

Betriebs Berater

19 | 2022

D&O-Versicherung ... Transfer Pricing ... ESG ... Massentlassung ... Recht ... Wirtschaft ... 9.5.2022 | 77. Jg. Seiten 1025–1088

DIE ERSTE SEITE

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA

Der neue Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz – Whistleblower-Hotlines werden bald Pflicht in Unternehmen

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Dominic Thiele, LL.M., RA, und **Dr. Malte Stübinger**, Syndikus-RA

D&O-Versicherungen: Anrechnung von Schadenabwehrkosten auf die Deckungssumme und Wirksamkeit von Serienschadenklauseln | 1027

Dr. Marco Niehaus, LL.M., LL.M. Eur., RA, und **Anna-Maria Baorda**, RAin

Bedeutung der Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen in der Insolvenz | 1033

STEUERRECHT

Dr. Andreas Eggert, RA/StB

Transfer Pricing und die konkreten Umstände des Einzelfalls – Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG 2 BvR 1161/19 und den Urteilen des BFH I R 4/17 und I R 62/17 | 1045

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Till Hannig**, RA, und **Marcel Tschatsch**, MBA, WP/StB

Auswirkungen von ESG auf die Steuerfunktion eines Unternehmens | 1064

ARBEITSRECHT

Theodor B. Cisch, RA, **Christine Bleeck**, RAin/FAinArbR, und **Dr. Michael Karst**, RA

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2021/2022 | 1075

Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M., RA/FAArbR, und **Johannes Tegel**

Soll-Angaben = Muss-Angaben? Neue Fragen im Recht der Massentlassung | 1084

Dr. Andreas Eggert, RA/StB

Transfer Pricing und die konkreten Umstände des Einzelfalls – Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG 2 BvR 1161/19 und den Urteilen des BFH I R 4/17 und I R 62/17

Im vergangenen Jahr hat sich das Transfer Pricing in Deutschland in eine Richtung entwickelt, die zu einer stärkeren Berücksichtigung der ökonomischen Realität und der konkreten Umstände des Einzelfalls führt. Wichtige Bausteine dieser Entwicklung sind der Beschluss des BVerfG vom 4.3.2021 – 2 BvR 1161/19 (BB 2021, 990) sowie zwei Urteile des BFH vom 18.5.2021 – I R 4/17 (BB 2021, 2926 m. BB-Komm. Seppelt) und I R 62/17 (BB 2021, 2992 m. BB-Komm. Münch), die jeweils zu konzerninternen Finanzierungen ergangen sind.

I. Hintergrund

Bei der steuerlichen Einordnung von Finanzierungen zwischen nahestehenden Personen bestand in der Vergangenheit erhebliche Rechtsunsicherheit. Hauptgründe für diese Unsicherheit waren eine Serie von Urteilen des BFH in 2019 und 2020 zur Wertminderung von konzerninternen Forderungen mit dem Leiturteil vom 27.2.2019 – I R 73/16¹ sowie ein Urteil des FG Münster vom 7.12.2016² und ein Urteil des FG Köln vom 29.6.2017³ jeweils zum fremdüblichen Zinssatz. Diese Entscheidungen beruhten auf pauschalen Aussagen zur Fremdüblichkeit ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls. Das BFH-Urteil I R 73/16 wurde durch den BVerfG-Beschluss vom 4.3.2021 aufgehoben. Die beiden FG-Urteile hat der BFH in seinen Urteilen vom 18.5.2021 – I R 4/17 und I R 62/17 aufgehoben.

Neben diesen drei Gerichtsentscheidungen haben vor allem die Einführung von § 1 Abs. 3c AstG zur Zuordnung von Erträgen aus immateriellen Werten durch das AbzStEntModG vom 2.6.2021⁴ mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2022⁵ und die Veröffentlichung der neuen Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise am 14.7.2021 (VWG VP)⁶ dazu geführt, dass sich die Verrechnungspreisregeln in Deutschland stärker an den ökonomischen Gegebenheiten der Unternehmen orientieren.

In Kapitel II der VWG VP verweist die Finanzverwaltung erstmals umfassend auf die jeweils gültigen OECD-Verrechnungspreisleitlinien⁷ und stellt diese in der Fassung von 2017 einschließlich des Kapitels X aus dem Jahr 2020 zu Finanztransaktion als Anlage in deutscher Übersetzung zur Verfügung.⁸ Die VWG VP sieht die Finanzverwaltung als weitergehende Konkretisierung der OECD-Verrechnungspreisleitlinien (Ziffer 2.4 VWG VP). Die OECD-Verrechnungspreisleitlinien sind stark durch das BEPS-Projekt geprägt, zu dessen Hauptzielen die Bildung von Verrechnungspreisen entsprechend der ökonomischen Realität gehört.⁹ Auch die Zuordnung von Erträgen aus immateriellen Werten gemäß den tatsächlich ausgeübten

DEMPE Funktionen¹⁰ nach § 1 Abs. 3c S. 4 AstG geht auf das BEPS-Projekt zurück.¹¹

Insgesamt sind diese Entwicklungen im Jahr 2021 als positiv zu bewerten. Eine Orientierung der Besteuerung von internationalen Konzernen an stark vergrößernden Pauschalierungen, wie sie der BFH in seiner Entscheidung vom 27.2.2019 – I R 73/16 zu konzerninternen Finanzierungen aufgestellt hatte, würde sehr häufig zu einseitigen Korrekturen zu Lasten der Steuerpflichtigen führen, weil die komplexen wirtschaftlichen Gegebenheiten der Unternehmen nicht ausreichend berücksichtigt würden. Die OECD-Verrechnungspreisleitlinien sind dagegen ein ausdifferenziertes Regelwerk. Eine Ausrichtung der Verrechnungspreisregeln an den Leitlinien der OECD kann zudem Doppelbesteuerung verhindern, den Administrationsaufwand für die Verwaltung und die Unternehmen verringern, weil es weniger Bedarf für Verständigungsverfahren gibt, und sie kann die Planbarkeit erhöhen und dadurch die Arbeit der Steuerfunktion in internationalen Konzernen erleichtern.

Offen ist, inwieweit die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 und Art. 54 AEUV) zu einer noch weitergehenden und über den Fremdvergleich hinausgehenden Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten der Unternehmen innerhalb der EU führen wird. In den Urteilen Hornbach¹² und Impresa Pizza-

1 Weitere BFH-Urteile: 27.2.2019 – I R 51/17, BStBl. II 2020, 440, BB 2019, 2480 Ls m. BB-Komm. *Bünning*, RIW 2019, 699, StB 2019, 292 Ls; 27.2.2019 – I R 81/17, BStBl. II 2020, 443, RIW 2019, 775, StB 2019, 292 Ls; 19.6.2019 – I R 5/17, BFH/NV 2020, 183; 19.6.2019 – I R 54/17, IStR 2020, 230; 14.8.2019 – I R 14/18, BFH/NV 2020, 755; 19.6.2019 – I R 32/17, BB 2020, 226, RIW 2020, 469 (aufgehoben durch BFH-Beschluss vom 3.3.2021); 14.8.2019 – I R 21/18, BFH/NV 2020, 759; 14.8.2019 – I R 34/18, BFH/NV 2020, 757; 27.11.2019 – I R 40/19 (I R 14/16), BB 2020, 2528, RIW 2020, 713; 18.12.2019 – I R 72/17, BFH/NV 2020, 1049 (Verfassungsbeschwerde anhängig 2 BvR 2002/20); 19.2.2020 – I R 19/17, BStBl. II 2021, 223.

2 FG Münster, 7.12.2016 – 13 K 4037/13 Kf, EFG 2017, 334.

3 FG Köln, 29.6.2017 – 10 K 771/16, EFG 2017, 1812.

4 Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz, BGBl. I 2021, 1259; geändert durch das ATAD-Umsetzungsgesetz vom 25.6.2021, BGBl. I 2021, 2035.

5 Laut der Entwurfsbegründung bringt § 1 Abs. 3c AstG keine Neuerung, sondern kodifiziert nur das bisherige Verständnis in Deutschland: Gesetzentwurf der Bundesregierung zum AbzStEntModG vom 17.3.2021, BT-Drs. 19/27632, 74f.; kritisch hierzu *Leonhardt*, IStR 2021, 630.

6 BStBl. I 2021, 1098.

7 Derzeit OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2022 vom 20.1.2022.

8 Zuvor gab es nur vereinzelt, punktuelle Hinweise auf die OECD-Verrechnungspreisleitlinien, zum Beispiel in BMF, 5.7.2018 – IV B 5 – S 1341/0 :003, BStBl. I 2018, 743, StB 2018, 279, zu Umlageverträgen. Dieses Schreiben wurde durch die VWG VP aufgehoben.

9 BEPS Actions 8-10: 2015 Final Reports, Guidance for applying the Arm's Length Principle, Summary.

10 Zuordnung der Erträge aus immateriellen Werten nach den Funktion Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation (DEMPE).

11 BEPS Actions 8-10: 2015 Final Reports, Intangibles.

12 EuGH, 31.5.2018 – C-382/16, Hornbach-Baumarkt, ECLI:EU:C:2018:366, BB 2018, 1429 Tenor, EWS 2018, 228, RIW 2018, 539; Vorlage des FG Rheinland-Pfalz, 28.6.2016 – 1 K 1472/13, ECLI:DE:FGRLP:2016:0628.3K1472.13.0A, EFG 2016, 1678.

rotti¹³ hat der EuGH entschieden, dass Verrechnungspreisregeln der Mitgliedstaaten, die nur in grenzüberschreitenden Fällen anwendbar sind, mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sind, wenn sie den Steuerpflichtigen die Möglichkeit einräumen, nachzuweisen, dass es objektive, wirtschaftliche Gründe dafür gab, das Geschäft zu nicht fremdüblichen Bedingungen zu vereinbaren. Eine zulässige steuerliche Berichtigung muss auf den Teil der Transaktion beschränkt sein, der über das Fremdübliche hinausgeht.

II. Der Beschluss des BVerfG vom 4.3.2021 – 2 BvR 1161/19

Im Ergebnis hat das BVerfG in dem Beschluss 2 BvR 1161/19¹⁴ das Urteil des BFH vom 27.2.2019 – I R 73/16¹⁵ wegen eines Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter aufgehoben (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Die gewählte Handhabung des BFH führte zu einer Vorlagepflicht an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV, die der BFH nicht erfüllt hat. Der BFH muss jetzt erneut in der Sache entscheiden und führt das Verfahren unter dem neuen Aktenzeichen I R 15/21¹⁶ fort. Obwohl es für die Entscheidung des BVerfG im Ergebnis nicht auf die Anwendung von § 1 Abs. 1 AStG durch den BFH ankommt, übt es deutliche Kritik an den Ausführungen des BFH zum Fremdvergleich. Diese Kritik muss der BFH jetzt in dem neuen Verfahren I R 15/21 berücksichtigen.

1. Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Verfassungsbeschwerde wurde von einer inländischen GmbH erhoben, die Alleingesellschafterin und Organträgerin der inländischen A GmbH ist. Die Organgesellschaft A GmbH war wiederum zu 99,98% an der in Belgien ansässigen B N.V. beteiligt. Die A GmbH führte für die B N.V. ein Verrechnungskonto, das ab dem 1.1.2004 mit 6% pro Jahr verzinst wurde. Die Forderungen der A GmbH aus diesem Konto waren nicht besichert. Die A GmbH finanzierte sich ihrerseits über einen Betriebsmittelkredit einer Bank mit einem Zinssatz von 3,14% pro Jahr. Im Streitjahr 2005 vereinbarten die A GmbH und die B N.V. einen teilweisen Forderungsverzicht gegen Besserungsschein, soweit die Forderungen der A GmbH gegen die B N.V. nach den Vorstellungen der Parteien wegen den wirtschaftlichen Schwierigkeiten der B N.V. wertlos waren.

Das FA korrigierte den Aufwand der A GmbH aus dem Forderungsverzicht außerbilanziell nach § 1 Abs. 1 AStG. Die Klage gegen diese Korrektur zum FG Düsseldorf hatte Erfolg.¹⁷ Der BFH hielt die Korrektur nach § 1 Abs. 1 AStG dagegen für zutreffend und hob das Urteil des FG Düsseldorf auf. Kernaussage des BFH in seinem Urteil vom 27.2.2019 – I R 73/16 ist, dass konzerninterne unbesicherte Darlehen nicht fremdüblich sein können. Auf den Konzernrückhalt soll es insofern nicht ankommen. Eine Vorlage an den EuGH lehnte der BFH mit der Begründung ab, dass die Darlehensgewährung der A GmbH an die B N.V. eigenkapitalersetzend war, weshalb die Grundsätze der Hornbach-Entscheidung des EuGH¹⁸ nicht einschlägig seien.

2. Ausführungen des BVerfG zum Transfer Pricing

Die Ausführungen des BFH zum Transfer Pricing in dem Urteil I R 73/16 sind im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG in der Literatur stark kritisiert worden.¹⁹ Das BVerfG diskutiert in seinem Beschluss vom 4.3.2021, ob der Fremdvergleich in dem BFH-Urteil I R 73/16 gegen das Willkürverbot als Ausprägung des Gleichheitssatzes (Art. 3

Abs. 1 GG) verstößt. Dabei kommt es zu dem Ergebnis, dass das Urteil des BFH insofern rechtsfehlerhaft ist. Das BVerfG lässt ausdrücklich offen, ob die Anwendung von § 1 Abs. 1 AStG durch den BFH so „krass fehlerhaft“ ist, dass sie nicht mehr verständlich und damit willkürlich ist.

Den möglichen Verstoß gegen das Willkürverbot stützt das BVerfG darauf, dass der BFH ohne weitere Ausführungen zur Sache unterstellt, allein eine Vollbesicherung der Darlehensgewährung sei fremdüblich, ohne diese Behauptung mit irgendwelchen tatsächlichen Feststellungen zur üblichen Besicherung von Darlehen zwischen unabhängigen Parteien zu belegen.²⁰ Zudem geht der BFH in seinem Urteil nicht auf die Wechselwirkung zwischen der Höhe des Zinssatzes und der Besicherung ein. Solche Ausführungen hätten sich aus Sicht des BVerfG aufdrängen müssen.

3. Verletzung des gesetzlichen Richters

In dem Urteil I R 73/16 legte der BFH dar, aus dem Hornbach-Urteil des EuGH²¹ ergäbe sich für das nationale Gericht eine Pflicht zur Abwägung im Einzelfall, wie stark die jeweils zu beurteilende Abweichung vom Fremdüblichen in den Territorialitätsgrundsatz und die hierauf gründende Zuordnung der Besteuerungsrechte der Mitgliedstaaten eingreift. Interessanterweise führte er diese konkrete Abwägung dann aber gar nicht durch, sondern führte abstrakt aus, dass bei eigenkapitalersetzenden Maßnahmen keine Abweichung vom Fremdüblichen in Betracht käme. Dies obwohl die Hornbach-Entscheidung auch Maßnahmen des Gesellschafters mit eigenkapitalersetzendem Charakter zum Gegenstand hatte.²²

Das BVerfG hält fest, dass nach dem Hornbach-Urteil gerade die Zuführung von Kapital, das für eine Fortführung oder Erweiterung des Geschäftsbetriebs erforderlich ist, eine Abweichung vom Fremdüblichen rechtfertigen kann. Auch kritisiert das BVerfG den BFH, weil er nicht darauf eingeht, dass der EuGH vor allem die Verhinderung von Missbräuchen als Rechtfertigung für den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit durch Verrechnungspreisregelungen sieht. Insgesamt hält das BVerfG die Begründung des BFH, warum keine Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bestehen soll, für „nicht nachvollziehbar“ und „nicht mehr verständlich“.

4. Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für das Transfer Pricing

Vor dem Hintergrund des Beschlusses des BVerfG 2 BvR 1161/19 wird der EuGH sicherlich in näherer Zeit Gelegenheit erhalten, seine Rechtsprechung zum Transfer Pricing und der Niederlassungsfreiheit

13 EuGH, 8.10.2020 – C-558/19, Impresa Pizzarotti, ECLI:EU:C:2020:806, BB 2021, 927.

14 Hierzu Andresen, Ubg 2021, 237; Bopp, HFR 2021, 504; Dörr, DB 2021, M4–M5; Ebeling/Borgmann, ISR 2021, 165; Haverkamp/Meinert, DStRK 2021, 126; Haselmann/Bösken, IWB 2021, 416; Steinhauß, jurisPR-SteuerR 22/2021, Anm. 4; Böing/Rösen, EstB 2021, 230; Gläser/Zöllner, FR 2021, 628; Kraft, NWB 2021, 1288; Steiner/Ullmann, DStZ 2021, 698; Hummel, UR 2021, 736; Witte, AW-Prax 2021, 561.

15 BFH, 27.2.2019 – I R 73/16, BB 2019, 1327 m. BB-Komm. Bünning, RIW 2019, 396 Ls, StB 2019, 208 Ls.

16 Die mündliche Verhandlung hierzu fand am 13.1.2022 statt.

17 FG Düsseldorf, 10.11.2015 – 6 K 2095/13 K, EFG 2017, 553.

18 S. oben Fn. 12.

19 Z. B. Gosch/Rautenstrauch, GmbHR 2019, R 179; BB-Komm. Bünning, BB 2019, 1330; Breuninger, GmbHR 2019, 730; Kahlenberg/Kempelmann/Rieck, DB 2019, 1752; Tcherweniacki/Haverkamp, Ubg 2019, 555; Eggert, BB 2019, 2327; Gosch, DStR 2019, 2441; Kraft/Hohage, FR 2019, 1115; Gläser/Zöllner, ISR 2020, 78.

20 Die pauschale Behauptung des BFH wurde zwischenzeitlich auch empirisch widerlegt: Nolden/Ebeling, IStR 2021, 10.

21 S. oben Fn. 12.

22 S. die Vorlageentscheidung des FG Rheinland-Pfalz, 28.6.2016 – 1 K 1472/13, EFG 2016, 1678, Rn. 12, 35; s. auch Eggert, BB 2019, 2331.

weiter zu konkretisieren. Es ist möglich, dass die EuGH-Urteile Hornbach²³ und Impresa Pizzarotti²⁴, die wiederum auf dem SGI-Urteil des EuGH aus dem Jahr 2010 beruhen,²⁵ sich erheblich auf das materielle Transfer Pricing innerhalb der EU auswirken werden. Dabei sind verschiedene Fallgruppen denkbar, in denen wirtschaftliche Gründe Abweichungen vom Fremdüblichen rechtfertigen können. Dazu gehören insbesondere Sanierungen, der Ausbau des Geschäfts des Konzerns in einem anderen Mitgliedstaat und die effiziente Allokation von Ressourcen.

– Sanierungen: Dem Hornbach-Urteil des EuGH lag ein Fall zu Grunde, in dem eine in Deutschland ansässige AG zur Stützung von zwei niederländischen Kapitalgesellschaften, an denen sie mittelbar zu 100% beteiligt war, Patronatserklärungen abgab. Das für die Fortführung und geplante Erweiterung des Geschäftsbetriebs der beiden niederländischen Tochtergesellschaften erforderliche Kapital wurde von Banken darlehensweise gewährt. Beide Tochtergesellschaften waren nur unzureichend mit Eigenkapital ausgestattet. Das BMF wollte die Grundsätze des Hornbach-Urteils, wonach wirtschaftliche Gründe Abweichungen vom Fremdüblichen rechtfertigen können, zunächst nur auf Sanierungen anwenden.²⁶ Das entsprechende BMF-Schreiben wurde allerdings mit Veröffentlichung der VWG VP aufgehoben.²⁷ Die VWG VP enthalten nur noch einen kurzen Absatz zum Hornbach-Urteil, wonach die Gewährung von Sicherheiten für eine Konzerngesellschaft bei Vorliegen wirtschaftlicher Gründe einen nicht entgeltfähigen Gesellschafterbeitrag darstellt.²⁸ Womöglich wartet das BMF weitere EuGH-Urteile ab, bevor es allgemein dazu Stellung nimmt, inwieweit wirtschaftliche Gründe fremdunübliche Transaktionen rechtfertigen können.

– Ausbau des Geschäfts des Konzerns in einem anderen Mitgliedstaat: Auch diese Fallgruppe ist im Hornbach-Urteil ausdrücklich benannt. Darin geht der EuGH davon aus, dass nicht fremdübliche Bedingungen bei der Gewährung von Kapital durch eine Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft für die Erweiterung des Geschäftsbetriebs gerechtfertigt sein können, wenn die Tochtergesellschaft nicht über ausreichendes Eigenkapital verfügt. Aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtung hat die Muttergesellschaft regelmäßig ein erheblich größeres wirtschaftliches Interesse an dem Ausbau des Geschäfts ihrer Tochtergesellschaft als zum Beispiel eine unabhängige Bank.

– Effiziente Ressourcen-Allokation: Es ist möglich, dass die Grundsätze der EuGH-Urteile SGI, Hornbach und Impresa Pizzarotti und die zukünftige EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit zu einer weitergehenden Modifikation des Fremdvergleichsgrundsatzes innerhalb der EU führen werden. Die Konzernobergesellschaft hat ein wirtschaftliches Interesse an der vollen und effizienten Nutzung der in den einzelnen Konzerngesellschaften vorhandenen Ressourcen. Häufig gibt es daher wirtschaftliche Gründe, innerhalb eines Konzerns Ressourcen wie Kapital, Personal, immaterielle Werte, Anlagenkapazitäten oder Waren zu Preisen unterhalb der Marktpreise zu überlassen.²⁹ Danach wäre die Anpassung der konzerninternen Verrechnungspreise durch die Steuerbehörden innerhalb der EU auf rein künstliche steuergetriebene Konstruktionen beschränkt.³⁰ Das EuGH-Urteil in der Sache Impresa Pizzarotti betraf Darlehen, die von einer rumänischen Zweigniederlassung an ihr italienisches Stammhaus gewährt wurden. Auch in dieser Konstellation muss der Steuerpflichtige gemäß dem EuGH die Möglichkeit

haben, wirtschaftliche Gründe vorzutragen. Dies spricht für ein weites Verständnis der EuGH-Rechtsprechung. Eine Zweigniederlassung kann ihr Stammhaus nicht sanieren und die Darlehen wurden offenbar auch nicht zur Erweiterung des Geschäftsbetriebs in einem anderen Mitgliedstaat gewährt.³¹

In seiner bisherigen Rechtsprechung stützt der EuGH den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darauf, dass die Verrechnungspreisregeln in rein inländischen Sachverhalten nicht greifen. Daraus folgt, dass die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung begrenzt sein werden auf Fälle, in denen die Einkommenskorrektur nicht gleichermaßen auf Vorschriften gestützt werden kann, die anders als § 1 AStG auch für rein inländische Sachverhalte gelten.³² In Deutschland kommen hier insbesondere die Regelungen zur verdeckten Gewinnausschüttung³³ und zur verdeckten Einlage³⁴ sowie zur Einschränkung des Abzugs bestimmter Finanzierungsaufwänden von Gesellschaftern³⁵ in Betracht. Besondere Bedeutung dürfte die EuGH-Rechtsprechung bei der Gewährung von nicht einlagefähigen Vorteilen durch den Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses haben (z.B. die Überlassung von Personal oder die Nutzungsüberlassung von Wirtschaftsgütern), bei der eine verdeckte Einlage nicht in Betracht kommt.³⁶ In diesen Fällen kommt es auf § 1 AStG an. Daneben gibt es zahlreiche Fälle, zum Beispiel bei Funktionsverlagerungen (§ 1 Abs. 3b AStG) oder der Zuordnung von Erträgen aus immateriellen Werten anhand der DEMPE Funktionen (§ 1 Abs. 3c S. 4 AStG), in denen eine Korrektur in grenzüberschreitenden Fällen deutlich weiter gehen kann als bei inländischen Sachverhalten.

5. Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG durch den BFH

Der Beschluss des BVerfG wird sich erheblich auf die Rechtsprechung des BFH zum Transfer Pricing auswirken. Das neue BFH-Urteil in dem Verfahren, das vom BVerfG an den BFH zurückverwiesen wurde (Az. I R 15/21), ist jedoch noch nicht veröffentlicht.

Einen ersten Eindruck von der zukünftigen BFH-Rechtsprechung zu konzerninternen Finanzierungen gibt das BFH-Urteil in der Sache I R 32/17 vom 9.6.2021. In dem Verfahren I R 32/17 erging bereits am 19.6.2019 ein Urteil des BFH, das allerdings durch BFH-Beschluss vom 3.3.2021 als unwirksam festgestellt wurde. Der damalige Vorsitzende des 1. Senats des BFH hatte ohne Rücksprache mit seinen Senatskollegen in der bereits abgestimmten Urteilsbegründung einen

23 S. oben Fn. 12.

24 S. oben Fn. 13.

25 EuGH, 21.1.2010 – C-311/08, Société de Gestion Industrielle SA (SGI), ECLI:EU:C:2010:26, Slg. 2010, I-487, EWS 2010, 37, 80 m. EWS-Komm. Bron, DStRE 2010, 729.

26 BMF, 6.12.2018 – IV B 5 – S 1341/11/10004-09, BStBl. I 2018, 1305; hierzu Eggert, BB 2019, 417.

27 Ziffer 6.1 VWG VP.

28 Ziffer 3.97 VWG VP.

29 S. zur Allokation von Ressourcen in Konzernen Schön, IStR 2011, 779, und ausführlich Schön, in: Richelle/Schön/Traversa, Allocating Taxing Powers within the European Union, 2013, S. 75 ff.; s. auch Geuenich/Sassmann, in: Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise (Aktualisierung 2), 5. Aufl. 2020, Kapitel F, Rn. 64 ff.

30 S. EuGH, 21.1.2010 – C-311/08, Société de Gestion Industrielle SA (SGI), ECLI:EU:C:2010:26, Slg. 2010, I-487, EWS 2010, 37, 80 m. EWS-Komm. Bron, DStRE 2010, 729, EuGH, 31.5.2018 – C-382/16, Hornbach-Baumarkt, ECLI:EU:C:2018:366, BB 2018, 1429 Tenor, EWS 2018, 228, RIW 2018, 539, und EuGH, 8.10.2020 – C-558/19, Impresa Pizzarotti, ECLI:EU:C:2020:806, BB 2021, 927; vgl. Cloer/Hagemann, DStR 2018, 1226 f.; Eggert, BB 2019, 418.

31 Vgl. Gläser/Zöller, FR 2021, 634.

32 Kritisch hierzu Schön, IStR 2011, 781.

33 § 8 Abs. 3 S. 2 KStG.

34 § 8 Abs. 3 S. 3 KStG.

35 § 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG und bzgl. 40% des Aufwands § 3c Abs. 2 S. 2 ff. EStG; hierzu Eggert, BB 2019, 2330.

36 KStR 2015 H 8.9 „Einlagefähiger Vermögensvorteil“.

Hinweis gestrichen, wonach bei Darlehen eine Risikokompensation über den Zinssatz in Betracht kommt.

In dem Urteil vom 9.6.2021 – I R 32/17 hat der BFH die Sache an das FG Köln zurückverwiesen. Nach Ansicht des BFH reichen unter anderem die Tatsachenfeststellungen des FG Köln betreffend die Teilwertabschreibung von Darlehen, die einer im Ausland ansässigen Tochtergesellschaft gewährt wurden, nicht aus. In seiner rechtlichen Beurteilung geht der BFH davon aus, dass der Fremdvergleich nicht zwingend auf bankübliches Verhalten abstellen muss und auch nicht in jedem Fall Sicherheiten gewährt werden müssen. Es kommt auf eine Gesamtschau aller Umstände an, wozu unter anderem die Bonität des Schuldners, das Verhalten der Unternehmensgruppe und die Höhe des Zinses gehören. Entscheidend ist, ob es einen Markt für vergleichbare Darlehen gibt. Ist dies der Fall, beschränken sich etwaige Anpassungen nach § 1 Abs. 1 AStG auf die Höhe des Zinssatzes, der eine ausreichende Risikokompensation bieten muss.³⁷

Mit dieser rechtlichen Beurteilung berücksichtigt der BFH die Vorgaben des BVerfG-Beschluss vom 4.3.2021 zum Transfer Pricing. Zugleich nähert sich die Rechtsprechung des BFH den OECD-Verrechnungspreisleitlinien an. In Kapitel X Ziffer B.1 OECD-Verrechnungspreisleitlinien 2022 wird anhand zahlreicher Kriterien dargelegt, unter welchen Umständen eine als Darlehen bezeichnete Gewährung von Kapital für den Fremdvergleich nicht als Fremdkapital angesehen werden kann. Damit gibt es für die Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung konkrete Kriterien, wann bei konzerninternen Darlehen lediglich eine Preiskorrektur in Betracht kommt, bzw. unter welchen Umständen auch die Darlehensgewährung dem Grunde nach fraglich ist.³⁸

Zu Wertminderungen von konzerninternen Forderungen werden voraussichtlich in nächster Zeit auch noch finanzgerichtliche Urteile in Verfahren ergehen, die der BFH an die Finanzgerichte zurückverwiesen hatte.³⁹ Aufgrund der Entscheidung des BVerfG vom 4.3.2021 und der Änderung der Rechtsprechung des 1. Senats des BFH in dem Urteil vom 9.6.2021 – I R 32/17 sind die Finanzgerichte hier trotz § 126 Abs. 5 FGO nicht mehr an die bisherige rechtliche Beurteilung des BFH gebunden.⁴⁰

III. Die Urteile des BFH vom 18.5.2021 – I R 4/17 und I R 62/17

In den Urteilen vom 18.5.2021 – I R 4/17 und I R 62/17 äußert sich der BFH zur Bestimmung der fremdüblichen Zinshöhe in Bezug auf § 8 Abs. 3 S. 2 KStG. Die Ausführungen des BFH lassen sich auf den Fremdvergleich nach § 1 Abs. 1 AStG übertragen. Die vorinstanzlichen Urteile des FG Münster und des FG Köln vertraten gegensätzliche Ansichten zum Fremdvergleich, was in der Praxis für Rechtsunsicherheit gesorgt hat.

1. BFH-Urteil I R 4/17 – Vorinstanz FG Münster

Das FG Münster hat mit Urteil vom 7.12.2016 – 13 K 4037/13 K,F über einen Fall entschieden, in dem eine deutsche GmbH in den Jahren 2002 bis 2004 ungesicherte Darlehen (Zinssatz bis zu 6,45 % p. a.) von einer in den Niederlanden ansässigen Schwestergesellschaft erhalten hat. Die Schwestergesellschaft refinanzierte die Darlehen teilweise über Bank- und Gesellschafterdarlehen. Auch die deutsche GmbH nahm Bankdarlehen auf, die durch eine Bürgschaft der Muttergesellschaft abgesichert waren (Zinssatz 2,6 % – 4,1 % p. a.).

Das FG Münster stimmte mit dem FA überein, dass die Preisvergleichsmethode in diesem Fall nicht anwendbar sei, da die deutsche GmbH keine vergleichbaren Preise vorgelegt habe. Die Bankdarlehen, die die GmbH aufgenommen hatte, sollten nicht als interne Vergleichspreise geeignet sein, da sie durch die Muttergesellschaft gesichert waren. Externe Vergleichspreise sollten nicht zur Verfügung stehen, weil die niederländische Tochtergesellschaft nicht mit einem dritten Kreditgeber vergleichbar sei und weil die GmbH keine gültige Einschätzung ihrer Kreditwürdigkeit vorgelegt hat und das Gericht bezweifelt, dass die Einschätzung der Kreditwürdigkeit einer einzelnen Konzerngesellschaft tatsächlich sinnvoll ist. Das FG Münster kam zu dem Ergebnis, dass die Darlehensberechnung nach der Kostenaufschlagsmethode zu erfolgen hat und das FA die Finanzierungskosten der niederländischen Tochtergesellschaft schätzen durfte, weil die deutsche GmbH diese Kosten in ihren Verrechnungspreisunterlagen nicht offengelegt hat.

Diese pauschale und teilweise spekulative Urteilsbegründung hat der BFH in seinem Urteil vom 18.5.2021 – I R 4/17 verworfen.⁴¹ Er hat die Sache mit der Vorgabe an das FG Münster zurückverwiesen, dass dieses sich viel genauer mit der Möglichkeit eines internen oder externen Preisvergleichs auseinandersetzen muss.⁴² Dabei verweist der BFH mehrfach auf Kapitel X der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien zu Finanztransaktionen. Bei der für den Preisvergleich erforderlichen Bonitätsprüfung geht der BFH davon aus, dass diese auf Stand-Alone-Basis bezogen auf die einzelne Konzerngesellschaft zu erfolgen hat, die Konzernzugehörigkeit bei dieser Betrachtung jedoch mit berücksichtigt werden muss.⁴³

Das BFH-Urteil vom 18.5.2021 – I R 4/17 steht teilweise im Widerspruch zu den VWG VP. Während der BFH die Preisvergleichsmethode für die Grundmethode bei konzerninternen Finanzierungen hält, möchte die Finanzverwaltung im Fall von funktionsarmen Finanzierungsgesellschaften grundsätzlich die Kostenaufschlagsmethode anwenden (Ziffer 3.92 VWG VP).⁴⁴

2. BFH-Urteil I R 62/17 – Vorinstanz FG Köln

Dem Urteil des FG Köln vom 29.6.2017 – 10 K 771/16 lag ein Fall zu Grunde, in dem eine inländische GmbH im Jahr 2012 den Erwerb einer anderen GmbH im Wesentlichen über ein vollumfänglich besichertes Bankdarlehen (Zinsen durchschnittlich 4,78 % p. a.) und ein unbesichertes nachrangiges Darlehen der deutschen Mutterkapitalgesellschaft (Zinsen 8 % p. a.) finanziert hat.

Das FG Köln kam zu dem Ergebnis, dass für das Gesellschafterdarlehen ein Zinssatz von 5 % p. a. angemessen sei. Den Zinssatz für das besicherte Bankdarlehen in Höhe von 4,78 % p. a. setzte das Gericht als internen Vergleichspreis ohne Anpassungen an. Das Fehlen von Sicherheiten und die Nachrangigkeit des Gesellschafterdarlehens (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) sollten die Verwendung des Bankdarlehens als Vergleichspreis nicht ausschließen, da nach deutschem Recht Gesellschafterdarlehen im Falle einer Insolvenz immer nachrangig sind, auch wenn sie besichert sind. Außerdem hätte die deutsche Gesell-

37 S. Becker/Schumann, IStR 2021, 944 ff.; Märrens, jurisPR-SteuerR 4/2022, Anm. 1.

38 Zu dieser Abgrenzung Eggert, BB 2019, 2327 ff.

39 Verfahren läuft noch: I R 81/17, I R 21/18.

40 Seer, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Stand: 168. Lfg. 11.2021, § 126 FGO, Rn. 92.

41 Ausführlich zu diesem BFH-Urteil Andree/Bärsch/Engelen, IStR 2021, 900.

42 Zum externen Preisvergleich mittels Anleihen Ebeling u. a., IStR 2018, 841.

43 Empirische Untersuchung zum Konzernrückhalt Köhler/Neumann/Scholz, DStR 2019, 704.

44 Hierzu Schnitger/Schäfer, IStR 2021, 2021, 848; Salzmann, DStRK 2021, 323; Schaden/Käshammer, IStR 2022, 1.

schaft über ausreichende Substanz verfügen müssen, um die Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens zu gewährleisten, da der Kaufpreis für den Erwerb der GmbH-Anteile höher war als die besicherten Bankdarlehen. Der Konzernrückhalt sollte für die Beurteilung des angemessenen Zinssatzes keine Rolle spielen.

Mit Urteil vom 18.5.2021 – I R 62/17 hat der BFH das Urteil des FG Köln aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Das FG Köln ist rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gekommen, ein unabhängiger Dritter hätte das Darlehen zu einem Zinssatz von 5 % p. a. gewährt. Der Hinweis auf § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ist aus Sicht des BFH unbeachtlich. Ein gedachter unabhängiger Darlehensgeber hätte mit seiner Forderung keinem gesetzlichen Nachrang unterlegen und daher voraussichtlich für eine fehlende Besicherung eine Risikokompensation in Form eines höheren Zinssatzes verlangt. Auch der Hinweis auf die Höhe des Kaufpreises für die GmbH-Anteile ist aus Sicht des BFH viel zu pauschal, weil ein unabhängiger Dritter für seine Risikobetrachtung auch eine mögliche negative wirtschaftliche Entwicklung berücksichtigt hätte. Aus Sicht des BFH kommt für die Bestimmung des fremdüblichen Zinssatzes für das Gesellschafterdarlehen grundsätzlich sowohl ein interner wie auch ein externer Preisvergleich in Betracht. Für den internen Preisvergleich kann das Bankdarlehen als Ausgangspunkt dienen, wobei der Zinssatz sachgerecht angepasst werden muss.⁴⁵ Bei einem externen Preisvergleich muss untersucht werden, ob es einen Markt für entsprechende nachrangige Darlehen gibt.

IV. Fazit

Aufgrund der geschilderten Entwicklungen des Transfer Pricings müssen sich die Steuerpflichtigen weniger Sorgen machen, dass die

wirtschaftlichen Gegebenheit des Unternehmens in Betriebsprüfungen und späteren finanzgerichtlichen Verfahren unter Hinweis auf pauschale nicht belegbare Mutmaßungen zum Fremdvergleich einfach ignoriert werden. Die stärkere Berücksichtigung der ökonomischen Realität bei der Bestimmung von Verrechnungspreisen führt allerdings dazu, dass auch die Anforderungen an die Verrechnungspreisdokumentation steigen. Zum Beispiel muss bei immateriellen Werten genau dargelegt werden, ob und gegebenenfalls inwieweit DEMPE Funktionen durch Personen ausgeübt werden, die dem Eigentümer/Inhaber nahestehen. Insofern ist auch die Vorlage von § 162 Abs. 4 AO durch des FG Bremen an den EuGH interessant.⁴⁶ Der EuGH muss jetzt prüfen, ob die rigorosen Regelungen zu Zuschlägen bei Nichtbeachtung der Dokumentationspflichten in EU-Fällen mit den Grundfreiheiten vereinbar sind.

Dr. Andreas Eggert, RA/StB, ist Counsel in der Praxisgruppe Steuerrecht der Sozietät Hogan Lovells International LLP in München. Die Beratung im Bereich Transfer Pricing gehört zu den Schwerpunkten seiner Tätigkeit.



⁴⁵ Ausführlich zu solchen Anpassungen *Ebeling/Grundmann/Nolden*, IStR 2018, 581.

⁴⁶ FG Bremen, 7.7.2021 – 2 K 187/17 (3); Az. des EuGH C-431/21; hierzu *Ditz/Licht*, DB 2021, 2314.

FG Köln: Besteuerung von Kryptowerten

FG Köln, Urteil vom 25.11.2021 – 14 K 1178/20, Rev. eingelegt (Az. BFH IX R 3/22)

ECLI:DE:FGK:2021:1125.14K1178.20.00

LEITSATZ (DES KOMMENTATORS)

Gewinne aus der Veräußerung von Kryptowerten sind nach § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG als privates Veräußerungsgeschäft steuerpflichtig.

EStG § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; AO § 39 Abs. 1, Abs. 2, § 93 Abs. 1a, § 30a Abs. 3, § 164; KWG § 1 Abs. 11 S. 1 Nr. 7, Nr. 10, S. 4, Abs. 1a S. 2 Nr. 6; BGB § 194, § 433, § 90, § 135, 136, § 453 Abs. 1; HGB § 255 Abs. 1; GG Art. 100 Abs. 1

SACHVERHALT

Streitig ist, ob die Gewinne aus der Veräußerung von Kryptowerten (hier: Bitcoin, Ethereum und Monero) nach Maßgabe der § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG) als privates Veräußerungsgeschäft steuerpflichtig sind.

Die Geschäfte des Klägers mit Kryptowerten gingen nach seinen Erklärungen im Schriftsatz vom 06.09.2021 und in der mündlichen Verhandlung wie folgt von statten: Im Zeitraum vom 00.00.2014 bis zum 00.00.2016 habe er Bitcoins erworben und dazu auf der Handelsplattform „bitcoin.de“ ein Konto angelegt. Wegen der Einzelheiten der Erwerbe wird auf die Aufstellung

auf S. 3 des Schriftsatzes vom 06.09.2021 Bezug genommen. Wenn er Bitcoins erworben habe, sei er mit dem Geld durch Überweisung des vereinbarten Geldbetrags auf das vom Verkäufer angegebene Konto in Vorleistung getreten, der Verkäufer habe dann die Bitcoins überwiesen. Bei den Namen dieser Personen habe es sich aber auch nur um ein Pseudonym handeln können. Er habe selbst einen privaten Schlüssel hergestellt. Bei „bitcoin.de“ habe nur eine Zwischenadresse bestanden, darauf habe der Geschäftspartner die Bitcoins überwiesen. Er habe diese danach auf eine private Adresse transferiert. Nachdem in den Jahren 2014 bis 2016 viele Börsen und zwar auch in Asien wie etwa China und Südkorea entstanden waren, habe er auch Token getauscht, wobei er sich die seinerzeit bestehenden Preisunterschiede an den Börsen zunutze gemacht habe.

Weitere Bitcoins erwarb der Kläger im Zeitraum nach dem 00.00.2016 bis Ende 2016. Für diesen Zeitraum sei es dem Kläger nicht mehr möglich, nachvollziehbar zu rekonstruieren, wann er die in 2017 veräußerten Einheiten jeweils erworben habe. Die Vorgänge aus dem Jahr 2017 seien alle dokumentiert.

Zu Beginn des Streitjahres 2017 verfügte der Kläger über Bitcoins, die nach seinen Angaben zu diesem Zeitpunkt ca. 20.000 EUR wert waren. Am 2017 tauschte er diese in Einheiten Ethereum, die nach seinen Angaben zu diesem Zeitpunkt insgesamt 25.005,83 EUR wert waren. Aus dem Tausch der Bitcoins resultierte nach der Berechnung des Klägers ein Gewinn von 2.419,87 EUR. Am 2017 wurde das gesamte Ethereum in Einheiten Monero