

An das
Bundesministerium der Finanzen
Frau MDgin Dr. Elke Baumann
Leiterin der Unterabteilung IV A
Wilhelmstr. 97
10117 Berlin

ausschließlich per E-Mail

Düsseldorf, 10.09.2024

703/652

Überarbeitung der Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023 vom 6.6.2023 (VWG VP) hinsichtlich konzerninterner Finanzierungsbeziehungen (Kapitel III. J. der VWG VP) aufgrund der Neufassung des § 1 AStG GZ: IV B 3 - S 1341/19/10017 :004, DOK: 2024/0682257

Sehr geehrte Frau Dr. Baumann,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zum Entwurf der überarbeiteten Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023 hinsichtlich konzerninterner Finanzierungsbeziehungen aufgrund der Neufassung des § 1 AStG Stellung zu nehmen.

Mit den Richtlinien der OECD bestehen seit langer Zeit international anerkannte Regelungen für die Anwendung des Fremdvergleichs, die auch an neue Herausforderungen angepasst werden. Zudem entfaltet Art. 9 OECD-MA Sperrwirkung gegenüber nationalen Regelungen, die den Fremdvergleich modifizieren. Daher sehen wir unilaterale Regelungen für die Anwendung des Fremdvergleichs kritisch, weil dies insbesondere die Risiken für Doppelbesteuerungen erhöht. Des Weiteren darf nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH vom 21.01.2010 - C-311/08 Société de Gestion Industrielle SA (SGI)/État belge, Rz. 72) eine Verrechnungspreiskorrektur nicht über das hinausgehen, was die betreffenden Gesellschaften unter den Bedingungen des freien Wettbewerbs zwischen nicht verflochtenen Gesellschaften vereinbart hätten. Folglich sind unilaterale Regelungen für die Modifizierung des Fremdvergleichs auch unter einem unionsrechtlichen Gesichtspunkt als kritisch einzustufen.

Darüber hinaus stellen wir fest, dass entgegen der von Bundesregierung proklamierten Reduzierung der Aufzeichnungs- und Bürokratiepflichten für

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e. V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49(0)211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49(0)211 / 4 54 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
IBAN: DE53 3007 0010 0748 0213 00
BIC: DEUTDE33XXX
UST-ID Nummer: DE119353203

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Melanie Sack, WP StB, Sprecherin
des Vorstands;
Dr. Torsten Moser, WP;
Dr. Daniel P. Siegel, WP StB

Amtsgericht Düsseldorf
Vereinsregister VR 3850

Seite 2/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Unternehmen der Entwurf weitere, über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehende Dokumentationspflichten vorsieht. Wir regen an, diese ersatzlos zu streichen.

Der Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3d AStG bezieht sich nach dem Gesetzeswortlaut auf grenzüberschreitende Finanzierungsbeziehungen, bei denen der Zinsaufwand die im Inland steuerpflichtigen Einkünfte mindert (im Wesentlichen Inbound-Darlehen). Für uns ist nicht ersichtlich, weshalb für Inbound-Darlehen besondere Grundsätze des Fremdvergleichs gelten sollen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach Rn. 3.3 VWG VP der Fremdvergleichsgrundsatz als solcher im In- und Outboundfall einheitlich anzuwenden sein soll.

Dies vorausgeschickt, nehmen wir zu einzelnen konkreten Punkten des Entwurfs wie folgt Stellung:

Unterkapitel J.2. Finanzierungsbeziehung dem Grunde nach (§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG)

Zu Rn. 3.121

Wir regen an, die Überarbeitung der Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023 vom 6.6.2023 (VWG VP) insgesamt in Einklang mit Kapitel X der OECD-Leitlinien auszugestalten.

Nach Rn. 3.121 sind für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung bei Finanzierungsbeziehungen zwischen nahestehenden Personen die Grundsätze des Kapitels X der OECD-Leitlinien in Übereinstimmung mit § 1 Abs. 3d und § 1 Abs. 3e AStG anzuwenden. Allerdings sind Teile des Entwurfs der Überarbeitung der Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise 2023 gerade nicht in Einklang mit Kapitel X der OECD-Leitlinien. Dies gilt bspw. für Rn. 3.132., 3.133, 3.148 und 3.149 sowie für den Gedanken der Beweislastumkehr allgemein. Daher sollte die Entwurfsfassung insgesamt nochmals überprüft und bei den Randnummern angepasst werden, die derzeit noch im Widerspruch zu den OECD-Leitlinien stehen.

Zu Rn. 3.121

Wir regen an, zur Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung des Fremdvergleichsgrundsatzes und einer einheitlichen Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, klarzustellen, dass die Grundsätze für die Prüfung der Einkunftsabgrenzung bei Finanzierungsbeziehungen und insb. der Fremdvergleichsgrundsatz des § 1 Abs. 1 AStG auch auf Fälle des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f) Doppelbuchst. aa) EStG i.V. mit § 50 Abs. 1 Satz 1 EStG anzuwenden sind.

Seite 3/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Bei der Besteuerung von inländischen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. f) Doppelbuchst. aa) EStG) und den damit wirtschaftlich zusammenhängenden Finanzierungsaufwendungen (§ 50 Abs. 1 EStG) wird in Teilen der Finanzverwaltung die Auffassung vertreten, die Grundsätze des Fremdvergleichs und des Kapitels X der OECD-Verrechnungspreisleitlinien sowie der Rechtsprechung des BFH u.a. in seinen Urteilen I R 4/17 vom 18. Mai 2021 und I R 32/17 vom 9. Juni 2021 seien nicht auf Immobilien-/Objektfinanzierungen anwendbar. Diese Auffassung hat u.E. keine Rechtsgrundlage.

Zu Rn. 3.122

Wir regen an, Beispiele für Fälle der Abgrenzungsproblematik und deren Lösung aufzunehmen. Ansonsten sollte die Randnummer ersatzlos gestrichen werden.

Die sachgerechte Abgrenzung der Geschäftsvorfälle im Zusammenhang mit Finanzierungsaktivitäten soll auf Basis einer Funktions- und Risikoanalyse erfolgen. Gerade bei Finanzierungsbeziehungen (etwa bei einem Darlehensverhältnis) entstehen im Regelfall keine Abgrenzungsprobleme, da die Geschäftsbeziehung eindeutig definiert werden kann. Daher ist die Aussage der Randnummer unklar. Sie sollte entweder gestrichen werden oder für die Anwender mit Beispielen angereichert werden, bspw. dahingehend, ob es sich bei einem Cash-Pool um eine Geschäftsbeziehung handelt, oder ob eine Einzelbetrachtung für jede Position des Cash-Pools vorzunehmen ist (wobei Letzteres aus praktischen Gründen scheitern wird).

Zu Rn. 3.124

Wir regen an, klarzustellen, worauf sich die „wesentlichen Kriterien“ beziehen.

Nach dem Wortlaut der Randnummer ist denkbar, dass sich die „wesentlichen Kriterien“ entweder auf Rn. 3.123 und damit die Definition der Finanzierungsbeziehung beziehen oder die Beurteilung der steuerlichen Abzugsfähigkeit betreffen. Aus systematischer Sicht kann nur auf die steuerliche Abzugsfähigkeit abgestellt werden.

Wir begrüßen, dass in die Betrachtung der Kapitaldienstfähigkeit auch die mit dem Kapital erworbenen Wirtschaftsgüter, andere Vermögenswerte, eine mögliche Anschlussfinanzierung sowie die Risikobereitschaft bei Hochrisikofinanzierungen einbezogen werden können.

Die Glaubhaftmachung des Erbringens bzw. Bedienens soll in einer „Gesamtchau der Verhältnisse“ beurteilt werden. An dieser Stelle wäre es begrüßenswert, klar und detailliert zu definieren, wann grundsätzlich von einer Erfüllung

Seite 4/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

der Glaubhaftmachung auszugehen ist. So könnte bspw. ein Rating im Investment-Grade-Bereich als ausreichend für die Kapitaldienstfähigkeit betrachtet werden (§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG stellt auch auf das Rating ab). Für Unternehmen, die kein Rating vorliegen haben, sollte die Möglichkeit eines vereinfachten, klar definierten Nachweises ermöglicht werden, etwa aufgrund des Nachweises der Kreditwürdigkeit einer Hausbank.

Zu Rn. 3.126

Wir regen an, die strikt renditebezogene Betrachtung abzuschwächen und auch andere Möglichkeiten zum Vorhalten von Liquidität in die Betrachtung einzubeziehen. Die Dokumentation von Handlungsalternativen sollte ersatzlos gestrichen werden.

Die derzeitige Entwurfsfassung geht davon aus, dass Fremdkapital nicht aufgenommen werden würde, wenn damit nicht wenigstens eine begründete Aussicht auf eine Rendite bestehen würde, die die Finanzierungskosten deckt.

Dies berücksichtigt nicht die Erfahrungen der vergangenen Jahre, in denen Unternehmen durch externe Faktoren in Liquiditätsschwierigkeiten gekommen sind und bei denen etwa der Staat mit diversen Maßnahmen die Unternehmen anschließend mit Liquidität versorgt hat. Aufgrund dieser Erfahrungswerte ist es heute nicht unüblich, dass Unternehmen eine gewisse Liquidität durch die Aufnahme von Fremdkapital auch dann vorhalten, wenn dieses sich nicht positiv verzinst, ohne dabei die Fortführung der Geschäftstätigkeit zu riskieren. Diese Sichtweise sollte bei der Beurteilung des Finanzierungszwecks nicht nur vor dem Hintergrund einer Krisenprävention und -überwindung, sondern auch als im laufenden Betrieb gelebte Unternehmenspraxis Berücksichtigung finden. So gehört das Vorhalten von Liquidität auch zu einer strategischen Reserve, bspw. um sich am Markt ergebende Opportunitäten nutzen zu können. Tatsächlich ist es (fremd-)üblich und am Markt beobachtbar, dass Unternehmen einen erheblichen Teil ihres Vermögens in liquiden Anlagen halten und gleichfalls über einen hohen Bestand an Fremdkapital verfügen. Dies ergibt sich daraus, dass die erwartete Eigenkapitalrendite (selbst unter Einbeziehung niedrig verzinsten liquider Mittel) regelmäßig über den Refinanzierungskosten liegt und durch eine höhere Fremdfinanzierung somit die Rendite auf das eingesetzte Eigenkapital gesteigert werden kann (sog. „Leverage-Effekt“). Mit einer höheren Fremdfinanzierung steigt jedoch auch das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit bzw. bilanziellen Überschuldung und somit einer Insolvenz, weshalb das Halten eines hinreichenden Bestands an liquiden Mitteln unabdingbar ist.

Es sollte die Möglichkeit der Einführung eines Gegenbeweises bedacht werden. Dieser könnte z.B. auf Grundlage einer „Peer-Group-Analyse“ erfolgen, in der die Liquiditätsreserve vergleichbarer Unternehmen ermittelt wird.

Seite 5/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Der Gesetzeswortlaut erfordert lediglich eine Glaubhaftmachung der Erbringung des Kapitaldienstes und der Notwendigkeit der Finanzierung, jedoch nicht eine Dokumentation möglicher Handlungsalternativen. Die derzeitige Entwurfsfassung der Randnummer fordert aber genau ein solches Verhalten der Steuerpflichtigen. Wir regen an, diesen die Finanzierungsfreiheit einschränkenden Passus mangels Rechtsgrundlage ersatzlos zu streichen.

Des Weiteren ist unklar, ob der Rendite-Test durch den Klammerzusatz „*[bei der Finanzierung einer Investition]*“ nur in Fällen einer Investition greifen soll oder bei sämtlichen Finanzierungen. Dazu sollte eine Klarstellung erfolgen. Zu begrüßen ist indes, dass der Entwurf hier eine Ex-ante-Betrachtung vorsieht („Aussicht auf Rendite“).

Zu Rn. 3.127

Wir regen an, die Auffassung zu streichen, dass die Verwendung von Fremdkapital in einem Cash-Pool als regelmäßig nicht vereinbar mit dem Kerngeschäft des Unternehmens angesehen wird.

Das Aufsetzen eines Cash-Pools ist heutzutage sowohl bei nationalen als auch internationalen Unternehmensgruppen „gängige Praxis“. Dabei steht zumeist nicht die Erhöhung der Rendite im Vordergrund, sondern die Liquiditätssicherung der Cash-Pool-Teilnehmer. Des Weiteren ist das „Parken“ von Fremdkapital in der Praxis üblich, da in den wenigsten Fällen das aufgenommene Kapital unmittelbar genutzt wird, jedoch die Kosten für die Aufnahme des Kapitals durch einen Cash-Pool-Anlagezins verringert werden. Auch stellt – insbesondere durch die Erfahrungen während der Corona-Pandemie – das Vorhalten einer Liquiditäts- und strategischen Cash-Reserve bei Unternehmen durchaus einen Teil der Risikovorsorge dar.

Des Weiteren ist unklar, ob das Vorhalten von Liquidität in den Fällen akzeptiert wird, in denen in Ermangelung einer Investition keine renditebezogene Betrachtung erfolgen muss. Diesbezüglich bitten wir um eine Klarstellung, ob und wie sich gegebenenfalls der Klammerzusatz in Randnummer 3.126 „*[für eine Investition]*“ auswirkt.

Sofern an der dargestellten Auffassung festgehalten wird, stellt sich für eine Vielzahl von Unternehmen, die einen Cash-Pool gebildet haben, die Frage nach der Anwendung des § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) AStG.

Hingegen begrüßen wir die Klarstellung, dass eine Darlehensaufnahme für Zwecke einer Gewinnausschüttung grundsätzlich nicht dem Unternehmenszweck widerspricht.

Zu berücksichtigen sind in diesem Sachzusammenhang auch etwaige Devisenanlagen, um Wechselkursschwankungen begegnen zu können.

Seite 6/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Zu Rn. 3.129

Wir regen an, den Zeitpunkt der Glaubhaftmachung der Aufzeichnungspflichten in die Randnummer aufzunehmen. Der Zeitpunkt kann dabei nur der Beginn der Finanzierungsbeziehung sein („Ex-ante-Perspektive“).

§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG sieht vor, dass ein Steuerpflichtiger den Kapitaldienst für die gesamte Laufzeit dieser Finanzierungsbeziehung von Anfang an hätte erbringen können und die Finanzierung wirtschaftlich benötigt und für den Unternehmenszweck verwendet wird. In Rn. 3.129 legt die Finanzverwaltung dar, welche Dokumentationspflichten der Steuerpflichtige im Einzelnen hat. Dazu gehört der Nachweis,

- ob und wie der Kapitaldienst erbracht werden kann,
- dass der Kapitaldienst wie vereinbart erbracht wird und
- welcher Zweck mit dem überlassenen Kapital verfolgt und wie das Kapital verwendet wird.

Die Randnummer enthält allerdings keine Aussage darüber, wann die dargestellten Anforderungen glaubhaft zu machen sind. Unseres Erachtens hat der Steuerpflichtige ausschließlich für den Zeitpunkt des Beginns der Begründung der Finanzierungsbeziehung die Glaubhaftmachung, also aus einer „Ex-ante-Perspektive“ vorzunehmen.

Zu Rn. 3.130

Wir regen an klarzustellen, welche Kosten in die Einkünftekorrektur einzubeziehen sind.

Zunächst begrüßen wir, dass nur der fremdunübliche Teil der Finanzierungsbeziehung rückgängig gemacht wird.

Unklar bleibt allerdings, welche Kosten der Einkünftekorrektur des § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 1 AStG unterliegen. Es ist insbesondere unklar, inwieweit Bereitstellungszinsen, Vorfälligkeitsentschädigungen und Kreditnebenkosten in die (anteilige) Einkünftekorrektur einzubeziehen sind.

Unterkapitel J.3. Fremdüblicher Zinssatz (§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG)

Zu Rn. 3.132 & 3.133

Wir regen an, die Kriterien für die Herleitung der Einzel-Ratings zu konkretisieren.

Randnummer 3.132 stellt, neben weiteren Faktoren, bei der Bemessung der Vergütung insbesondere auf die Bonität und somit auf das Einzel-Rating des Darlehensnehmers ab und verweist daneben auch auf Kapitel X der OECD-

Seite 7/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Leitlinien. Diese Ausführungen stehen sowohl mit der Rechtsprechung des BFH als auch mit den Leitlinien der OECD im Einklang.

Dem gegenüber stellt § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG als auch Rn. 3.133 für den Fremdvergleichsgrundsatz auf die Bonität der Unternehmensgruppe ab („Gruppen-Rating“) und widerspricht somit der Auffassung der OECD in Kapitel X und dem BFH-Urteil vom 18. Mai 2021 (I R 4/17), wonach auf ein Stand-Alone-Rating als Ausgangspunkt abgestellt werden soll, welches in Abhängigkeit vom Grad der Einbindung in die Unternehmensgruppe bzw. der Ausprägung des Konzernrückhaltes in Richtung des Gruppen-Ratings anzupassen sein kann (sog. Bottom-up-Ansatz). In DBA-Fällen sollte daher die Verwendung eines Stand-Alone-Ratings generell zugelassen werden, da § 1 Abs. 3d kein Treaty Override enthält.

Nach § 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 Satz 2 AStG besteht für den Steuerpflichtigen die Möglichkeit des Nachweises, dass auch ein abgeleitetes Rating dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht. In der Praxis werden Steuerpflichtige nur ein schlechteres Rating als das Gruppen-Rating nachweisen. Der Auffassung der Finanzverwaltung, wonach im Falle einer besseren Bonität der einzelnen Gesellschaft dieses Rating für die Bestimmung des Fremdvergleichs zu Grunde zu legen ist, widerspricht dem Gesetzeswortlaut und sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

Des Weiteren ist unklar, ob ein zusätzliches Einzelrating erforderlich ist, um es mit dem Gruppen-Rating zu vergleichen. Auch dies wäre vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Zudem ist unklar, wie ein mögliches Einzel-Rating herzuleiten wäre.

Für die Anwendung der Norm erscheint es – unter Berücksichtigung international anerkannter Grundsätze – notwendig, sich für eine Betrachtungsweise – entweder Abstimmung auf das Gruppen-Rating oder Stand-Alone-Rating – zu entscheiden und diese dann auch konsequent, unter Beachtung der Möglichkeit zum Nachweis eines schlechteren Ratings, welches dennoch dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht, umzusetzen.

Die Ausführungen in Rn. 3.133 stehen unseres Erachtens in Widerspruch zu Rn. 3.140 f. In den dort aufgeführten Beispielen wird ein sog. „Bottom-up-Ansatz“ explizit zugelassen.

Zu Rn. 3.134

Wir regen an, die Formulierung „Abschluss der Unternehmensgruppe sowie der Planung für die Unternehmensgruppe“ zu präzisieren.

Es ist derzeit unklar, welcher Rechnungslegungsstandard dem Abschluss zugrunde liegen muss.

Seite 8/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Zudem wird der Begriff des Gruppen-Ratings mit dem des Konzern-Ratings gleichgestellt. Offen bleibt, wie zu verfahren ist, wenn zwar eine nahestehende Person i.S.d. § 1 Abs. 2 AStG vorliegt, diese Person aber keine Konzernzugehörigkeit (etwa mangels beherrschender Beteiligung nach § 290 HGB) hat. Insbesondere bedarf es einer Präzisierung, ob Finanzkennzahlen eines solchen Unternehmens in das Rating einfließen dürfen.

Zu Rn. 3.135

Wir regen an, den Begriff der Unternehmensgruppe zu definieren.

Rn. 3.135 bezieht sich auf die Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Rating-Agenturen. Diese Verordnung enthält keine Definition des Begriffs Unternehmensgruppe und bezieht sich – neben weiteren Rating-Möglichkeiten – allenfalls auf die Möglichkeit, Ratings auf Basis konsolidierter Konzernabschlüsse zu erstellen. Weder werden alle im Inland ansässigen Steuerpflichtigen in einem Konzern finanziell konsolidiert, noch sind die typischen Beteiligungsstrukturen einheitlich. In vielen Praxisfällen fällt es schwer, eine einheitliche Unternehmensgruppe für Zwecke eines Ratings zu erfassen, etwa im Fall von mehrheitlichem Anteilsbesitz von Investmentfonds oder Private-Equity-Gesellschaften. Die Herleitung eines Unternehmens-Ratings ist für diese Fälle unsachgemäß oder ggf. nicht möglich. Daher kann es sich etwa anbieten, die Definition einer Unternehmensgruppe für Zwecke der Ermittlung von Ratings zu öffnen und operative Einheiten, Teilkonzerne, Zwischen-Holdings o.ä. heranziehen zu können.

Zu Rn. 3.136

Wir regen an, die Herleitung des Gruppen-Ratings anhand der Finanzierungskosten der Unternehmensgruppe gegenüber fremden Dritten zu spezifizieren.

Liegt weder für die Unternehmensgruppe noch für die oberste Gruppengesellschaft ein Rating vor, wird es aus Vereinfachungsgründen akzeptiert, dass das Gruppen-Rating anhand der Finanzierungskosten der Unternehmensgruppe gegenüber fremden Dritten bestimmt wird.

Um hier in Zukunft Diskussion zwischen Betriebsprüfung und Steuerpflichtigen möglichst zu vermeiden, sollten die Kriterien für die „Herleitung“ eines entsprechenden Ratings konkretisiert werden. Denkbar wäre z.B. die Herleitung unter Zuhilfenahme von Zinsstrukturdaten, wengleich hierbei ein Vergleich von z.B. Rang und Besicherung nebst Anpassung wohl unumgänglich wäre.

Seite 9/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Zu Rn. 3.139

Wir regen an, die einzelnen Aspekte der Analyse des Konzernrückhalts zu gewichten.

In Rn. 3.139 werden nicht abschließende Kriterien für die Analyse des Konzernrückhalts aufgeführt. Aus der Auflistung geht allerdings nicht hervor, in welcher Form die einzelnen Teilbereiche von Seiten der Finanzverwaltung gewichtet werden. Mit der Analyse des Konzernrückhalts geht daher ein immenser Dokumentationsaufwand einher, ohne dass dieser dabei im Gegenzug Rechtsicherheit schafft. Insbesondere ist nicht abzusehen, welchen Teilbereichen das BMF welche Bedeutung beimessen wird. Daher schlagen wir zu Vereinfachungszwecken Folgendes vor:

- Die jeweiligen Faktoren müssen gewichtet werden, sodass errechenbar wird, um wie viele Notches auf der jeweiligen Ratingskala das Adjusted-Stand-Alone-Rating, das Gruppen-Rating sowie das Stand-Alone-Rating voneinander divergieren. So haben etwa sowohl die Rating-Agenturen Moody's (vgl.: [Moody's Parent-Group-Support-Framework-At-A-Glance](#)) als auch Standard & Poors eine Skala zur Bestimmung eines Konzernrückhalts (engl: implicit support) entwickelt.
- Daher ist zu erwägen, die Veröffentlichungen beider Rating-Agenturen mit ihren detaillierten und spezifischen Regelungen in Bezug zu nehmen oder alternativ allgemein auf diese Prinzipien der Rating-Agenturen zu verweisen.
- Zudem könnte der Hinweis aufgenommen werden, dass die Bestimmung eines Einzel-Ratings unter Beachtung von Konzernwirkungen ebenfalls als ausreichend anzusehen ist und hierfür (bei Verwendung eines Tools) die Skalen aus Rn. 3.141 nicht zu beachten sind.
- Aus Gründen der Praktikabilität wäre es zudem zu bevorzugen, wenn z.B. mittelständische Unternehmen, die sich über Bankkredite finanzieren, einen dem Rating vergleichbaren Ausgangspunkt, also z.B. Bankreferenzen der Hausbank, heranziehen dürften.

Zu Rn. 3.141

Wir regen an, klarzustellen, dass durch den Nachweis der strategischen Bedeutung des Darlehensnehmers der Nachweis für ein vom Gruppen-Rating abweichendes Rating als erbracht gilt.

§ 1 Abs. 3d Satz 1 Nr. 2 AStG bestimmt in Abweichung von der Rechtsprechung des BFH, dass eine Einkünftekorrektur zu erfolgen hat, soweit ein Zinssatz zu Grunde gelegt wird, der den Zinssatz übersteigt, durch den sich der Steuerpflichtige bei Zugrundelegen eines Gruppen-Ratings gegenüber fremden

Seite 10/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Dritten finanzieren könnte. Bei Nachweis des Fremdvergleichsgrundsatzes durch ein abgeleitetes Gruppen-Rating kann der Zinssatz auch von dem des Gruppen-Ratings abweichen.

Der Entwurf von Rn. 3.141 enthält eine tabellarische Übersicht in Anlehnung an eine Veröffentlichung der Rating-Agentur Standard & Poors (ohne die Berücksichtigung der von Standard & Poors veröffentlichten sehr viel detaillierteren und spezifischen Regelungen), in der die Anwendung von Rating-Kennzahlen in Abhängigkeit von der strategischen Bedeutung des Darlehensnehmers für die Unternehmensgruppe dargestellt wird. Durch die Glaubhaftmachung der strategischen Bedeutung des Darlehensnehmers für die Unternehmensgruppe ist nach unserem Verständnis der Nachweis für ein vom Gruppen-Rating abweichendes, aber dennoch dem Fremdvergleichspreis entsprechendes Rating abschließend erbracht.

Zu Rn. 3.146

Wir regen an, die Regelung zum Bestandsschutz zu modifizieren und darüber hinaus eine inhaltlich identische Regelung für „Altfälle“ auch für Fälle des § 1 Abs. 3e AStG aufzunehmen.

Wir begrüßen die Klarstellung in Rn. 3.146, dass § 1 Abs. 3d AStG nicht für Anwendungen anzuwenden ist, die auf Finanzierungsbeziehungen beruhen, die vor dem 1. Januar 2024 zivilrechtlich vereinbart wurden und deren tatsächliche Durchführung vor dem 1. Januar 2024 begonnen hat.

Die Bestandsschutzregelung sollte allerdings noch modifizierend ergänzt werden. Soweit es zu einer wesentlichen Änderung des Dauerschuldverhältnisses nach dem 31. Dezember 2023 kommt, sollte § 1 Abs. 3d AStG nur für nach der wesentlichen Änderung entstandene Zinsaufwendungen Anwendung finden

Gleiches gilt für den Fall der Fortführung des unveränderten Darlehensverhältnisses über den 31. Dezember 2024 hinaus. Hier sollte zumindest eine Nichtanwendung des § 1 Abs. 3d AStG für bis zu diesem Zeitpunkt entstandene Aufwendungen in Erwägung gezogen werden. Zum selben Ergebnis würde man kommen, wenn das Dauerschuldverhältnis zum 31. Dezember 2024 beendet und ein neues Dauerschuldverhältnis begründet worden wäre.

Darüber hinaus sollte erwogen werden, ob nicht auch vor dem 1. Januar 2024 begründete Darlehensverhältnisse dann nicht an die Vorgaben des § 1 Abs. 3d AStG angepasst werden müssen, wenn diese eine längere Laufzeit haben und der Darlehensnehmer unter Berücksichtigung der Kündigungsbedingungen der Darlehensvereinbarung rechtlich nicht in der Position ist, eine Vertragsanpassung oder Beendigung des Dauerschuldverhältnisses herbeizuführen. Sonst werden die Vertragspartner zu einer dem Fremdvergleichsgrundsatz

Seite 11/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

widersprechenden Beendigung gezwungen, die unter Beachtung des § 1 Abs. 3d AStG nicht gefordert werden kann.

Zudem sollte analog zur Anwendungsregelung des § 52 Abs. 8d EStG zu § 4k EStG keine Vertragsanpassung bzw. Beendigung des Dauerschuldverhältnisses gefordert werden, wenn diese zwar rechtlich möglich, aber nur unter Inkaufnahme wesentlicher Nachteile zu erreichen wäre (z.B. in Folge eines zwischenzeitlich erheblich gestiegenen Zinssatzes). Denn in diesem Fall droht im Fall der Neuvereinbarung eines Darlehensverhältnisses die Annahme einer vGA. In diesen Fällen sollte es daher auch bei Fortführung des unveränderten Dauerschuldverhältnisses über den 31. Dezember 2024 hinaus bei der Nichtanwendung des § 1 Abs. 3d AStG bleiben.

Wir regen an, aus Gründen der Rechtssicherheit für die Anwendungsregelung eine gesetzliche Grundlage zu schaffen.

Zudem sollte eine solche Regelung zum Bestandsschutz auch für Fälle des § 1 Abs. 3e AStG aufgenommen werden.

Unterkapitel J.4. Finanzierungsbeziehungen als funktions- und risikoarme Dienstleistung (§ 1 Abs. 3e AStG)

Zu Rn. 3.147

Wir regen an, klarzustellen, welche Anforderungen von der Finanzverwaltung an die Risikokontrolle im Rahmen einer Finanzierungsbeziehung gestellt werden.

Handelt es sich bei der das Darlehen ausgebenden Gesellschaft und der Gesellschaft, die die tatsächliche Kontrolle der damit verbundenen Funktionen oder Risiken innehat, um unterschiedliche Gesellschaften, wird eine weitere Transaktion zwischen der Finanzierungsgesellschaft und der Gesellschaft, die die tatsächliche Kontrolle der mit der Ausreichung des Darlehens verbundenen Funktionen oder Risiken ausübt, fingiert.

Hier sei darauf hingewiesen, dass § 1 Abs. 3e AStG lediglich die Tätigkeit einer Finanzierungsgesellschaft als funktions- und risikoarm definiert, nicht aber eine eigenständige Korrektornorm darstellt. Daher ist Voraussetzung für die allein in Frage kommende Einkünftekorrektur nach § 1 Abs. 1 AStG, dass zwischen der funktionsschwachen Finanzierungsgesellschaft und der Konzerngesellschaft, die die Funktionen und Risiken kontrolliert, eine Geschäftsbeziehung i.S.v. § 1 Abs. 4 AStG vorliegt. Diese wird durch die Regelung des § 1 Abs. 3e AStG nicht fingiert und ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift.

Die Vergütung der Gesellschaft, die die tatsächliche Kontrolle der mit der Ausreichung des Darlehens verbundenen Funktionen oder Risiken ausübt,

Seite 12/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

bestimmt sich entsprechend den Ausführungen im Entwurfsschreiben nach der Differenz zwischen dem fremdüblichen Zinssatz und der risikolosen Rendite. Nach Ansicht des BFH handelt es sich bei der Vergütung einer solchen fiktiven Transaktion um die Vergütung für den finanziellen Konzernrückhalt. Fraglich ist jedoch, ob die Vergütung der Finanzierungsgesellschaft in jedem Fall auf eine risikolose Rendite beschränkt ist.

Vor diesem Hintergrund sollte im finalen Schreiben konkretisiert werden, welche Anforderungen an die Risikokontrolle im Rahmen der Finanzierungsbeziehung zu stellen sind.

Ergänzend bleibt unklar, wie zu verfahren ist, wenn bspw. mit der Gesellschaft, die die Risikokontrolle ausübt, eine Refinanzierung erfolgt. Unseres Erachtens bleibt dann kein Raum für eine fiktive Geschäftsbeziehung, sondern auf eine solche Transaktion wäre wiederum § 1 Abs. 3d AStG anzuwenden.

Offen ist in diesem Fall, wie zu verfahren ist, wenn aufgrund von Rating-Unterschieden (etwa aufgrund unterschiedlicher strategischer Relevanz für die Unternehmensgruppe) abweichende Zinssätze anzusetzen sind.

Zu Rn. 3.147

Wir regen an, klarzustellen, welche Rechtsfolgen § 1 Abs. 3e (i.V.m. § 1 Abs. 1 AStG) sowohl bei der funktionsschwachen Finanzierungsgesellschaft als auch bei der die tatsächliche Kontrolle ausübenden Konzerngesellschaft hat.

In Rn. 3.147 wird (lediglich) ausgeführt, dass eine (weitere) Transaktion zwischen der funktionsstarken und funktionsschwachen Konzerngesellschaft mit der Folge vorliege, dass der Ersteren eine Vergütung zuzuordnen ist. Unklar bleibt, ob dies zugleich dazu führt, dass bei der funktionsschwachen Finanzierungsgesellschaft eine Einkünfterminderung anzunehmen ist und auf welcher Rechtsgrundlage diese beruht (da § 1 Abs. 1 AStG als Rechtsfolge nur die Erhöhung von Einkünften vorsieht, kann diese wohl nur aus der Wirkung von DBA resultieren).

Offen lassen die Ausführungen in Rn. 3.147 weiterhin, welcher Art die aus der angenommenen Vergütung resultierenden Einkünfte sind. Wir regen daher an, dies in Rn. 3.147 klarzustellen, wobei wir davon ausgehen, dass es sich bei der angenommenen Transaktion wohl nur um eine Dienstleistung handeln kann, nicht aber um eine weitere Darlehensbeziehung, sodass insoweit auch in Bezug auf die Aufwendungen keine Zinsen vorliegen, die dem § 4h EStG unterfallen.

Schließlich regen wir an, zu einem Fall des § 1 Abs. 3e AStG Stellung zu nehmen, in dem sowohl die die Funktionen und Risiken kontrollierende

Seite 13/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

Gesellschaft als auch die „funktionsschwache“ Finanzierungsgesellschaft im Inland ansässig sind.

In Rn. 3.147 wird ausgeführt, dass eine weitere Transaktion zwischen der funktionsstarken Konzerngesellschaft und der funktionsschwachen Finanzierungsgesellschaft vorliegt, die entsprechend zu vergüten ist, wenn die Konzerngesellschaft, die die Funktionen und Risiken kontrolliert, eine inländische Gesellschaft ist.

Offen bleibt jedoch, ob und auf welcher Rechtsgrundlage eine entsprechende Anpassung der Einkünfte zu erfolgen hat, wenn es sich sowohl bei der funktionsschwachen Finanzierungsgesellschaft als auch bei der Konzerngesellschaft, die die Funktionen und Risiken tatsächlich kontrolliert, um eine inländische Gesellschaft handelt.

Eine Korrektur nach den Grundsätzen des § 1 AStG sollte ausscheiden, da eine bestehende Geschäftsbeziehung zwischen den beiden Gesellschaften nicht grenzüberschreitend wäre. Für den Fall, dass die die tatsächliche Kontrolle ausübende Konzerngesellschaft an der funktionsschwachen Finanzierungsgesellschaft beteiligt ist, ließe sich zwar grundsätzlich über eine Korrektur nach den Grundsätzen der verdeckten Einlage nachdenken. Mangels der Einlagefähigkeit des Vermögensvorteils kommt eine solche Korrektur jedoch u.E. nicht in Betracht.

Zu Rn. 3.148

Wir regen die vollständige Streichung der Randnummer an.

§ 1 Abs. 3e AStG verdeutlicht, unter welchen Bedingungen Finanzierungsbeziehungen eine funktions- und risikolose Dienstleistung darstellen. Abweichend kann entsprechend § 1 Abs. 3e Satz 3 AStG mittels einer Funktions- und Risikoanalyse der Nachweis erbracht werden, dass es sich nicht um eine funktions- und risikoarme Dienstleistung handelt. Die Finanzverwaltung unterstellt dies bspw. für den Banken- und Versicherungsbereich.

Die von der Finanzverwaltung dargelegte Auffassung lässt insgesamt auf (sehr) hohe Anforderungen für den Gegenbeweis einer nicht funktions- und risikoarmen Dienstleistung im Rahmen von Finanzierungsbeziehungen schließen. So wird im Entwurfsschreiben unter Verweis auf die OECD-Leitlinien die Auffassung vertreten, dass die Finanzierungsfunktion im Regelfall als Unterstützungsfunktion für das wertschöpfende Kerngeschäft anzusehen ist.

Dies unterschlägt unter anderem, dass in den OECD-Leitlinien die Verwaltung von Konzernfinanzen als wichtig und potenziell komplex angesehen wird (Rn. 10.39). Die OECD erkennt zudem an (Rn. 10.40), dass eine zentralisierte Treasury-Funktion vollständige Kontrolle über die Finanztransaktionen eines

Seite 14/14 zum Schreiben vom 10.09.2024 an das Bundesministerium der Finanzen

(multinationalen) Konzerns haben kann. Finanztransaktionen werden explizit nicht als Routinefunktionen mit geringer Wertschöpfung qualifiziert (Rn. 7.47).

Ebenso verstößt die zu Grunde gelegte Auffassung gegen die Rechtsprechung des BFH (BFH vom 18.05.2021, I R 4/18, BStBl. II 2023, 678). Auch die überwiegend in der Literatur vertretene Auffassung ist nicht mit der im Entwurfs-schreiben vertretenen Auffassung in Einklang zu bringen. Wir regen daher an, die Ausführungen in Rn. 3.148 ersatzlos zu streichen.

Zu Rn. 3.149

Wir regen an, das vorgesehene Vorgehen vor dem Hintergrund der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und des Fremdvergleichsgrundsatzes aus Art. 9 OECD-MA zu überdenken.

In der Gesamtschau erwecken die Ausführungen den Eindruck, dass an den Gegenbeweis bei Ansässigkeit im Ausland sehr hohe Anforderungen gestellt werden, im Inlandsfall jedoch tendenziell eher von funktionsstärkeren Finanzierungsgesellschaften ausgegangen wird. Vor dem Hintergrund der o.g. allgemeinen Grundsätze ist dies abzulehnen.

Zu Rn. 3.150

Wir regen an, den Widerspruch bei der Ermittlung der Vergütung für den Cash Pool-Leiter aufzulösen.

Die Rn. 3.129 ff a.F. sollen in die Rn. 3.150 n.F. überführt werden. Rn. 3.131 a.F. führt aus, dass Cash-Pooling eine Routinetätigkeit sei und der Cash Pool-Leiter damit unter Anwendung einer kostenorientierten Methode ohne Einbezug der Refinanzierungskosten zu vergüten ist. Dies widerspricht der Entwurfsfassung der Rn. 3.147, wonach sich die Vergütung – unter der Voraussetzung, dass der Cash-Pool unter § 1 Abs. 3e AStG zu fassen ist – nur nach einer risikolosen Rendite richten soll. Unseres Erachtens wäre hier aus ökonomischen Gründen einer kostenorientierten Vergütung der Vorzug zu geben.

Zur vertiefenden Erörterung stehen wir selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Moser

Brokamp, LL.M. Int'l. Tax (N.Y.U.),
RA (Syndikus-RA)
Technical Director Tax