Deloitte.

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

06.03.2020

Transfer Pricing

OECD: Finale Richtlinie für Verrechnungspreise bei Finanztransaktionen

Veranstaltungshinweis
Webcast "Deloitte TP Insight": Aktuelle Entwicklungen im Bereich Finanztransaktionen. 26.03.2020 von 14 bis 15 Uhr, mehr Informationen zum Webcast

Am 11.02.2020 veröffentlichte die OECD die finale Richtlinie zur Behandlung von Finanztransaktionen. Dabei handelt es sich insbesondere um Fragen zu Darlehen, Garantien oder Cash Pools. Was sind die wesentlichen Inhalten und den Auswirkungen auf die Praxis der Preisbildung und Überprüfung für Finanztransaktionen? Wir geben Antworten darauf und vergleichen die Vorgaben der OECD Richtlinie mit dem BMF-Entwurf für einen neuen §1a AStG.

Hintergrund
Der Diskussionsentwurf der OECD zu Verrechnungspreisen bei Finanzierungstransaktionen („Entwurf") wurde bereits am 03.07.2018 veröffentlicht. Die lange Zeitspanne zwischen Veröffentlichung des Entwurfs und der am 11.02.2020 veröffentlichen finalen Version („finalen Richtlinie") führte jedoch nicht zu signifikanten Änderungen. Wirkliche Überraschungen sind im Vergleich zum Entwurf nicht enthalten. Der nachfolgende Beitrag fasst die wesentlichen Inhalte übersichtlich zusammen.

Diskussionsentwurf
Aufbau und Struktur

Die finale Richtlinie befasst sich im Wesentlichen mit fünf Themenbereichen: (1) Leitlinien Anwendung des Fremdvergleichs, (2) Finanzierungsfunktionen (Darlehen und Cash Pool), (3) Garantien, (4) Captive-Versicherungen (auf die nachfolgend nicht explizit eingegangen wird), sowie (5) der Bestimmung des risikofreien und risikoadjustierten Zinssatzes. Damit entspricht der Aufbau der finalen Richtlinie im Wesentlichen der des Entwurfs. Die Punkte (1) bis (4) stellen das neue Kapitel X der OECD Verrechnungspreisrichtlinie zu Finanztransaktionen dar. Nur der fünfte Themenbereich ist neu; dieser wird in die Funktions- und Risikoanalyse in Kap. I eingegliedert. Im Entwurf war zu diesem Bereich nur ein Kommentierungsaufruf enthalten.

Fremd- oder Eigenkapital?

Wie auch der Entwurf gibt die finale Richtlinie Hinweise darauf, welche ökonomischen Charakteristika bei der Beurteilung, ob eine konzerninterne Finanzierung Eigen- oder Fremdkapitel ist, zu betrachten sind (vgl. Tz. 10.12). Ebenfalls wird betont, dass eine Finanzierung nur insoweit Fremdkapital darstellt, als dass der Empfänger von Anfang an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzt, seine Zahlungsverpflichtungen aus dem Fremdkapitalbezug zu bedienen (vgl. Tz. 10.13). Damit schafft die OECD zumindest Eckpfeiler. Eindeutige Positionierungen zu einzelnen Aspekten, wie z.B. in BFH Urteilen zu finden, gibt es aber kaum. Besonders augenscheinlich wird dies bei einem Vergleich der vagen Aussagen in Tz. 10.56 der finalen Richtlinie mit den – streitbaren – aber eindeutigen Aussagen des BFHs zur Besicherung von Darlehen (Urteile vom 27.02.2019, I R 73/16, I R 51/17, I R 81/17, sowie Urteile vom 19.06.2019, I R 32/17, I R 54/17, I R 5/17).

Funktionsanalyse

Bezüglich „normaler" Darlehensvergaben gibt die finale Richtlinie, wie auch der Entwurf, einen Überblick über die generellen Funktionen eines Kreditgebers und Kreditnehmers. Im Vergleich zum Entwurf wird die Bedeutung der (Risiko-) Kontrollfunktion des Kreditgebers herausgestellt (Vgl. Tz.10.25).
Wichtig ist die Funktionsanalyse darüber hinaus insbesondere bei der Finanzierungsfunktion bzgl. der kurzfristigen Liquidität innerhalb der Gruppe, Stichwort Cash Pooling. Generell werden die Tätigkeiten des Cash Pool Leaders als rein koordinierende Unterstützungsleistung im Konzern verstanden (Vgl. Tz. 10.130). Allerdings zählt auch hier der Einzelfall. Kommen seitens des Cash Pool Leaders weitere Funktionen

dazu, so dass sich dieser als „Inhousebank“ qualifiziert, steht ihm - nach entsprechender Funktions- und Risikoanalyse - entsprechend eine höhere Vergütung bzw. der Residualgewinn zu.

Eigenschaften von Darlehensvergaben

Welche Eigenschaften bei Darlehensvergaben relevant sind, um das Darlehen grundsätzlich als Fremdkapital zu kategorisieren aber auch um den Zinssatz fremdüblich zu bestimmen, werden relativ ausführlich diskutiert. Wie bereits oben erwähnt, wären teilweise klarere Positionen begrüßenswert gewesen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang – quasi lobend – zu betonen, dass ein „es kommt drauf an“ auch einen gewissen Aussagegehalt hat. Wenn z.B. klargestellt wird, dass in Konzernen weniger Informationsasymmetrien als zwischen fremden Dritten herrschen (können) und damit sog. Covenants potentiell eine geringere Bedeutung haben, ist dies auch eine Aussage. Nämlich, dass diese nicht wie zwischen fremden Dritten ausformuliert sein müssen (Vgl. Tz. 10.86). Selbiges gilt für die bereits oben erwähnten Besicherungen (Vgl. Tz. 10.56).

Eine der wesentlichen Eigenschaften einer Darlehensvergabe ist die *Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers*. Im Vergleich zum Entwurf gibt es eine Vielzahl an editorischen Änderungen. Inhaltlich ergeben sich aber wenig klare Änderungen zum Entwurf. Herauszustellen sind diesbezüglich insbesondere folgende Aussagen der finalen Richtlinie:

- Die Kreditwürdigkeit der individuellen Darlehensvergabe ist zu betrachten. Diese kann von der Kreditwürdigkeit des konzerninternen Darlehensnehmers im Allgemeinen sowie von der Gruppe abweichen. D.h. auch im Hinblick auf mögliche Datenbankstudien ist vorzugsweise auf das konkrete Rating der Darlehenstransaktion („issue rating“) abzustellen, und erst danach auf das Rating des Darlehensnehmers („issuer rating“) um potentiell vergleichbare Transaktionen zu identifizieren.
- Meistens wird das „stand-alone“ Rating des Darlehensnehmers unter Einbeziehung des Konzernrückhalts zur Kreditwürdigkeitsbestimmung genutzt.
- Öffentliche verfügbare „Credit Rating Tools“ sind für Zwecke der Kreditwürdigkeitsbestimmung verfügbar. Tz 10.74 der finalen Richtlinie ist aus Sicht der Autoren dahingehend zu verstehen, dass „Credit Rating Tools“ von unabhängigen Rating Agenturen zu empfehlen sind.
- Der Gruppenzugehörigkeit ist bei der Kreditwürdigkeitsbestimmung zu beachten (vgl. Bsp. Tz 1.164ff OECD VPL 2017); das angepasste Rating liegt i.d.R zwischen stand-alone und Konzernrating.
- Je unzuverlässiger die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers bestimmt werden kann, desto eher sollte man auf die Kreditwürdigkeit des Konzerns abstellen.

Methodenauswahl

Wie bereits der Entwurf stellt die finale Richtlinie klar, dass die (externe) Preisvergleichsmethode bei Finanzierungstransaktionen wegen der relativ guten Datenverfügbarkeit regelmäßig einfach anwendbar ist. Auf Basis der ermittelten Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers und weiteren relevanten Vergleichbarkeitsfaktoren können potentiell vergleichbare Markttransaktionen mit ähnlichem Risikoprofil identifiziert werden. Neben Darlehensvergaben lassen die finalen Richtlinien dabei auch Anleihetransaktionen zwischen fremden Dritten zu. Der interne Preisvergleich sollte des Weiteren nicht übersehen werden.

Neben dem Preisvergleich wird die „Cost of Funds“ Methode, eine Fremdüblichkeitsermittlung mittels Credit Default Swaps sowie mittels Economic Modelling erläutert. Zu diesen Ansätzen gibt es bisher aber keine einheitliche Vorgehensweise in der Praxis. Daher ist es wenig überraschend, dass keine Beispiele gegeben werden, wie diese Ansätze zu nutzen sind bzw. wie man den Schwächen dieser Ansätze entgegenwirkt. Auch vor dem Hintergrund der immer zu berücksichtigenden „options realistically available“ (Vgl. Tz. 10.99) erscheint uns der Preisvergleich als die maßgebliche Methode, da die Ergebnisse eines (externen) Preisvergleichs letztendliche die „options realistically available“ darstellen.

Cash Pooling

Unter 3. (Funktionsanalyse) wurde bereits kurz die fremdübliche Vergütung des Cash Pool Leaders erläutert. Bezüglich der Vergütung der Cash Pool Member wird neben der fremdüblichen Zinsvergütung der grundsätzliche Anspruch auf die Cash Pool Synergien betont. Leider erfolgt keine Konkretisierung, wie die Cash Pool Synergien/ Koordinationsgewinne genau zwischen den Cash Pool Membern verteilt werden sollen.

Im Vergleich mit dem Entwurf werden in der finalen Richtlinie potentielle Probleme bei der Bestimmung der fremdüblichen Zinssätze expliziter dargestellt. Da in diesem

Zusammenhang aber auch die „options realistically available“ betont werden, erscheint ein externer Preisvergleich weiterhin eine zulässige Methode zu sein, wobei zu berücksichtigen ist, inwieweit die Kreditwürdigkeit des Cash Pool Leaders der einer typischen Bank entspricht. Auch hebt die finale Richtlinie hervor, dass nicht nur rein quantitativ messbare Faktoren, wie z.B. der einfache Zugang zu Finanzmitteln, Gründe für die Teilnahme an Cash Pools darstellen können (Vgl. Tz. 10.146).

Garantien

Grundsätzlich sollten nur Garantien, die einen konkreten Nutzen beim Garantienehmer stiften, vergütet werden. Typischerweise ist dieser Nutzen der Erhalt verbesserter Zinskonditionen und/ oder der Zugang zu Fremdkapital. Die Ermöglichung des Zugangs zu Fremdkapital ist grundsätzlich nicht zu vergüten (auch anteilig möglich). Für verbesserte Zugangskonditionen in Form günstiger Zinssätze sollten bei der Bestimmung einer fremdüblichen Garantiegebühr der – nicht zu vergütende – impliziter Konzernrückhalt sowie die Auswirkungen auf die Finanzkapazität des Garantiegebers 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.

Es werden mehrere Methoden zur Bestimmung der fremdüblichen Garantie dargestellt. Aus unserer Sicht ist vor allem die Kombination aus Yield Approach und Cost Approach von Bedeutung für die Praxis. Beim Yield Approach wird der Zinsvorteil, den der Garantienehmer durch die Garantie erhält, ermittelt. Beim Cost Approach werden die erwarteten Kosten, die dem Garantiegeber entstehen, ermittelt. Eine Garantiegebühr nach dem Yield Approach stellt meist die maximale Garantiegebühr dar, denn mehr würde der Garantienehmer auf keinen Fall zahlen. Eine Garantiegebühr nach dem Cost Approach stellt regelmäßig die minimale Garantiegebühr dar, denn weniger würde der Garantiegeber auf keinen Fall akzeptieren. Garantiegebühren zwischen minimaler und maximaler Gebühr können fremdüblich sein.

Risikolose und Risikoadjustierte Zinssätze

Der risikolose und der risikoadjustierte Zinssatz sind aus Sicht der Autoren vor allem als Größen, auf die im Falle einer Verrechnungspreisanpassung korrigiert wird, relevant.

In den OECD Verrechnungspreisrichtlinien 2017 wird erläutert, dass konzerninterne Gesellschaften, die Kapital bereitstellen, aber keinerlei Kontrolle über die finanziellen und operativen Risiken des Kapitalnehmers ausüben (können, weil personell und finanziell nicht entsprechend ausgestattet), mit einem risikolosen Zinssatz vergütet werden sollen. Das sog. „Funding“ bezieht sich v.a. auf die Entwicklung von immateriellen Wirtschaftsgütern. Dem entsprechend wird dieser Passus nicht in Kap. X, sondern in die Funktions- und Risikoanalyse in Kap. I eingegliedert. Die finalen Richtlinien erläutern relativ konkret, wie der risikolose Zinssatz bestimmt wird. In Einklang mit der Praxis wird eine Nutzung von Staatsanleihen vorgeschlagen. Falls mehrere Staatsanleihen zur Auswahl stehen, sollte die mit dem niedrigsten Zinssatz gewählt werden. Die Laufzeiten sind zu berücksichtigen.

Der risikoadjustierte Zinssatz ist zu nutzen, wenn eine kapitalgebende Gesellschaft zwar das finanzielle Risiko kontrolliert, aber nicht die weiteren operativen Risiken. Beispielhalft wird in der finalen Richtlinie die Finanzierung von Entwicklungsprojekten aufgeführt. Die Bestimmung des risikoadjustierten Zinssatzes orientiert sich an den Vorgaben für Darlehensvergaben.

Vergleich der finalen Richtlinie mit § 1a AStG-RefE

Das Bundesministerien für Finanzen hat am 10.12.2019 einen Referentenentwurf („RefE“) für § 1a AStG vorgelegt (siehe Deloitte Tax-News), welcher Regelungen für konzerninterne Finanzierungstransaktionen beinhaltet. Offensichtlich würde eine Konsistenz der finalen Richtlinien und § 1a AStG-RefE die Verrechnungspreisbestimmung von Finanzierungstransaktionen erheblich erleichtern bzw. das Risiko einer Doppelbesteuerung reduzieren. Daher im Folgenden ein tabellarischer Vergleich zu ausgewählten Themen:

Thema	§ 1a AStG-RefE	Finale Richtlinie OECD	Kommentierung Deloitte

Kapitaldienst	Kapitaldienst für die gesamte Laufzeit einer Finanzierungsbeziehung muss von Anfang an erbringbar sein, wenn nicht, wird der gesamte Zinsaufwand korrigiert (bei wörtlicher Auslegung)	Kapitaldienst muss erbringbar sein, wenn nicht, wird nur fremdunüblicher Zinsaufwand (d.h. für den nicht als Fremdkapital einzustufenden Anteil) korrigiert	i) Kapitaldienstdefinition ggf. unterschiedlich, da lt. RefE Begründung Tilgung enthalten ist. In diesem Fall (bei Ausschluss möglicher Refinanzierung) wären Definitionen bzw. Begriffsauslegung wahrscheinlich unterschiedlich und RefE praxisfern. ii) Korrektur von RefE überschießend und u.U. nicht Europarechtskonform (Vgl. Tz. 72, EuGH Urteil v. 21.01.2010 C311/08)
Finanzierungszweck	Finanzierung soll wirtschaftlich benötigt und für den Unternehmenszweck verwendet werden, wenn nicht, wird Zinsaufwand korrigiert	Finanzierung soll wirtschaftlich sinnvoll sein, wenn nicht, wird nur fremdunüblicher Aufwand korrigiert	i) Grundgedanke bzgl. Finanzierungszweck sehr ähnlich, aber Begründung des RefE über Renditeerwartung teilweise problematisch. ii) Korrekturproblem s.o.
Fremdüblicher Zinssatz	Zinssätze sollten dem Konzernrefinanzierungszinssatz entsprechen. Es sei denn, es sei denn der Stpfl. kann anderen Wert als fremdüblich nachweisen.	Externer CUP basierend auf „stand-alone“ Rating inkl. Konzernrückhalt regelmäßig beste Methode zur Zinsbestimmung. Andere Methoden, insb. interner CUP, sind zu beachten bzw. sachverhaltsabhängig zu nutzen	i) Standardansatz unterschiedlich, aber durch RefE Öffnungsklausel Vereinbarkeit theoretisch gegeben. ii) In der Praxis sind Anforderungen an Öffnungsklausel wahrscheinlich prohibitiv hoch, da Nachweis erbracht werden soll. iii) Nachweis ist problematisch, da dies ggf. Beweislastumkehr zum Nachteil des Stpfl. darstellen, insb. kann es die Mitwirkungspflichten nach § 90 Abs. 2 AO in unzumutbarer Weise erhöhen
Treasury Funktionen	Konzerninterne Treasury Funktionen sind regelmäßig funktions- und risikoarm, fremdübliche Vergütung unklar, keine Öffnungsklausel	Konzerninterne Treasury Funktionen sind grundsätzliche funktions- und risikoarm, jedoch Öffnungsklausel vorhanden im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung	i) RefE Regelung sehr starr und in Einzelfällen damit u.U. falsch. ii) Fremdübliche Vergütung nach RefE unklar, vermutlich aber nach Kostenaufschlagsmethode auf Verwaltungskosten. iii) Grundsätzlich ist für kostenbasierte Vergütung für funktions- und risikoarme Funktionen fremdüblich. Nach OECD sollte Vergütung Funktions- und Risikoprofil entsprechen, d.h. bei umfangreichen Funktionen ggf. (anteilig) residualgewinnberechtigt

Fazit

Die finale Richtlinie gibt hilfreiche Anregungen für die Verrechnungspreisbestimmung von konzerninternen Finanzierungstransaktionen. Eindeutige Positionierung sind aber – wie

typisch für die OECD – nicht enthalten. Am Bedeutendsten und auch am Widersprüchlichsten im Vergleich mit § 1a AStG-RefE sind die Vorgaben zu Kreditwürdigkeitsanalyse von Darlehensnehmern und der Behandlung des Konzernrückhalts. Während der Referentenentwurf das Konzernrating als Ausgangspunkt nutzt, geht die OECD hier vom (angepassten) „stand-alone“ Rating aus. Gerade wenn beide Ratings weit auseinanderliegen, wird eine Vereinbarkeit der beiden Ansätze schwierig und das Risiko einer Doppelbesteuerung steigt erheblich.

Weitergehende Informationen zu der Ausgestaltung von Verrechnungspreisen bei Finanzierungstransaktionen können Sie in unserem in Kürze erscheinenden IWB Artikel „Der neue § 1a AStG-RefE zu Finanztransaktionen - Einmal Doppelbesteuerung bitte! “ nachlesen.

Fundstelle
OECD, Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions vom 11.02.2020

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.