

Steuerfachtagung 2018

Thema 4

Grenzüberschreitende Unternehmensfinanzierung – Fremdvergleichsanforderungen, Zinshöhe, Gewerbesteuer

**Referent: RA/StB Dr. Norbert Schneider,
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP**

**Kommentator: Dr. Ingo van Lishaut,
Finanzministerium NRW**

A. KONZERNINTERNE FINANZIERUNG

Die Darlehensvergabe durch Konzernfinanzierungsgesellschaften ist ein gängiges und grundsätzlich einfaches Finanzierungsmittel im Konzernverbund. Konsolidiert betrachtet – aus Sicht der Gruppe / des Konzerns – ist die Darlehensbeziehung zwischen verbundenen Unternehmen irrelevant; aus Sicht der einzelnen Gesellschaft kommt es durch die Vergabe von Darlehen dagegen zu einer Verlagerung von Aufwand und Ertrag. Während die darlehensgebende Konzernfinanzierungsgesellschaft Zinserträge generiert, hat die darlehensempfangende Gesellschaft Zinsaufwand, den sie grundsätzlich als Betriebsausgaben geltend machen kann (wobei aber bestimmte Beschränkungen gelten, wie insbesondere die Zinsschranke, §§ 4h EStG, 8a KStG, sowie die gewerbsteuerlichen Hinzurechnung, § 8 Nr. 1 lit.) a GewStG).

Für die Anerkennung des Aufwands bei der Darlehensnehmerin kommt es bei konzerninternen Darlehen oft auf die Fremdüblichkeit der Bedingungen an. Das Darlehen ist dann fremdüblich vereinbart, wenn es mit diesen Bedingungen auch unter fremden Dritten vereinbart worden wäre. Sollte dies bei verbundenen Unternehmen nicht der Fall sein, kann ggfls. (auch im Inlandsfall) eine verdeckte Gewinnausschüttung (**vGA**) vorliegen (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG), bei grenzüberschreitenden Sachverhalten kommt u.U. auch eine Korrektur nach § 1 Abs. 1 S. 1 AStG in Betracht. In letzteren Fall sind zudem (auch zum Nachweis der Fremdüblichkeit) die erhöhten Nachweis- und Dokumentationspflichten nach § 90 Abs. 2 AO zu beachten.

B. GRUNDFALL

I. SACHVERHALT

Fall nach FG Münster, Urteil v. 7.12.2016 – 13 K 4037/13 K, F:

Die deutsche X-GmbH hat von ihrer niederländischen Schwestergesellschaft Y-BV verschiedene Darlehen erhalten. Y-BV ist eine Konzernfinanzierungsgesellschaft, die i.d.R. von der ausländischen Konzernmuttergesellschaft (M) finanziert wird (mit Eigenkapital und durch Darlehensvergabe aus eigener Refinanzierung der M am Markt). Die Funktionen und dementsprechend auch Sach- und Personalkosten der Y-BV sind gering.

Die X-GmbH finanziert sich außerdem durch externe Bankdarlehen, welche durch Garantien der Konzernmutter M besichert sind.

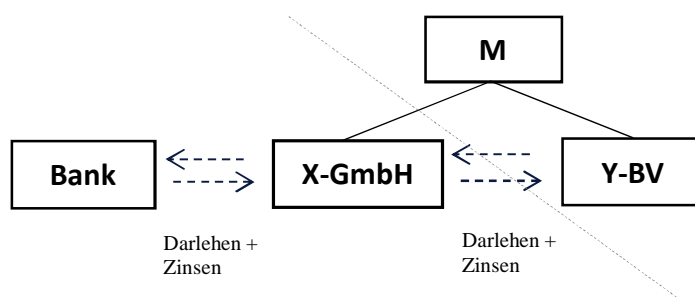
Die von der X-GmbH geschuldeten Zinssätze der externen und konzerninternen Finanzierung variieren. Dabei liegt der Zinssatz der Darlehen der Schwestergesellschaft zwischen 5,5 und 6,3 %, der Zinssatz der externen Bankdarlehen zwischen 2,6 und 4,9 %.

Y-BV und X-GmbH haben die Fremdüblichkeit der konzerninternen Finanzierung durch einen externen Preisvergleich mittels Bonitätsprüfung einer von S&P lizenzierten Bonitäts-Software und anschließender Suche von Anleihen vergleichbarer Einstufung bei Bloomberg dokumentiert.

Die Betriebsprüfung nimmt eine verdeckte Gewinnausschüttung an, weil der an Y-BV gezahlte Zins zu hoch sei; die Y-BV sei keine Bank, sondern lediglich Durchlauf-Dienstleister ohne Risiko, daher sei der Zins nur nach der Kostenaufschlagsmethode zu ermitteln.

Ist diese Auffassung richtig? Was kann die X-GmbH in Zukunft verbessern?

Skizze:



II. LÖSUNGSVORSCHLAG

Falls der an die Schwestergesellschaft gezahlte Zins tatsächlich nicht fremdüblich sein sollte, so ist der Zins zu korrigieren. Mögliche Rechtsgrundlagen für eine Korrektur sind sowohl § 8 Abs. 3 S. 2 KStG (verdeckte Gewinnausschüttung, *vGA*), sofern eine Einkommensminderung (z.B. aufgrund zu hoher Zinsen) durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, als auch § 1 Abs. 1 AStG, falls fremdunübliche Bedingungen mit der verbundenen Schwester-Gesellschaft vereinbart wurden.

Die beiden Regelungen stehen grundsätzlich nebeneinander. Sie setzen in einer solchen Konstellation jeweils im Ergebnis voraus, dass das inländische Unternehmen einen fremdüblich zu hohen Preis zahlt.

Für die Bestimmung von Fremdvergleichspreisen kommen verschiedene Vergleichsmethoden in Betracht: interne oder externe Preisvergleichsmethode, Kostenaufschlagsmethode, sowie Wiederverkaufspreismethode. Zwischen den Methoden besteht grundsätzlich kein festgelegtes Rangverhältnis. Auch der BFH sieht grundsätzlich eine gleichberechtigte Anwendung nebeneinander¹.

Bei der Ermittlung des „fremdüblichen“ Preises ist allerdings zu beachten, dass es häufig für die betreffende Leistung nicht „den“ Fremdvergleichspreis gibt, sondern es vielmehr eine Bandbreite von fremdüblichen Preisen geben wird. In einem solchen Fall ist bei der Berechnung der vGA grundsätzlich von dem für den Steuerpflichtigen günstigsten Vergleichspreis auszugehen²; es gilt keine (in der Praxis der Betriebsprüfung aber öfter behauptete) „Mittelwertmethode“. Dabei sind allerdings mittlerweile auch – soweit anwendbar – die Regeln des § 1 Abs. 3 AStG zu berücksichtigen.

Die Y-BV und X-GmbH haben den Preis nach der sog. Preisvergleichsmethode ermittelt, und zwar nach externem Preisvergleich. Dabei wurden die Finanzierungskosten von anderen Gesellschaften mit vergleichbarem Rating bei Anleihenfinanzierung herangezogen. Die Preisvergleichsmethode setzt voraus, dass die zu vergleichenden Leistungsbeziehungen grundsätzlich im Wesentlichen vergleichbar sind.

Bei Krediten sind die wesentlichsten preis- bzw. zinsbildenden Faktoren auch im Markt die Bonität der (hier inländischen) Schuldnergesellschaft, unter Berücksichtigung tatsächlich vorhandener Sicherheiten, der Kreditlaufzeit sowie dem Marktzinsniveau. Der Rückhalt im Konzern ist nach neuerer BFH-Rechtsprechung nicht relevant, um eine bessere Werthaltigkeit (und damit niedrigere Zinsen) einfach zu unterstellen³.

Sofern die finanzierte inländische Gesellschaft auch Darlehen externer Banken o.ä. erhält, kommt grundsätzlich auch ein sog. interner Preisvergleich in Betracht. Allerdings ist fraglich, inwieweit diese Darlehen überhaupt oder zumindest eingeschränkt vergleichbar sind. Relevant ist hier oftmals, ob diese nicht eine so (ggfls. deutlich) bessere Sicherungsstruktur haben (insbesondere vorgehender Rang, ggfls. auch werthaltige Kreditsicherheiten). Dies ist in der Praxis bei Bankendarlehen in der Regel der Fall sein, so dass u.E. nur eine (u.U. sehr) eingeschränkte Vergleichbarkeit vorliegt; der niedrigere „Banken-Zins“ kann dann nicht – jedenfalls nicht ohne wesentliche Anpassungen – auf die (i.d.R. nachrangigeren und nicht besicherten) konzerninternen Darlehen angewandt werden⁴; hier fehlt gerade die Vergleichbarkeit der wesentlichen Kreditkriterien. Insofern sind diese Preise nicht heranzuziehen, bzw. Korrekturen notwendig.

¹ BFH Urteil vom 17.10.2001 – I R 103/00, BStBl. II 2004, 171 m. w. N.

² Grundlegend BFH vom 17.10.2001, I R 103/00, BStBl. II 2004, S. 171; BMF vom 19.5.2014, BStBl. I 2014, S. 838, Verrechnungspreise Glossar, Stichwort „Bandbreite“.

³ BFH Urt. v. 24.6.2015 – I R 29/14, DStR 2015, 2120.

⁴ Anders, aber wenig verständlich FG Köln v. 29.6.2017, EFG 2017, 1812.

In der Praxis (insbesondere dann, wenn die inländische Schuldnergesellschaft gar keine externe Finanzierung durch z.B. Banken hat) werden oft externe Preisvergleiche vorgenommen (insbesondere durch große WP-Gesellschaften), bei denen (i) die Bonität der deutschen Schuldnergesellschaft mittels einer Bonitätsprüfung aufgrund einer Rating-Software einer großen Ratingagentur ermittelt wird, und (ii) ein Vergleich mit öffentlich bekannten Finanzierungen (i.d.R. Anleihen), dokumentiert in Datenbanken, herangezogen werden. Dieser Ansatz ist international durchaus weit verbreitet. Allerdings ist die genaue Funktionsweise der Bonitätseinstufung nicht im Detail bekannt, sondern Geschäftsgeheimnis der Lizenzgeber (Ratingagentur). Dies führt oft zu Diskussionen in Betriebsprüfungen, insbesondere wenn die Funktionsweise und der Prozess der Ermittlung nicht oder kaum dokumentiert sind. Bei größerer Intransparenz sind derartige Ermittlungen schon verworfen worden⁵.

Das FG Münster hat in einem Urteil aus 2016⁶ die Preisvergleichsmethode nur anwenden wollen, wenn die konzerninterne Finanzierungsgesellschaft mit einem am Markt tätigen Kreditinstitut vergleichbar ist. Ist dies nicht der Fall, liege keine Darlehensvergabe, sondern eine bloße Kapitalbeschaffungsdienstleistung vor, für die die Preisvergleichsmethode nicht greife, sondern die Kostenaufschlagsmethode („cost plus“) zur Anwendung kommen müsse⁷. Vergleichskriterium nach dem FG Münster soll die Ausgestaltung des Geschäftsbetriebs (Filialnetz und Mitarbeiterzahl) sowie die Zielsetzung der Gesellschaft sein⁸. Im Streitfall liege keine Vergleichbarkeit mit einem Kreditinstitut (kein Filialnetz, nur wenige Mitarbeiter) vor, die Gesellschaft sei anders als eine am Markt tätige Bank lediglich auf das Erzielen von Finanzierungsvorteilen für den Konzern ausgerichtet.

Diese Auffassung ist u.E. deutlich zu eng. Die Revision wurde zugelassen und eingelegt (Az.: BFH I R 4/17). Insgesamt stellt die Entscheidung zu sehr auf die Kreditgeberin ab. Falls diese sich günstig (re)finanziert, gerade auch mit Eigenkapital und mit Konzernsicherheiten, muss dies nicht zwingend auch der deutschen Schwester-Gesellschaft zu Gute kommen und ihr faktisch zugerechnet werden. Damit wird die Selbständigkeit der deutschen X-GmbH ignoriert und eine „wirtschaftliche Konzernfinanzierungs-Sicht“ eingenommen; diese ist dem deutschen Steuerrecht fremd, falls sie nicht speziell angeordnet wird (z.B. beim „Konzern-Escape i.R.d. der Zinsschranke). Sie widerspricht indirekt u.E. auch der BFH-Rechtsprechung, dass nicht einfach ein Rückhalt im Konzern unterstellt werden dürfe⁹.

Bis auf weiteres ist u.E. weiterhin davon auszugehen, dass externe Preisvergleiche mit der o.g. geschilderten Methode (Kreditwürdigkeitsanalyse und Datenbankvergleich

⁵ Vgl. FG Köln, Urt. v. 14.11.2013 – 10 K 2558/11, DStRE 2015, 159, allerdings zur – strengeren – Frage, ob der Drittvergleich i.S.d. alten § 8a KStG erbracht ist; der BFH in der Revision (v. 7. September 2016 I R 11/14) hat dies im konkreten Fall zwar nicht beanstandet (die Dokumentation im Streitfall war offensichtlich sehr dürftig), aber Kreditwürdigkeitsanalysen keineswegs grundsätzlich verworfen. Beim FG Düsseldorf sind zu der Thematik mindestens zwei weitere Fälle anhängig.

⁶ Revision beim BFH anhängig unter I R 4/17.

⁷ Zur Berechnung im Einzelnen siehe *Scholz/Köhler*, DStR 2017, 2186 ff.

⁸ Kritisch dazu *Wehnert/Scholz/Köhler*, GmbH-StB 2017, 219, 221, die einen Vergleich nach dem Funktions- und Risikoprofil der Gesellschaft bevorzugen.

⁹ BFH Urteil. v. 24.6.2015 – I R 29/14, DStR 2015, 2120.

mit Finanzierungen von Unternehmen gleicher Bonität, unter Berücksichtigung sonstiger wesentlich vergleichbarer Punkte, wie Laufzeit, Besicherung, etc.) zulässige Methoden sind, und zwar unabhängig davon, wie sich die ausländische Finanzierungsgesellschaft refinanziert. Allerdings ist auch auf die Qualität und Verständlichkeit der entsprechenden Dokumentation zu achten – je besser und gründlicher diese ist, desto eher werden Korrekturen praktisch und rechtlich ausscheiden.

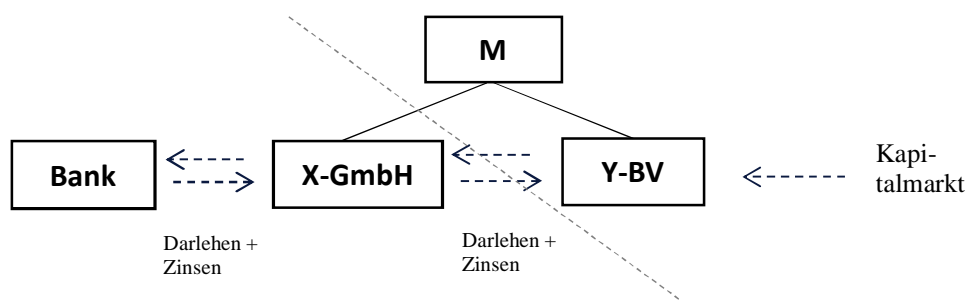
Ein entsprechendes Vorgehen ist u.E. also weiterhin zulässig; die Transparenz und Dokumentation (auch zu den Vergleichsdarlehen, -anleihen etc.) sollte aber so breit wie möglich sein.

C. ABWANDLUNG 1

I. SACHVERHALT

Der Sachverhalt stellt sich grundsätzlich wie oben dar. Die Y-BV ist allerdings breiter aufgestellt und organisiert für den gesamten Konzern grundsätzlich die Fremdkapitalbeschaffung. U.a. nimmt sie größere Konsortialdarlehen am Kapitalmarkt auf und begibt Anleihen. Sie beschäftigt eine Reihe gut ausgebildeter und dementsprechend bezahlter Mitarbeiter mit Ausbildung im Kreditwesen. Die aufgenommenen Mittel nutzt sie zur Begebung von Darlehen an verbundene Konzernunternehmen, u.a. die X-GmbH. Dabei werden die Zinssätze individuell je Darlehensnehmer nach der o.g. Methode ermittelt.

Skizze:



II. LÖSUNGSVORSCHLAG

Es gilt das oben Gesagte mit folgenden Besonderheiten.

In dieser Konstellation ist die (u.E. ohnehin unzutreffende) Argumentation des FG Münster gar nicht anwendbar. Denn hier ist die Y-BV von ihrer Funktion her als (auch auf der Refinanzierungsseite) aktiv tätige Finanzierungsgesellschaft mit einem am Markt tätigen Kreditinstitut im Wesentlichen vergleichbar. Damit scheidet die Anwendung der Kostenaufschlagsmethode hier erst recht aus.

Es bleibt die Frage, wie dann der Test, ob der Zins ggfls. fremdunüblich zu hoch sei, zu führen ist, insbesondere wie der externe angemessene fremdübliche Zins zu ermitteln ist. Hier bleibt u.E. nur die externe Preisvergleichsmethode mit den oben beschriebenen Überlegungen.

D. ABWANDLUNG 2

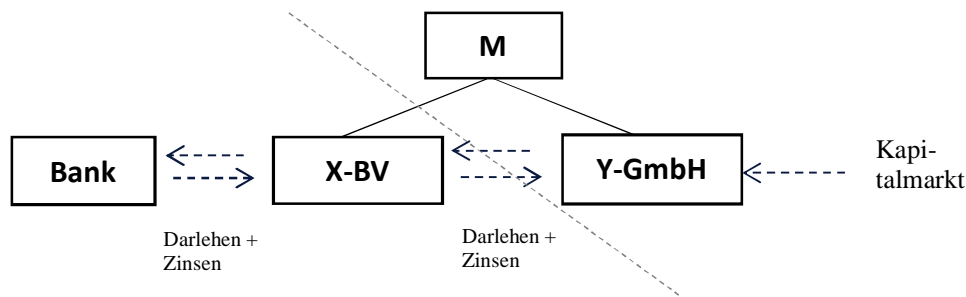
I. SACHVERHALT

Der Sachverhalt stellt sich wie im Ausgangsfall dar, jedoch mit umgekehrter Ansässigkeit: d.h. die Konzernfinanzierungsgesellschaft (Y-GmbH) hat ihren Sitz in Deutschland, wohingegen die darlehensempfangende Gesellschaft (X-BV) ihren Sitz im Ausland hat.

Die Y-GmbH refinanziert sich durch Darlehen am Kapitalmarkt und konzerninterne Darlehen der Muttergesellschaft M.

Sind die Refinanzierungszinsen der Y-GmbH der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung zu unterwerfen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) GewStG)?

Skizze:



II. DIE GEWERBESTEUERLICHE HINZURECHNUNG

Nach § 7 S. 1 GewStG setzt sich der Gewerbeertrag aus dem nach EStG bzw. KStG ermittelten Gewinn und der Summe der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungen und Kürzungen zusammen. Bei den Hinzurechnungsregeln handelt es sich von der Wirkung her um (partielle) gewerbsteuerliche Abzugsverbote, die zu einer Erhöhung des Gewerbeertrags führen¹⁰. Die Vorschriften zur Hinzurechnung sollen dabei grds. der Verwirklichung des Objektsteuerprinzips dienen: die Ertragskraft des Betriebs soll ohne Berücksichtigung der persönlichen Merkmale des Steuerpflichtigen besteuert werden¹¹. Der BFH hat die Hinzurechnungsregeln des § 8 Nr. 1 GewStG regelmäßig als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft.¹²

III. LÖSUNGSVORSCHLAG

Grundsätzlich unterliegt jede nicht steuerbefreite deutsche Kapitalgesellschaft der GewSt und muss auf ihre Zinsaufwendungen die Regeln der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung anwenden (das führt in der Regel zu einer Hinzurechnung von 25% des Zinsaufwands)¹³.

¹⁰ *Schnittner* in Frotscher/Drüen KStG/GewStG/UmwStG, 136. Lfg. 11/2016, § 8 GewStG Rn. 6 ff.

¹¹ BVerfG, Beschluß vom 13. 5. 1969 – 1 BvR 25/65, NJW 1969, 1243.

¹² BFH vom 16.10.2012 – I B 128/12, BStBl. II 2013, 30.

¹³ *Schnittner* in Frotscher/Drüen KStG/GewStG/UmwStG, 136. Lfg. 11/2016, § 8 GewStG Rn. 11.

Allerdings gibt es eine Sonderregelung zur Berechnung dieser Hinzurechnung bei Kreditinstituten nach § 19 GewStDV (sog. Bankenprivileg). Sehr vereinfacht werden dabei Zinsaufwendungen bei Kreditinstituten nur insoweit der Hinzurechnung unterworfen, als sie auf Verbindlichkeiten entfallen, die rechnerisch „schlechte“ Aktiva (idealtypisch: nicht bankentypische Ausleihungen) rechnerisch bedecken.

Das Bankenprivileg gilt nach § 19 Abs. 1 S. 1 GewStDV bei „Kreditinstituten i.S.d. § 1 Abs. 1 KWG“, und damit solchen, die u.a. Bankgeschäfte betreiben. Dazu zählt auch „die Gewährung von Gelddarlehen und Akzeptkrediten (Kreditgeschäft)“. Darunter fallen z.B. auch Konzernfinanzierungsgesellschaften. Werden die Bankgeschäfte allerdings ausschließlich im Konzern betrieben („mit Muttergesellschaften oder ihren Tochter- und Schwesterunternehmen“) werden sie von § 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG wieder vom Anwendungsbereich des KWG ausgenommen. Auf § 2 KWG verweist § 19 Abs. 1 GewStDV aber nicht.

Der BFH hat daher entschieden, dass das Bankenprivileg des § 19 GewStDV dem Grunde nach auch auf Konzernfinanzierungsgesellschaften anwendbar ist¹⁴. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck von § 19 GewStDV. Die Norm soll gerade solche Gesellschaften privilegieren, deren Geschäftsgegenstand sich darauf beschränkt, Kredite (z.B. bei Banken) aufzunehmen und an verbundene Unternehmen auszureichen („Durchlaufsituation“). Mit diesem Geschäftsmodell ist typischerweise ein hoher Fremdkapitaleinsatz verbunden, bei dem die Hinzurechnung der Entgelte für Schulden eingeschränkt werden soll¹⁵.

Dass die Konzernfinanzierungsgesellschaft nicht am allgemeinen Markt auftritt, ist demgegenüber irrelevant. Insbesondere lässt sich aus § 2 KWG ableiten, dass diese Gesellschaften aufsichtsrechtlich privilegiert werden sollen. Diese Privilegierung würde steuerrechtlich konterkariert, wenn man der Konzernfinanzierungsgesellschaft die gewerbsteuerliche Hinzurechnung wieder aufbürden würde.

Daher scheidet die gewerbsteuerliche Hinzurechnung nach Maßgabe der Berechnungsformel in § 19 Abs. 1 GewStDV aus.

¹⁴ BFH Urt. v. 6.12.2016 – I R 79/15, DStR 2017, 774.

¹⁵ BVerfG Urt. v 12.10.1976 - 1 BvR 197/73, BVerfGE 42, 375.

E. ABWANDLUNG 3

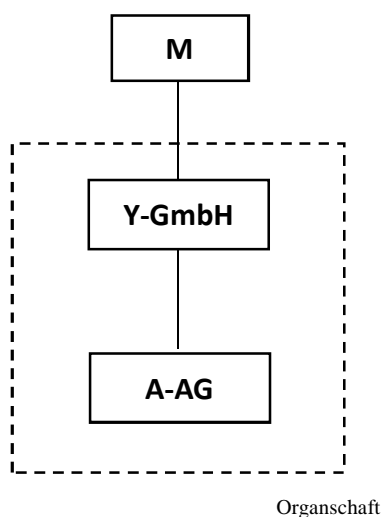
I. SACHVERHALT

Der Sachverhalt stellt sich wie in Abwandlung 2 dar, neben der deutschen Konzernfinanzierungsgesellschaft Y-GmbH ist auch die darlehensempfangende Gesellschaft (A-AG) in Deutschland ansässig ist.

Beide Unternehmen gehören zudem zu einem ertragsteuerlichen Organkreis.

Gilt das Bankenprivileg nach § 19 GewStDV auch hier?

Skizze:



II. LÖSUNGSVORSCHLAG

Dem Grunde nach ist § 19 GewStDV auch in diesem Fall anwendbar.

Die Norm ordnet für die Berechnung der aus der Hinzurechnung auszunehmenden Zinsen eine spezielle Berechnungsformel an. § 19 Abs. 1 S. 1 GewStDV liegt eine bilanzielle Betrachtungsweise zugrunde. Die Hinzurechnung greift nur bis zu dem Betrag der Schuldentgelte, der der Differenz zwischen (vereinfacht gesprochen) Anlagevermögen und Eigenkapital entspricht. Demnach gilt prinzipiell: Je höher das (schädliche) Anlagevermögen, desto höher der potentielle Hinzurechnungsbetrag.

Aktiva		Passiva	
Anlagevermögen	100	Eigenkapital	30
Forderungen (UV)	<u>50</u>	Verbindlichkeiten	<u>120</u>
Summe	150	Summe	150

Maximale Höhe der der Hinzurechnung unterliegenden Zinsen: auf Verbindlichkeiten von 70 (= Anlagevermögen 100 – Eigenkapital 30).

Anders ausgedrückt: die Verbindlichkeiten, die der Finanzierung von Forderungen des UV dienen = rechnerisch 50), führen nicht zur gewerbesteuerlichen Hinzurechnung.

Allerdings ordnet § 19 Abs. 1 S. 2 GewStDV an, dass Forderungen ggü. einer Gesellschaft, mit der eine ertragsteuerliche Organschaftsverbinding besteht, dem (schädlichen) Anlagevermögen hinzuzurechnen sind, d.h. die Forderungen ggü. Organgesell-

schaften erhöhen – im Gegensatz zu Forderungen ggü. anderen Schuldern – die Basis für die Hinzurechnungsbetragsberechnung. Eine Ausnahme gilt wiederum, wenn der Darlehensnehmer selbst ein Kreditinstitut ist.

Sinn und Zweck dieser Einschränkung des Bankenprivilegs ist die Vermeidung einer Doppelprivilegierung. Denn die Zinsen der darlehensnehmenden Organgesellschaft können gewerbesteuerlich aufgrund der Organshaft schon nicht hinzugerechnet werden (vgl. § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG, keine Hinzurechnung bei Leistungen innerhalb der Organshaft). Würden die Zinsen auch beim konzerninternen Darlehensgeber der Hinzurechnung über das Bankenprivileg entzogen, gäbe es gar keine Hinzurechnung in Deutschland, obwohl die Verwendung nicht bei einem Kreditinstitut erfolgt¹⁶.

¹⁶ so auch *Köster* in *Lenski/Steinberg*, 116. Lfg. 06/2016, § 8 GewStG Rn. 222.

F. LITERATURVERZEICHNIS

Scholz/Köhler, Anmerkungen zur Schätzmethode des FG Münster v. 7.12.2016 für konzerninterne Zinsen, DStR 2017, 2186.

Wehnert/Scholz/Köhler, Bestimmung fremdüblicher konzerninterner Zinssätze (Teil 1) – Anmerkungen zum Urteil des FG Münster vom 7.12.2016, GmbH-StB 2017, 219.

Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG Kommentar, Band 3.

Lenski/Steinberg, Gewerbesteuergesetz Kommentar.