Deloitte.

*URL: http://mobile.deloitte-tax-news.de/transfer-pricing/oecd-diskussionsgrundlage-fuer-verrechnungspreise-bei-finanztransaktionen.html*

06.07.2018

*Transfer Pricing*

## OECD: Diskussionsgrundlage für Verrechnungspreise bei Finanztransaktionen

Am 03.07.2018 veröffentlichte die OECD einen Diskussionsentwurf zur Behandlung von Finanztransaktionen (Darlehen, Garantien, Cash Pool). Dieser Artikel befasst sich mit den wesentlichen Inhalten und den Auswirkungen auf die Praxis der Preisbildung für Finanztransaktionen.

Entgegen mancher Erwartungen enthält der von der OECD am 03.07.2018 veröffentlichte Diskussionsentwurf („Entwurf") eine Reihe von Hinweisen zu wichtigen Aspekten, jedoch keine wirklichen Überraschungen. Der nachfolgende Beitrag fasst die wesentlichen Inhalte übersichtlich zusammen.

**1. Aufbau und Struktur**
Der Entwurf befasst sich im Wesentlichen mit vier Themenbereichen: (1) Leitlinien Anwendung des Fremdvergleichs, (2) Finanzierungsfunktionen (Darlehen und Cash Pool), (3) Garantien und (4) Captive-Versicherungen (auf die nachfolgend nicht explizit eingegangen wird).

**2. Fremd- oder Eigenkapital?**
Der Entwurf gibt keinen klaren Hinweis, in welchen Konstellationen die Ausstattung der Gesellschaft mit Finanzmitteln von Fremdkapital in Eigenkapital umqualifiziert werden kann. Bei der Festlegung der Rahmenbedingungen ist der Entwurf recht offen formuliert. Es wird allerdings erkennbar auf die nachhaltige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Darlehensnehmers im Hinblick auf seine Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehen Bezug genommen. Zudem ist erwähnt, dass nationale Vorschriften (u.a. Zinsabzugsbeschränkung, Verschuldungsgrad, Mindestkapital, etc.) nicht eingeschränkt werden.

Im Abschnitt zu Garantien (vgl. 140) ist der Entwurf etwas ausführlicher: Insoweit eine Bürgschaft lediglich die Kreditaufnahmekapazität eines Unternehmens dem Grunde nach erweitert, so kann dieser zusätzliche Betrag als Eigenkapital und das Darlehen als tatsächlich an den Bürgen gewährt angesehen werden. Dies steht in gewisser Weise auch im Einklang mit der jüngsten Entscheidung des EuGH im Fall Hornbach vom 31.05.2018 (C 382/16).

**3. Funktionsanalyse**
Ein zentrales Thema bei der Beurteilung von Verrechnungspreisen ist das Funktionsprofil, das bisher oft nicht ausreichend betrachtet wird. Der Entwurf gibt einen guten Überblick über die generellen Funktionen eines Kreditgebers und Kreditnehmers (vgl. 24f.). Die Finanzierungsfunktion bzgl. der kurzfristigen Liquidität innerhalb der Gruppe (auch „Treasury-Funktion") wird generell als Unterstützungsleistung im Konzern verstanden. Begründung hierfür ist, dass sie grundsätzlich lediglich Strategien und Entscheidungen des höheren Managements in Hinblick auf Investitionen und Renditeerwartungen operativ ausführt (vgl. 43).

In den weiteren Ausführungen wird dies jedoch in einen breiteren Kontext gestellt und im Kapitel über Cash-Pool-Transaktionen wird die typische Funktionalität einer Inhousebank dargestellt: Neben der Servicefunktion umfasst dies üblicherweise die Festlegung der Strategie, die Aufnahme der (kurzfristigen und langfristigen) externen Finanzierung, die Entscheidung über Überschussinvestitionen und die Finanzierung von Fehlbeträgen (vgl. 119ff.).

Zusammenfassend wird ausgeführt, dass die Vergütung der Treasury-Funktion bzw. die Funktion des Cash-Pool-Führers vom konkreten Sachverhalt, den ausgeübten Funktionen, eingegangenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgütern abhängt (vgl. 109), sodass insoweit der Cash-Pool-Führer die Finanzierungsrisiken effektiv steuert und die finanzielle Substanz besitzt, diese Risiken zu tragen, dieser grundsätzlich als Unternehmer mit Residualeinkommen qualifiziert werden kann (vgl. 118).

**4. Sicherheiten, Nachrangigkeit, Covenants**
Bei Gesellschafterdarlehen ist die Stellung von Sicherheiten regelmäßig nicht erforderlich, da der Darlehensgeber über seine Gesellschafterstellung Zugang zu den Wirtschaftsgütern hat (vgl. 52). Insoweit der Darlehensnehmer jedoch Fremdkapital ausschließlich von seinem Gesellschafter bezieht, sollten vorhandene Wirtschaftsgüter – mangels anderweitiger Verwendung – als Sicherheit betrachtet werden. Gleichzeitig sollte bei der Beurteilung der Fremdüblichkeit des Darlehens berücksichtigt werden, wenn lokalen Vorschriften eine gesetzliche Nachrangigkeit der Gesellschafterdarlehen vorschreiben (wie dies z.B. in Deutschland nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO der Fall ist). Aus den gleichen Gründen wie Sicherheiten sind sog. „financial covenants" in solchen Fällen ebenfalls nicht vonnöten (vgl. 78).

**5. Die Verwendung von Credit Ratings**
Credit Ratings zur Bestimmung der Kreditwürdigkeit gelten als "hilfreich" zur Identifizierung von potentiellen Vergleichstransaktionen. Jedoch werden ebenfalls die Grenzen für die Bestimmung und Verwendung von Credit Ratings in bestimmten Konstellationen diskutiert (u.a. für Start-Ups oder SPVs). Abschließend ist jedoch festzustellen, dass eine realistische Alternative zu Credit Ratings – auch durch Erstellung mittels standardisierter Softwareprogramme – nicht existiert, um den entscheidenden Vergleichsbarkeitsfaktor zu bestimmen.

Bei der Ratingbestimmung ist zudem zu beachten, dass übrige konzerninterne Transaktionen des Darlehensnehmers in fremdvergleichskonformer Weise zu berücksichtigen sind (vgl. 65). Darüber hinaus ist zwischen der Bonität (Credit Rating) der Gesellschaft insgesamt und des Credit Ratings der spezifischen Darlehenstransaktion zu unterscheiden („Issue Rating").

**6. (Impliziter) Konzernrückhalt**
Der Entwurf schlägt einen nachvollziehbaren Ansatz vor: Ein impliziter Konzernrückhalt sollte in dem Maße in Betracht gezogen werden, in dem ein fremder Dritter Darlehensgeber dies ebenfalls in Betracht ziehen würde. Dies bedeutet, dass eine generelle Annahme eines vollständigen impliziten Konzernrückhaltes (= Gruppenrating) nicht mit dem Fremdvergleich in Einklang zu bringen ist (obwohl es diskutiert wird, diese Option als widerlegbare Vermutung zu eröffnen, die der Steuerpflichtige annehmen kann). Klargestellt wird, dass der Konzernrückhalt auch in Fällen Anwendung findet, wenn das stand-alone Credit Rating besser ist als das Gruppenrating.

**7. Methodenauswahl**
Die Preisvergleichsmethode wird aufgrund ihrer recht einfachen Anwendbarkeit und der entsprechenden Datenverfügbarkeit grundsätzlich präferiert. Auf Basis des Credit Ratings und weiteren wesentlichen Vergleichbarkeitsfaktoren können potentiell vergleichbare Markttransaktionen mit ähnlichem Risikoprofil identifiziert werden. Der Entwurf lässt dabei sowohl Darlehens- als auch Anleihetransaktionen von fremden Dritten zu.

Es wird jedoch ebenfalls darauf hingewiesen, dass die „options realistically available" („ORAs") zu beachten sind. Dies ist in Deutschland besonders wichtig, da das FG Münster (07.12.2016, 13 K 4037/13, anhängig beim Bundesfinanzhof I R 4/17) entschieden hat, dass die Cost-Plus-Methode (d.h. die Mischung aus Fremdfinanzierung und Eigenkapitalrendite) generell die bevorzugte Methode zur Beurteilung der Fremdüblichkeit von konzerninternen Darlehenstransaktionen ist. Mit diesem Hinweis auf die ORAs wird gezeigt, dass die Entscheidung des FG Münster nicht mit dem Fremdvergleichsprinzip vereinbar ist, da die darlehensgebende Gesellschaft eine höhere Rendite mit einer alternativen Anlage am Kapitalmarkt bei gleichem Risikoprofil erzielen könnte. Und die darlehensnehmende Gesellschaft kann in anders gelagerten Konstellationen grundsätzlich auch in der Lage sein, ihre Mittel von fremden Dritten zu einem niedrigeren Preis zu beziehen.
Die Überprüfung der ORA erfolgt somit sozusagen innerhalb des Preisvergleichs.

Alternativ sieht der Entwurf ein Kapitalkostenverfahren vor, das nicht mit dem vom FG Münster diskutierten Kostenaufschlagsverfahren verwechselt werden sollte, da die Kapitalkosten ebenfalls eine Risikoprämie und eine Gewinnkomponente enthalten. Um die relative Bedeutung in den Kontext der Preisvergleichsmethode zu stellen, sieht der Entwurf vor, dass die Kapitalkostenmethode "bei einigen konzerninternen Transaktionen" angewendet werden kann, wenn ein Intermediär ins Spiel kommt (vgl. 91).

**8. Cash-Pooling**
Im Bereich des Cash Pooling werden grundsätzlich zwei wichtige Themen diskutiert.

Erstens sind Cash Pools für kurzfristige Finanzierungen vorgesehen, in der Praxis werden sie jedoch häufig für langfristige Einlagen und Finanzierungen verwendet. Der Entwurf erwähnt, dass in solchen Fällen eine Umschichtung in längerfristige Kredite erfolgen soll, ohne zu einer klaren Empfehlung zu kommen. Es zeigt sich jedoch, dass ein hoher Saldovortrag über Jahre ("Jahr zu Jahr") kritischer angesehen wird (vgl. 107).

Zweitens hängt die Vergütung des Cash-Pool-Führers von dessen Funktions- und Risikoprofil ab. Grundsätzlich gilt, dass der Cash-Pool-Führer nur eine routinemäßige Dienstleistungsfunktion ausübt und alle Vorteile an die Teilnehmer verteilt werden sollen. Allerdings wird zutreffend ebenfalls zugelassen, dass der Cash-Pool-Führer bei Vorliegen des erforderlichen Funktionsprofils und entsprechender Risikotragfähigkeit und –übernahme in Einzelfällen mit dem gesamten „Spread" (entspricht typischerweise dem Residualgewinn) vergütet werden kann (vgl. 122).

Der Entwurf sieht drei mögliche Alternativen vor, um bei Bedarf eine Aufteilung von Cash-Pool-Vorteilen vorzunehmen (verbunden mit der Bitte um Kommentierung). Die derzeitige bestehende Praxis sieht vor, die Zinssätze für alle Teilnehmer zu verbessern (d.h. Fremdvergleichssätze für Einlagen und Ziehungen festzulegen und eine Erhöhung bzw. Senkung durchzuführen). Die beiden anderen Methoden (gleicher Zins für alle Beteiligten, Identifizierung des Nutzens und Verteilung an die Beteiligten) sind vor allem aus einer Praktikerperspektive unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht ohne weiteres umsetzbar. Unter allen möglichen Alternativen gilt die Eingangsvoraussetzung, dass die Teilnahme der Konzerngesellschaften am Cash Pool vorteilhaft sein muss im Vergleich zur realistischen jeweiligen ORA.

**9. Garantien**
Garantien sind in gewisser Weise bei der Verrechnungspreisüberprüfung wie direkte Darlehen zu behandeln. Grundsätzlich sollten nur Garantien, die einen konkreten Nutzen (d.h. einen niedrigeren Zinssatz des Kreditnehmers bewirken) stiften, vergütet werden. Allerdings sollte impliziter Konzernrückhalt ebenfalls in Betracht gezogen werden. In einigen Fällen kann die Garantie nur eine Unterstützung formalisieren, die aufgrund der strategischen Bedeutung des Kreditnehmers für die Gruppe ohnehin gewährt wird.

Ferner kann, wie oben dargelegt, unter Umständen davon ausgegangen werden, dass die Garantie nur die Kreditaufnahmekapazität über den Punkt hinaus erhöht, bis zu dem das Unternehmen aus eigener Kraft Mittel aufnehmen könnte, was die Frage einer (zumindest teilweisen) Qualifizierung als Eigenkapitalersatz nach sich zieht.

**10. Praktische Auswirkungen**
Auf der Grundlage des OECD-Entwurfs in der vorliegenden Form und aufgrund der Erfahrung bei der Verteidigung von Finanztransaktionen ist folgendes zu berücksichtigen:

- Grundsätzlich ist festzustellen, dass vorab definierten und im Konzern etablierten Richtlinien eine höhere Aufmerksamkeit geschenkt wird. Insofern sollten, sofern noch geschehen, die zugrundeliegenden Strukturen, Funktions- und Risikoaufteilung sowie die die Bepreisung konzerninternen Finanztransaktionen richtlinienartig für den Konzern zusammengefasst werden. Dies stärkt auch die Position in zukünftigen Außenprüfungen.
- Multinationale Unternehmen sollten risikoadäquate und branchenspezifische Eigenkapitalquoten für ihre Tochtergesellschaften definieren und diese in o. g. Richtlinien regeln und implementieren, da durch ein fremdvergleichskonformes Eigenkapital die Leistungsfähigkeit und damit die Bedienbarkeit der Schulden schon weitgehend dokumentiert wird.
- Die Entscheidung des FG Münster, dass bei konzerninternen Darlehenstransaktionen die Kostenaufschlagsmethode vorzugsweise anzuwenden ist, führt bei vielen laufenden Betriebsprüfungen zu einem erheblichen Konfliktpotential mit der Betriebsprüfung. Es ist nicht auszuschließen, dass der BFH eine abweichende Meinung zur Auffassung des FG Münster – ggf. unter zusätzlicher Berücksichtigung des vorliegenden OECD-Entwurfs – haben wird. Es gilt für Steuerpflichtige, die Fälle offen zu halten.
- Langfristige Cash-Pool-Salden waren bereits in der Vergangenheit regelmäßig ein Problem. Multinationale Unternehmen sollten Sockelbeträge definieren und entsprechende Verfahren implementieren, um hohe Cash-Pool-Salden zu begrenzen. Dadurch wird die gesamte Struktur entlastet. Ein Saldo von z.B. 10 Mio. € ist bei den heutigen niedrigen Zinssätzen möglicherweise nicht materiell, aber ein langfristiger Saldo von 100 Mio. € in einem kurzfristigen Finanzierungsinstrument schon eher

problematisch.

- Das bisherige „klassische“ System von Cash-Pools mit Interbankenkreditzinsen +/- Basispunkten ist gegenwärtig und künftig schwer zu verteidigen. Es sollten, anhand der Funktions- und Risikoverteilung, die Vorteile zwischen den Cash-Pool-Teilnehmern grundsätzlich (teilweise) aufgeteilt werden. Dies schließt allerdings nicht aus, dass der Cash-Pool-Führer im Entrepreneurfall den Residualgewinn erhalten sollte. Werden die Vorteile dem Grunde nach aufgeteilt, steigt die Hürde für eine Anpassung durch die Finanzverwaltung im Sinne einer Beweislastverteilung, zumal die exakte Ermittlung der Vorteile in der Praxis oft gar nicht möglich und daher ein eher hypothetisches Konstrukt darstellt.
- Funktionsarme „cash boxes“ verlieren durch das „Zurechtstutzen“ auf einen risikofreien Zinssatz deutlich an Attraktivität – zumal diese sich schon seit der Veröffentlichung der ersten OECD-BEPS Berichte als ein Prüfungsschwerpunkt in laufenden Betriebsprüfungen herauskristallisiert haben. Daher sollten derartige Strukturen vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen kritisch überprüft werden.
- Eine solche Überprüfung sollte insbesondere vor dem Hintergrund der schärferen Anforderungen der OECD Richtlinien 2017 an die Risikoanalyse erfolgen, die spätestens jetzt auch für die Beurteilung der Fremdüblichkeit von Finanztransaktionen von elementarer Bedeutung ist.

**Fundstelle**
OECD, Public Discussion Draft, BEPS Actions 8- 10, Financial Transactions

## Ihre Ansprechpartner


### Christian Schoppe
Partner
cschoppe@deloitte.de
Tel.: +49 69 75695 7272

### Ronny John
Director
rojohn@deloitte.de
Tel.: +49 341 99270 93

### Nik Nolden
Director
nnolden@deloitte.de
Tel.: +49 211 8772 2849

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.