

GRENZÜBERSCHREITENDE AKQUISITIONSFINANZIERUNG

Diskussionsveranstaltung unter Mitwirkung von

- Dr. Wendelin Staats, Bundesministerium der Finanzen
- Prof. Heribert Anzinger, Universität Ulm
- Prof. Marc Desens, Universität Leipzig
- Anette Maier, Allianz Capital Partners
- Dr. Matthias Scheifele, Hengeler Mueller

Videokonferenz, 8. Oktober 2020

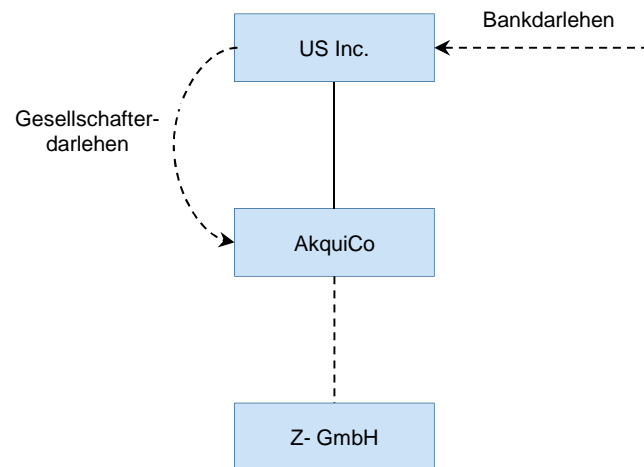


PROGRAMM

- 1 **Überblick**
- 2 **Darlehen vs. Einlage**
- 3 **Fremdüblicher Zinssatz**
- 4 **Fragen/Diskussion**

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Fall 1



- | AkquiCo (eine deutsche GmbH) erwirbt alle Anteile an der Z-GmbH (AK 100).
- | Der Erwerb wird mit Eigenkapital (5) und Gesellschafterdarlehen (95) finanziert.
- | Die US-Mutter refinanziert das Gesellschafterdarlehen über ein Bankdarlehen.
- | Das unbesicherte, verzinsliche und endfällige Gesellschafterdarlehen basiert auf einem schriftlichen, im Vorhinein geschlossenen Vertrag, der insb. Laufzeit, Zinsen und Tilgung genau festlegt.
- | Nach dem bei Erwerb aufgestellten Business Plan ist zu erwarten, dass AkquiCo den Zinsaufwand aus den erwarteten Cash Flows aus Ausschüttungen oder Gewinnabführungen der Z-GmbH leisten kann.

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

BFH v. 27.2.2019, I R 73/16, BStBl. II 2019, 394, Tz. 10-13

- I Soll Kapital dauerhaft in Vermögen der empfangenden Gesellschaft übergehen und ist Rückzahlung nicht beabsichtigt (dann gesellschaftlich veranlasste **Einlage**) oder gehen die Beteiligten im Sinne einer ernstlichen Abrede von der Überlassung von Kapital auf Zeit und Rückzahlung aus (dann betrieblich veranlasstes **Darlehen**)?
- I Abgrenzung anhand Gesamtheit der **objektiven Gegebenheiten**, wobei einzelne Kriterien des Fremdvergleichs nicht unverzichtbare Tatbestandsvoraussetzungen, sondern nur **Indizien** sind:
 - Nichtbesicherung nicht fremdüblicher Umstand, der nicht durch Konzernrückhalt kompensiert wird
 - fehlende Konzernüblichkeit der Anspruchsbesicherung
 - sonstigen Umstände des Vertragsschlusses (zB berechnete Ertragserwartungen des Kreditnehmers; Einfluss des Kreditgebers auf dessen Geschäftstätigkeit; grundsätzliche Bereitschaft, die kreditnehmende Gesellschaft im Geschäftsverkehr nach außen zu stützen)

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

§ 1a Abs. 1 AStG-Entwurf in der Fassung des ATAD-UmsG

„¹Es entspricht ungeachtet eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz, wenn ein aus einer grenzüberschreitenden Finanzierungsbeziehung innerhalb einer multinationalen Unternehmensgruppe resultierender Aufwand die Einkünfte des Steuerpflichtigen gemindert hat und

- 1. der Steuerpflichtige nicht glaubhaft machen kann, dass er*
 - a) den Kapitalsdienst für die gesamte Laufzeit dieser Finanzierungsbeziehung von Anfang an hätte erbringen können und*
 - b) die Finanzierung wirtschaftlich benötigt und für den Unternehmenszweck verwendet;*

(...)

²Eine Einkunftsminderung gemäß Satz 1 ist rückgängig zu machen. (...)“

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

OECD, Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions vom 11.2.2020

I Tz. 10.4:

*"It may be the case that the **balance of debt and equity funding** of a borrowing entity that is part of an MNE group differs from what which would exist if it were an independent entity operating under the same or similar circumstances. This situation may affect the amount of interest payable by the borrowing entity and so may effect the profits accruing in a given jurisdiction."*

I Tz. 10.5 mit Verweis aus Musterkommentar zu Art. 9 OECD-MA (Absatz 3 Buchst. b):

*"the Article is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm's length rate, but also whether a **prima facie loan** can be regarded as a **loan** or should be regarded as **some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital**"*

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

OECD, Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions vom 11.2.2020

- I Indizien für Einordnung einer Gesellschafterfinanzierung als Darlehen oder Einlage (Tz. 10.12)
 - fester Rückzahlungstermin
 - Verpflichtung zur Zahlung von Zins
 - Recht zur Durchsetzung von Zins- und Tilgungszahlungen
 - Status des Kapitalgebers im Vergleich zu „regulären“ Gläubigern
 - Vorhandensein von Nebenabreden zu Kreditverträgen (zB financial covenants) sowie Sicherheiten
 - Quelle der zu leistenden Zinszahlungen
 - Möglichkeit, Finanzmittel auch von konzernfremden Gläubigern zu erhalten
 - Anteil der aufgenommenen Finanzmittel, der zum Erwerb von Vermögensgegenständen genutzt wird
 - Rückzahlung des Darlehens am Fälligkeitstag bzw. Verschiebung der Rückzahlung

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Rechtsgrundlage einer Nichtanerkennung als Darlehen

- | Vorfrage: Handelt es sich zivilrechtlich (§§ 133, 157 BGB) und steuerbilanziell (§ 8 Abs. 3 S. 2 KStG) um ein Darlehen und Fremdkapital?
- | Falls Vorfrage zu bejahen ist: Nichtanerkennung als Darlehen mangels Fremdüblichkeit?
- | Rechtsgrundlage?
 - Analogie zur Angehörigenrechtsprechung iVm Veranlassungsprinzip (§ 4 Abs. 4 und § 12 EStG) (so BFH I R 73/16) zweifelhaft: KapGes haben keine außerbetriebliche (private) Sphäre (§ 8 Abs. 2 KStG)
 - bei Körperschaften nur Korrektur nach Grundsätzen der verdeckten Einlage oder § 1 AStG möglich
 - ggf. auch § 41 AO (Scheingeschäft)

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Rechtsgrundlage einer Nichtanerkennung als Darlehen

- I Verdeckte Einlage?
 - Gewährung eines – ggf. eigenkapitalersetzenden – Darlehens führt nicht zu einer verdeckten Einlage, weil sie in der Bilanz nicht zu EK, sondern FK führt (keine Betriebsvermögensmehrung)
 - Normspezifisch erweiterte Anschaffungskostenbegriff des § 17 Abs. 2a EStG betrifft nur Gesellschafterebene; keine Bedeutung für Frage, ob auf Ebene der Gesellschaft verdeckte Einlage vorliegt (BFH v. 18.12.2001, VIII R 27/00)

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Rechtsgrundlage einer Nichtanerkennung als Darlehen

- I § 1 AStG?
 - Auch (gesellschaftsrechtlich veranlasste) eigenkapitalersetzende Darlehen sind "Geschäftsbeziehung" im Sinne von § 1 Abs. 4 AStG (BT-Drucks. 15/119, S. 53)
 - Widerspruch, weil eigenkapitalersetzendes Darlehen nach § 1 AStG einerseits fremdüblich zu verzinsen ist, ihm andererseits aber die Anerkennung als Darlehen dem Grunde nach versagt werden kann?
- I § 1a AStG-E?
 - Begründung RefE (S. 79 f.): "*wirtschaftlich betrachtet ... verdeckte Einlage*"; "*Umqualifizierung von Fremdkapital in Eigenkapital für Verrechnungspreiszwecke*"

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Voraussetzungen einer Nichtanerkennung als Darlehen

- I Indizien in Rechtsprechung, OECD-Richtlinien und § 1a AStG-E nicht einheitlich:
Worauf kommt es an?
- I Relevanz fehlender Besicherung?
 - Bedeutung des Konzernrückhalts: Widerspruch zwischen BFH-Rspr. (keine Relevanz), OECD-Richtlinien (abhängig von Bedeutung – "relative importance" – der Konzerngesellschaft, Tz. 10.76 ff.) und § 1a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AStG-E (Unterstellung eines vollen Konzernrückhalts)?
 - Kompensation durch höhere Zinsen?
- I Was sind die „berechtigten Ertragserwartungen des Kreditnehmers“?

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Voraussetzungen einer Nichtanerkennung als Darlehen

- I Schuldentragfähigkeitstest?
 - Ex ante-Betrachtung entscheidend (§ 1 Abs. 3 S. 4 AStG-E); später eintretende Umstände (zB Verluste, Zahlungsverzug) irrelevant (s. auch § 1a Abs. 1 Nr. 1: "glaubhaft machen")
 - Keine Mindest-EK-Ausstattung erforderlich: "*Damit wird auch deutlich, dass keine wie auch immer geartete Eigenkapital- und Fremdkapitalausstattung festgelegt wird.*" (Begr. des RefE ATAD-UmsG zu § 1a AStG).
 - Kapitaldienst umfasst nicht nur Zins, sondern auch Tilgung (Begr. des RefE ATAD-UmsG zu § 1a AStG)
 - i Tatsächliche Tilgung während Laufzeit erforderlich oder darf Anschlussfinanzierung eingeplant sein?
 - i Ergibt sich bei Akquisitionsfinanzierung die Schuldentragfähigkeit nicht schon aus der Anschaffung werthaltiger Assets?

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Schranken einer Nichtanerkennung als Darlehen

- I Abkommensrechtliche Schranken?
 - Welche Rolle spielt die ggf. abweichende Qualifikation im Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters? Qualifikationsverkettung?
 - Sperrwirkung des Art. 9 OECD-MA? RefE ATAD-UmsG (S. 80) verneint dies, da Wirkung darauf beschränkt wird, dass Gewinne des Schuldners an das angepasst werden, wie sie unter fremden Dritten entstanden wären
 - Wie ist Besteuerungsinkongruenz („non deduction/inclusion mismatch“) aufzulösen?
 - § 1 AStG als Treaty Override ("unbeschadet anderer Vorschriften")?
- I Europarechtliche Schranken?
 - Exkulpation der Fremdunüblichkeit durch Hornbach-"Motivtest" (EuGH v. 31.5.2018, C-382/16) auch bei eigenkapitalersetzenden Darlehen?

2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Rechtsfolgen einer Nichtanerkennung als Darlehen

- I Kapitalzuführung
 - Zugang zum steuerlichen Einlagekonto (-), da keine verdeckte Einlage
- I Zinsen
 - Nichtabziehbarkeit (vgl. § 1a Abs. 1 Sätze 1 und 2 AStG-E)
 - KapESt-pflichtige Einkünfte i.S. von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (-); Darlehen hat keine EK-Qualität und stellt keine verdeckte Einlage dar; § 1a Abs. 1 AStG macht nur Einkunftsminde rung aus Finanzierungsaufwand rückgängig
- I Tilgung
 - KapESt-pflichtige Einkünfte i.S. von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG (-) (s. oben)

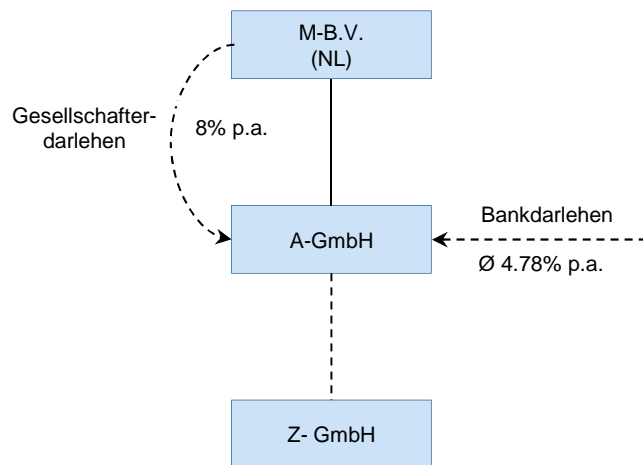
2. DARLEHEN VS. EINLAGE

Abschlussfrage:

Besteht in Fall 1 Anlass
für eine Umqualifikation in Eigenkapital?

3. FREMDÜBLICHER ZINSSATZ

Fall 2



Nach FG Köln v. 29.6.2017, DStRE 2018, 15 (Rev. BFH I R 62/17)

- I Die A-GmbH finanziert den Erwerb aller Anteile an der Z-GmbH durch Bank- sowie Gesellschafterdarlehen.
- I Das Bankdarlehen ist umfassend besichert (Sicherungsabtretung aller Wirtschaftsgüter der A-GmbH, Verpfändung aller Anteile an der A-GmbH etc.); das Gesellschafterdarlehen ist unbesichert.
- I Der Zins des Bankdarlehens (Euribor + Marge) beträgt durchschnittlich 4,78% p.a., der Zins des Gesellschafterdarlehens 8% p.a. Die Fremdüblichkeit wird durch eine Benchmark-Studie bestätigt.
- I Die BP hält die Verzinsung des Gesellschafterdarlehens nur in Höhe von 5% p.a. für fremdüblich und nimmt im Übrigen eine vGA an. Das FG bestätigt die Korrektur (Revision anhängig).

3. FREMDÜBLICHER ZINSSATZ

§ 1a Abs. 1 AStG-Entwurf in der Fassung des ATAD-UmsG

„¹Es entspricht ungeachtet eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz, wenn ein aus einer grenzüberschreitenden Finanzierungsbeziehung innerhalb einer multinationalen Unternehmensgruppe resultierender Aufwand die Einkünfte des Steuerpflichtigen gemindert hat und (...)

2. soweit der seitens des Steuerpflichtigen zu entrichtende Zinssatz für eine grenzüberschreitende Finanzierungsbeziehung mit einer im nahestehenden Person den Zinssatz übersteigt, zu dem sich die multinationale Unternehmensgruppe als solche gegenüber fremden Dritten finanzieren könnte, es sei denn, dass im Einzelfall ein anderer Wert dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht

(...)

²Eine Einkunftsminderung gemäß Satz 1 ist rückgängig zu machen. (...)

“

3. FREMDÜBLICHER ZINSSATZ

Methodik der Bestimmung des fremdüblichen Zinssatzes

- I Präferenz für Preisvergleichsmethode, wenn Vergleichstransaktionen verfügbar sind (OECD Richtlinien, Rn. 10.97)
 - Beachtlichkeit der OECD-Richtlinien für Anwendung des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG, da Auslegungshilfe der Schrankennorm des Art. 9 OECD-MA (a.A. FG Münster v. 6.12.2016, IStR 2017, 622, Rev. BFH I R 4/17)
 - Ist interner Preisvergleich möglich, wenn das betreffende Bankdarlehen durch Konzernbürgschaft abgesichert ist (verneinend FG Münster a.a.O.)?
 - Ist externer Preisvergleich möglich, wenn Darlehensgeber eine konzerninterne Finanzierungsgesellschaft ist (verneinend FG Münster a.a.O.)?
 - Falls interner Preisvergleich möglich: Kommt externem Preisvergleich (Benchmark Study) kein Beweiswert mehr zu (so FG Köln a.a.O.)?

3. FREMDÜBLICHER ZINSSATZ

Methodik der Bestimmung des fremdüblichen Zinssatzes

- I Falls interner Preisvergleich möglich: Kommt externem Preisvergleich (Benchmark Study) kein Beweiswert mehr zu (so FG Köln a.a.O.)?
- I Ist ein externer Preisvergleich anhand der Zinssätze von Anleihen – entsprechende Anpassungen vorausgesetzt – möglich?

3. FREMDÜBLICHER ZINSSATZ

Methodik der Bestimmung des fremdüblichen Zinssatzes

- I Rechtfertigen folgende Faktoren eine im Vergleich zum internen oder externen Vergleichspreis höhere Verzinsung des Gesellschafterdarlehens?
 - fehlende Besicherung
 - ⋮ Kompensation durch Konzernrückhalt (*implicit support*)?
 - ⋮ Kompensation durch Vorhandensein ausreichenden (d.h. die Bankansprüche übersteigenden) Schuldnervermögens (so FG Köln)?
 - Nachrang (z.B. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO oder strukturelle Subordination)
 - Endfälligkeit des Gesellschafterdarlehens (vs. laufende Tilgung des Bankdarlehens)

3. FREMDÜBLICHER ZINSSATZ

Absicherung der Fremdüblichkeit und Rechtsschutz

- | APA / Vorabverständigungsverfahren (s. auch § 89a AO-E)?
- | Verrechnungspreisdokumentation (§ 90 Abs. 3 AO): Zweiseitige Funktions- und Risikolanalyse aus Sicht des Darlehensnehmers und -gebers (OECD Richtlinien Rn. 10.51 f.)
- | Welche Bedeutung kommen "benchmark studies" zur Begründung der Fremdüblichkeit des Zinssatzes zu?
- | Ggf. vorsorgliche Erklärung einer Verwendung des Einlagekontos?
- | Rechtsschutz: Finanzgericht oder Verständigungsverfahren?

3. FREMDÜBLICHER ZINSSATZ

Abschlussfrage:

Erscheint im Hinblick auf Nichtbesicherung, Nachrang und Endfälligkeit des Gesellschafterdarlehens im Vergleich zum Bankdarlehen nicht eine höhere Verzinsung als 5% angemessen?

4. FRAGEN / DISKUSSION

Fragen?