

ARUG II und mögliche Berührungspunkte zu Transfer Pricing

Am 01.01.2020 sind die Regelungen des Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) in Kraft getreten, welche bei sogenannten *Related Party Transactions* in bestimmten Fällen die Zustimmung des Aufsichtsrates und eine Veröffentlichung der Geschäfte erfordert. Die Zustimmungs- und Veröffentlichungspflicht greift nicht, wenn die Marktüblichkeit der Geschäfte nachgewiesen werden kann. Für diese Zwecke kann unter Umständen auf die Verrechnungspreismethoden zurückgegriffen werden.

Einleitung

Am 01.01.2020 ist das *Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II)* in Kraft getreten. Dieses sieht für bestimmte Geschäfte börsennotierter Gesellschaften mit nahestehenden Personen die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats sowie eine damit verbundene Veröffentlichungspflicht vor. Gelingt hingegen der Nachweis, dass diese zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden, besteht unter gewissen, weiteren Voraussetzungen keine Zustimmungs- und Veröffentlichungspflicht.

Zur Überprüfung der vorgenannten Zustimmungs- und Veröffentlichungspflichten im Rahmen des ARUG II bietet Deloitte einen Service an, welches die Verpflichtungen sowohl aus rechtlichen als auch aus Verrechnungspreissicht prüft. Dabei erfolgt die Marktüblichkeitsprüfung durch das *Deloitte Verrechnungspreis-Team* anhand der Verwendung der gängigen Verrechnungspreismethoden und die darauf basierende rechtliche Würdigung der diesbezüglichen Zustimmungs- und Veröffentlichungspflichten sowie der in Frage kommenden Ausnahmebestimmungen durch *Deloitte Legal*.

Hintergrund

Basierend auf der Richtlinie (EU) 2017/828 vom 17.05.2017 hat der Bundestag am 14.11.2019 den Entwurf des ARUG II in zweiter und dritter Lesung verabschiedet, welcher u.a. aktienrechtliche Zustimmungs- und Veröffentlichungspflichten bei Geschäften von börsennotierten Gesellschaften mit nahestehenden Personen regelt. Wesentlicher Hintergrund der EU-Aktionärsrechterichtlinie ist eine Verbesserung der Mitwirkung der Aktionäre bei börsennotierten Gesellschaften sowie eine Erleichterung der grenzüberschreitenden Information und der Ausübung von Aktionärsrechten. Darüber hinaus soll mit Blick auf die Geschäfte mit nahestehenden Personen eine größere Transparenz geschaffen werden, zwecks Wahrung der Interessen der Gesellschaft und der übrigen Aktionäre.

Die Frist zur Umsetzung der vorgenannten EU-Aktionärsrechterichtlinie in nationales Recht endete bereits am 10.06.2019. Die Umsetzung in Deutschland hat sich verzögert, da sich die Bundesregierung zunächst nicht auf die ebenfalls umzusetzenden Regelungen zur Vorstandsvergütung einigen konnte. Die Neuregelungen zu Geschäften mit nahestehenden Personen gelten mangels besonderer Übergangsregelung unmittelbar erst ab dem 01.01.2020, d.h. nicht mehr für Geschäftsjahre, die zum 31.12.2019 endeten.

Related Party Transactions und Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats

Gemäß den neuen §§ 111a bis 111c AktG ist vor Abschluss von Geschäften mit nahestehenden Personen, sogenannten „Related Party Transactions“, die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen, wenn diese Geschäfte eine bestimmte Wesentlichkeitsschwelle überschreiten. Zudem sind alle relevanten Informationen zu diesen Geschäften (darunter mindestens Informationen zur Art des Verhältnisses zu den nahestehenden Personen, die Namen der nahestehenden Personen sowie das Datum und der Wert des Geschäfts) unverzüglich zu veröffentlichen. Nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen im Sinne des ARUG II gelten hingegen Geschäfte, die im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden. Eine weitere wichtige Ausnahme gilt für Geschäfte mit Tochtergesellschaften, welche in einem unmittelbaren oder mittelbaren 100-prozentigen Anteilsbesitz der Gesellschaft stehen. In diesen Fällen ist die Zustimmung des Aufsichtsrats nicht erforderlich.

Im Detail sehen die Regelungen zu den Related Party Transactions folgendermaßen aus:

- Geschäfte mit nahestehenden Personen
Der neu eingefügte § 111a Absatz 1 Satz 2 AktG definiert nahestehende Personen im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards (IAS/IFRS), welche von einem „Nahestehen“ in der Regel ab einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung von 20 Prozent der Stimmrechte ausgehen. Dies ist abweichend zu den verrechnungspreisrelevanten Regelungen des § 1 Abs. 2 AStG, welche ab einer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung von mindestens 25% von einem „Nahestehen“ ausgehen.
- Zustimmungsvorbehalt bei Überschreiten einer Wesentlichkeitsgrenze
Die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats ist notwendig, falls der wirtschaftliche Wert des Geschäfts (selbst oder aggregiert) mit derselben nahestehenden Person 1,5% der Gesamt-Assets, also der Summe aus Anlage- und Umlaufvermögen, entsprechend des zuletzt festgestellten Jahresabschlusses der Gesellschaft übersteigt. Ist die Gesellschaft Mutterunternehmen, treten an die Stelle der Gesamt-Assets der Gesellschaft die Gesamt-Assets des Konzerns.
- Ausnahmeregelung „marktübliche Bedingungen“
Geschäfte, die im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden, gelten nicht als Geschäfte mit nahestehenden Personen. Demzufolge ist für diese Geschäfte keine Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich und es besteht auch keine Pflicht zur Veröffentlichung.

Marktübliche Bedingungen sind in der Regel über einen Drittvergleich festzustellen. Zum Vergleich ist ein Geschäft unter unabhängigen Dritten heranzuziehen. Für diese Beurteilung ist zunächst auf die tatsächlichen Marktbedingungen abzustellen, die gegebenenfalls mit Hilfe von Marktinformationen zu ermitteln sind. Sofern ein Marktpreis ermittelt werden kann, ist dieser zugrunde zu legen. Ist dies nicht der Fall, kann auf Schätzwerte zurückgegriffen werden. Die Marktüblichkeit kann dabei auch anhand einer Branchenüblichkeit zu beurteilen sein, wenn entsprechende Geschäfte in der Branche der Gesellschaft üblich sind.

Aus den Ausführungen des ARUG II in Bezug auf die o.g. Ausnahmeregelung kann demnach geschlossen werden, dass die Marktüblichkeit vorrangig entweder (1) durch Marktpreise oder (2) im Wege eines sonstigen Drittvergleiches nachzuweisen ist. Sollten Marktpreise nicht verfügbar und eine Ermittlung der Marktüblichkeit im Wege eines Drittvergleichs nicht möglich sein, kann (3) eine Schätzung vorgenommen werden. Zu berücksichtigen sind hierbei auch die weiteren Bedingungen des Geschäfts, wie z.B. die Laufzeit oder die Absatzmenge.

Mögliche Anwendung von Verrechnungspreismethoden zur Marktüblichkeitsprüfung

Für die im Rahmen der Ausnahmeregelung durchzuführende Marktüblichkeitsprüfung eines Geschäfts, durch welche die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats und die damit verbundene Veröffentlichungspflicht für gewisse Geschäfte vermieden werden kann, kann für die Zwecke des ARUG II unter Umständen auf Verrechnungspreismethoden zurückgegriffen werden. Dies begründet sich darin, dass Drittvergleiche im Verrechnungspreisbereich regelmäßig durchgeführt werden und dazu dienen, zu analysieren, ob Transaktionen innerhalb eines Konzerns zu vergleichbaren Bedingungen (einschließlich Preisen) stattgefunden haben, wie sie fremde Dritte miteinander vereinbart hätten (sogenannter Fremdvergleichsgrundsatz).

Da die Marktüblichkeit in erster Linie über Marktpreise (1) abgebildet werden soll, kann im Rahmen der gängigen Verrechnungspreispraxis auf die interne und externe Preisvergleichsmethode („CUP-Methode“) zurückgegriffen werden. Bei der CUP-Methode werden zur Untersuchung der Fremdüblichkeit von Transaktionen zwischen nahestehenden Unternehmen Preise als Vergleichskriterium herangezogen. Ein externer Preisvergleich erfordert die Untersuchung von Preisen, die zwischen zwei unabhängigen Unternehmen für eine vergleichbare Transaktion vereinbart wurden. Dahingegen setzt ein interner Preisvergleich eine vergleichbare interne Transaktion voraus, bei welcher die betreffenden Lieferungen bzw. Leistungen von fremden Dritten bezogen oder an fremde Dritte erbracht werden.

Da die Durchführung der CUP-Methode ein hohes Maß an Vergleichbarkeit im Hinblick auf die zu vergleichenden Transaktionen voraussetzt, wie u.a. im Hinblick auf die Produktvergleichbarkeit oder die Marktgegebenheiten, kann unter Umständen kein direkt vergleichbarer externer oder interner Preisvergleich vorgenommen werden. Um einen entsprechenden Drittvergleich (2) dennoch durchführen zu können, kann bei abweichenden

Einflussfaktoren auf den Preis die Vergleichbarkeit durch etwaige Anpassungen wiederhergestellt werden. Um den Einfluss dieser Faktoren auf den Preis zu eliminieren, können in der Praxis beispielsweise Preisanpassungsrechnungen in Bezug auf die Mengenunterschiede der zu vergleichenden Lieferungen und Leistungen durchgeführt werden, da Preise für gewöhnlich oft von der zur Verfügung gestellten Menge abhängen.

Im Falle, dass weder Marktpreise noch Drittvergleiche zu ermitteln sind, kann entsprechend den Regelungen des ARUG II eine Schätzung (3) vorgenommen werden. Für diese Schätzungen zur Prüfung der Marktüblichkeit im Rahmen des ARUG II könnte gegebenenfalls auf weitere Verrechnungspreismethoden zurückgegriffen werden. Inwiefern sich die Ermittlung von Schätzwerten über die Verwendung von Verrechnungspreismethoden in weiteren Praxisbeispielen niederschlagen wird, bleibt abzuwarten.

Schlussfolgerungen

Die am 01.01.2020 in Kraft getretenen Regelungen des ARUG II zu den sogenannten Related Party Transactions sehen vor, dass in bestimmten Fällen bei Geschäften mit nahestehenden Personen die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen ist und eine Reihe von Details unverzüglich zu veröffentlichen sind. Diese Zustimmungs- und Veröffentlichungspflicht greift nicht, falls die Geschäfte im ordentlichen Geschäftsgang und zu marktüblichen Bedingungen getätigt werden. Um diese Marktüblichkeitsprüfung durchzuführen, kann unter bestimmten Voraussetzungen auf die Methodik aus dem Verrechnungspreisbereich zurückgegriffen werden, da Drittvergleiche für Verrechnungspreiszwecke regelmäßig durchgeführt werden.

Für die Marktüblichkeitsprüfung im Rahmen des ARUG II auf Basis von Verrechnungspreismethoden wurde bei bestehenden Praxisbeispielen insbesondere auf die interne und externe Preisvergleichsmethode zurückgegriffen. Falls keine direkten Marktpreise verfügbar sind, können entsprechend der Praxisbeispiele Anpassungsrechnungen der zu vergleichenden Transaktionen für die Durchführung eines Drittvergleichs vorgenommen werden. Inwieweit die Verwendung weiterer Verrechnungspreismethoden für die Ermittlung von Schätzwerten im Zusammenhang mit den Regelungen des ARUG II in der Praxis von Relevanz sein werden, ist aktuell noch nicht absehbar.

Die Nichtbeachtung der neuen Regelungen des ARUG II kann ein Bußgeld oder auch die Angreifbarkeit der Organentlastung zur Folge haben. Börsennotierten Gesellschaften empfehlen wir daher, die Relevanz dieser Regelungen in Bezug auf deren Geschäfte mit nahestehenden Personen zu prüfen, um abschätzen zu können, ob eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats für die betreffenden Geschäfte sowie eine diesbezügliche Veröffentlichung erforderlich sind oder ob von etwaigen Ausnahmeregelungen Gebrauch gemacht werden kann.

Für die Durchführung dieser Prüfung kann von betroffenen Gesellschaften auf ein gemeinsames Leistungsangebot vom *Deloitte Verrechnungspreis-Team* und *Deloitte Legal* zurückgegriffen werden. Bei dieser zweistufigen Prüfung wird die Marktüblichkeitsprüfung im ersten Schritt vom *Deloitte Verrechnungspreis-Team* durchgeführt und im zweiten Schritt die rechtliche Würdigung einer etwaig daraus resultierenden Zustimmungs- und Veröffentlichungspflicht von *Deloitte Legal* erarbeitet.

Fundstelle

Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 19.12.2019, [BGBI I 2019, 2637](#)

Ihre Ansprechpartner

Henrik Handte

Director

hhandte@deloitte.de

Tel.: + 49 89 29036 8553

Niko Jakovou

Director

njakovou@deloitte.de

Tel.: +49 211 8772 2725

Arundhati Pandeya-Koch

Senior Manager

apandeya-koch@deloitte.de

Tel.: +49 89 29036 7963

www.deloitte-tax-news.de

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko. Deloitte GmbH übernimmt keinerlei Garantie oder Gewährleistung noch haftet sie in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grunde empfehlen wir stets, eine persönliche Beratung einzuholen.

This client information exclusively contains general information not suitable for addressing the particular circumstances of any individual case. Its purpose is not to be used as a basis for commercial decisions or decisions of any other kind. This client information does neither constitute any advice nor any legally binding information or offer and shall not be deemed suitable for substituting personal advice under any circumstances. Should you base decisions of any kind on the contents of this client information or extracts therefrom, you act solely at your own risk. Deloitte GmbH will not assume any guarantee nor warranty and will not be liable in any other form for the content of this client information. Therefore, we always recommend to obtain personal advice.