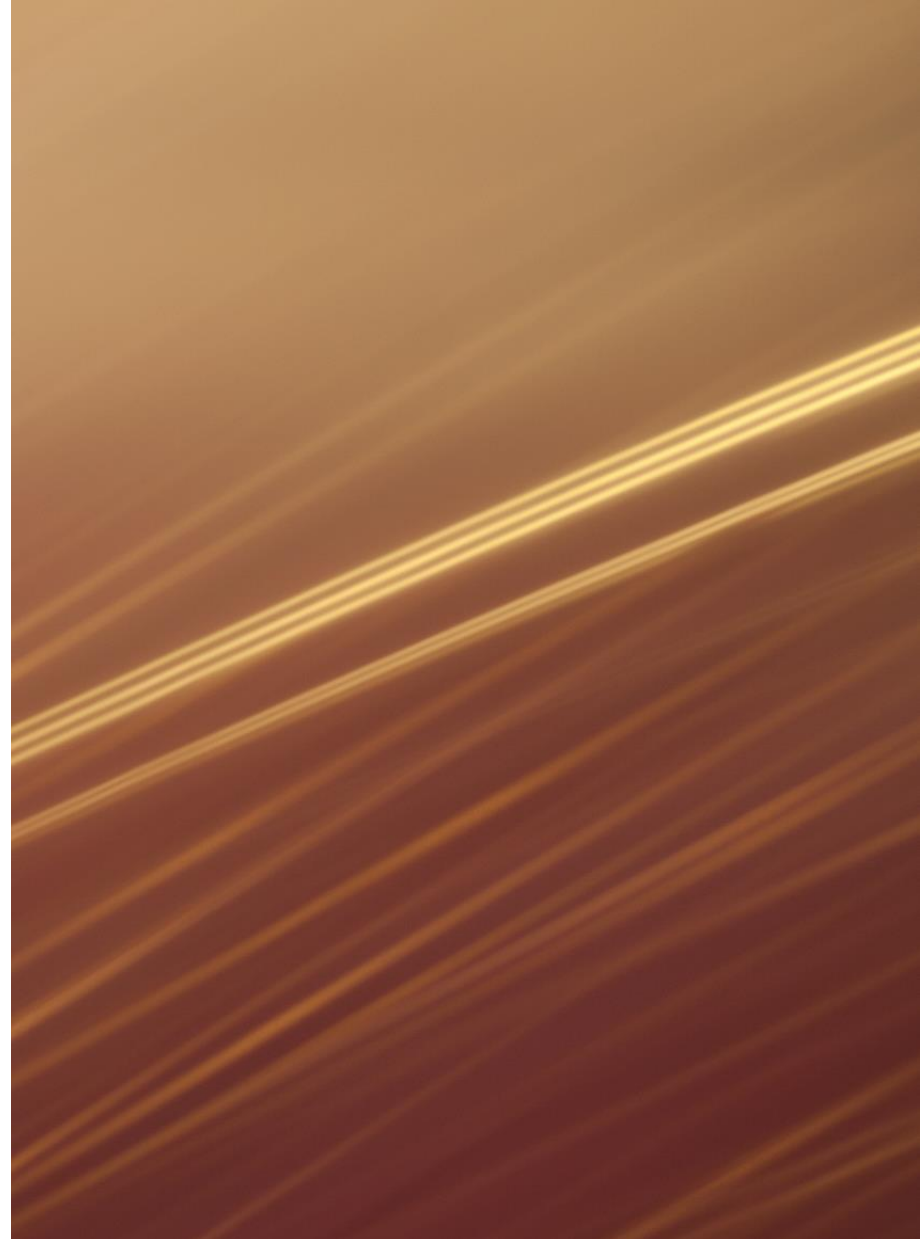
Besicherung

"Sowohl eine Besicherung als auch eine Nichtbesicherung von Darlehen kann fremdüblich sein. Ob eine fehlende Darlehensbesicherung fremdvergleichskonform ist, hängt davon ab, ob auch ein fremder Dritter – ggf. **unter Berücksichtigung möglicher Risikokompensationen** – das Darlehen unter gleichen Bedingungen ausgereicht hätte (BFH v. 13.1.2022, I R 15/21, BStBl II 2023 S. XXX). Inwieweit eine Nichtbesicherung zwischen Nahestehenden fremdüblich sein kann, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab. Bei der Beurteilung sind folgende Aspekte im Rahmen einer Gesamtschau von besonderer Bedeutung:"

- Verhalten der Gruppe gegenüber fremden Dritten
- Wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit
- Realistisch zur Verfügung stehende Handlungsalternativen
- Erwartete Befriedigung von Ansprüchen
- Darlehenssumme
- Geschäftsstrategie des Darlehensgebers

5

Konzerndarlehen nach OECD-Auffassung



OECD-Verrechnungspreisleitlinien (1/2)

Abgleich mit Verwaltungsauffassung und BFH



Umfangreiche Funktionsanalyse

- Rz. 10.25 f.: Der Risikokontrollansatz kann zur Feststellung führen, dass statt der darlehensgebenden Schwester (FinCo) die Muttergesellschaft des multinationalen Konzerns, die Kontrolle über Risiken ausübt und die finanzielle Kapazität besitzt, sie zu tragen. Dann soll die FinCo lediglich Anspruch auf eine risikofreie Rendite haben (vgl. dazu auch Rz. 1.103).
 - An sich kann dieses Ergebnis durch
 - 1 eine Begrenzung der Zahlung auf die risikolose Rendite sowie eine weitere Zahlung der Darlehensnehmerin an die Mutter oder
 - 2 durch eine Vergütung der Mutter durch die FinCo erreicht werden (vgl. Unruh, IStR 2022, 337, 339).
- Die OECD legt den Vorrang der Preisvergleichsmethode nahe:

"Wenn keine vergleichbaren Fremdgeschäftsvorfälle zur Verfügung stehen, könnten die Verrechnungspreise für konzerninterne Darlehen unter bestimmten Umständen auch nach dem „Cost of funds“-Ansatz ermittelt werden, der auf den Geldbeschaffungskosten beruht. (Rz. 10.97)."

 - Cost of funds-Ansatz aber vorbehalten für Kreditvermittlungstätigkeit in der Kette.

OECD-Verrechnungspreisleitlinien (2/2)

Abgleich mit Verwaltungsauffassung und BFH



Bedeutung von Konzernrückhalt und Konzernrating

- Zwar sollen die Konzernzugehörigkeit und ihre Effekte auf Kreditaufnahmefähigkeit oder den entrichteten Zinssatz keine Zahlung oder Vergleichbarkeitsanpassung erfordern (Rz. 10.77).
- Rz. 10.80 ff. deuten allerdings in eine andere Richtung: Im Falle von Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Kreditratings – etwa aufgrund von schwer bezifferbaren Einflüssen des Konzernrückhalts – kann das Kreditrating des multinationalen Konzerns zur Bestimmung des Darlehenspreises verwendet werden.
 - Dies insbesondere, wenn die Konzerngesellschaft eine wichtige Rolle für den Konzern insgesamt spielt und wenn sich die Indikatoren ihrer Kreditwürdigkeit nicht wesentlich von denen des Konzerns unterscheiden. Zu den von der OECD gegebenen Anhaltspunkten, wann eine Konzerngesellschaft eine wichtige Rolle spielen kann, gehören ein strategischer Stellenwert, die operative Integration und Bedeutung oder auch Namensgleichheit (Rz. 10.82, 10.79).
 - Auf jeden Fall ist das Kreditrating des multinationalen Konzerns wie jedes andere Kreditrating nur dann geeignet, wenn unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten und Umstände festgestellt wird, dass es der zuverlässigste Indikator für das Kreditrating des multinationalen Unternehmens ist.

Standorte



DEUTSCHLAND

Berlin

Behrenstraße 42
10117 Berlin

T +49 30 20374 0

Düsseldorf

Benrather Straße 18-20
40213 Düsseldorf

T +49 211 8304 0

Frankfurt am Main

Bockenheimer Landstraße 24
60323 Frankfurt am Main

T +49 69 17095 0

München

Leopoldstraße 8-10
80802 München

T +49 89 383388 0

BELGIEN

Brüssel

Square de Meeûs 40
1000 Bruxelles

T +32 2 7885 500

UNITED KINGDOM

London

30 Cannon Street
London EC4M 6XH

T +44 20 7429 0660

Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

www.hengeler.com

 www.linkedin.com/company/hengelermueller