

TP Perspectives – Newsflash

Liebe Leserinnen und Leser,

die im Rahmen des Entwurfs des Wachstumschancengesetzes¹ angekündigte **Zinshöhenschranke** (bislang § 41 EStG-Entwurf) hat überraschend **keinen Eingang** in den **Gesetzesbeschluss des Bundestages vom 17. November 2023** gefunden. Mit der geplanten und in den letzten Wochen kontrovers diskutierten Zinshöhenschranke sollten Zinsaufwendungen an nahestehende Personen nicht abziehbar sein, soweit diese auf einem über dem Höchstsatz (definiert als Basiszinssatz gemäß § 247 BGB zzgl. zwei Prozentpunkte) liegenden Zinssatz beruhen.

Der **Gesetzesbeschluss des Bundestages** sieht **im Grundsatz** nunmehr eine **Begrenzung des Zinsabzuges auf den Gruppenzinssatz** vor. Höhere Zinssätze werden grundsätzlich als nicht fremdüblich betrachtet (neuer § 1 Abs. 3d AStG). Statt wie bei der angedachten Zinshöhenschranke den Zinsabzug im Wege einer Missbrauchsvorschrift zu begrenzen, handelt es sich beim **neuen § 1 Abs. 3d AStG** aus Sicht des Gesetzgebers lediglich um eine **Konkretisierung des Fremdvergleichsgrundsatzes für Finanzierungsbeziehungen**. Zudem enthält das Gesetz nun eine Regelung, wonach die **Vermittlung bzw. Weiterleitung von Finanzmitteln** im Grundsatz als **funktions- und risikolose Dienstleistung** anzusehen ist (neuer § 1 Abs. 3e AStG).

Die geplanten Änderungen des § 1 AStG sollen ab dem **Veranlagungszeitraum 2024** Anwendung finden.

Dieser Newsflash gibt einen ersten Überblick über die wesentlichen Regelungen des Gesetzesbeschlusses des Bundestages und nimmt eine erste Würdigung der geplanten Änderungen des § 1 AStG vor.

Die geplanten Änderungen des § 1 AStG im Überblick

Nach § 1 Abs. 3d Satz 1 AStG soll der Zinsabzug verwehrt werden, wenn

- der Steuerpflichtige nicht glaubhaft machen kann, dass er den Kapitaldienst (Zins und Tilgung) für die gesamte Laufzeit der Finanzierungsbeziehung von Anfang an hätte erbringen können sowie die Finanzierung wirtschaftlich benötigt (positive Renditeerwartung) und für den Unternehmenszweck verwendet wird (Anlage auf einem Tagesgeldkonto oder im Cash Pool soll nicht zum Unternehmenszweck zählen)

ODER

- soweit der seitens des Steuerpflichtigen zu entrichtende Zinssatz für eine grenzüberschreitende Finanzierungsbeziehung mit einer ihm nahestehenden Person den Zinssatz übersteigt, zu dem sich das Unternehmen unter Zugrundelegung des Gruppenratings gegenüber fremden Dritten finanzieren könnte.

¹ Gesetz zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness.

- Die Regelung enthält eine Gegenbeweismöglichkeit in § 1 Abs. 3d Satz 2 AStG, die den Nachweis des Steuerpflichtigen erfordert, dass ein aus dem Gruppenrating abgeleitetes Rating dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht. Kann der Nachweis vom Steuerpflichtigen erbracht werden, ist dieses bei der Bemessung des Zinssatzes zu berücksichtigen.
- Als Finanzierungsbeziehung i.S.d. § 1 Abs. 3d AStG gelten nach § 1 Abs. 3d Satz 3 AStG insbesondere ein Darlehensverhältnis sowie die Nutzung oder die Bereitstellung von Fremdkapital und fremdkapitalähnlichen Instrumenten.

Dagegen regelt der § 1 Abs. 3e Satz 1 AStG, dass

- die Vermittlung / Weiterleitung von Finanzmitteln innerhalb einer Unternehmensgruppe grundsätzlich als funktions- und risikoarme Dienstleistung zu sehen ist, für die lediglich eine Vergütung auf Kostenaufschlagsbasis verlangt werden kann.
- In den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3e AStG sollen nach § 1 Abs. 3e Satz 2 AStG bspw. Tätigkeiten im Rahmen des Liquiditätsmanagements, des Finanzrisikomanagements, des Währungsrisikomanagements sowie die Tätigkeit als Finanzierungsgesellschaft fallen.
- Die Regelung enthält eine Gegenbeweismöglichkeit in § 1 Abs. 3e Satz 3 AStG, die den Nachweis des Steuerpflichtigen anhand einer Funktions- und Risikoanalyse erfordert, dass es sich nicht um eine funktions- und risikolose Dienstleistung handelt.

Die im Gesetzesbeschluss des Bundestages nunmehr enthaltene grundsätzliche Begrenzung des Zinsabzuges auf einen Gruppenzinssatz in § 1 Abs. 3d AStG sowie die grundsätzliche Charakterisierung der Vermittlung bzw. Weiterleitung von Finanzmitteln nunmehr als funktions- und risikolose Dienstleistung in § 1 Abs. 3e AStG greifen auf Regelungen des Gesetzgebungsverfahrens für das ATAD-Umsetzungsgesetz vom 25. Juni 2021 zurück. Aufgrund zahlreicher fachlicher Zweifel hatten diese Regelungen zum damaligen Zeitpunkt nicht Eingang in das Gesetz gefunden.

Erste Würdigung der geplanten Änderungen des § 1 Abs. 3d AStG

Nur Inbound-Fälle erfasst

Entsprechend dem damaligen ATAD-Umsetzungsgesetz thematisiert der neue § 1 Abs. 3d AStG nur den Zinsaufwand und somit Finanzierungsbeziehungen im Inbound-Fall. Es wird sich wohl erst in der Praxis zeigen, ob die deutsche Finanzverwaltung auch im Outbound-Fall in vergleichsweise pauschaler Weise von einem Gruppenrating ausgeht und bereit ist, Zinserträge zu akzeptieren, die ohne Risikoaufschlag auf das Gruppenrating bestimmt werden. Zweifel sind hier jedoch angebracht.

Qualifizierung als Fremdkapital (§ 1 Abs. 3d Satz 1 AStG)

Die Regelungen des Satzes 1 beziehen sich auf die Frage, ob die Finanzierungsbeziehung überhaupt als Fremdkapital betrachtet wird und somit der damit verbundene Zinsaufwand steuerlich zu berücksichtigen ist. Satz 1 lässt offen, welche steuerlichen Konsequenzen die Nichteinhaltung der genannten Bedingungen nach sich ziehen. Insbesondere bleibt unklar, ob der Zinsaufwand aus der gegenständlichen Finanzierungsbeziehung in Gänze oder nur teilweise nicht für steuerliche Zwecke anerkannt wird.

Die zusätzliche Forderung in Satz 1, dass die Finanzierung wirtschaftlich benötigt (positive Renditeerwartung) und für den Unternehmenszweck verwendet wird (Anlage auf einem Tagesgeldkonto oder im Cash

Pool soll nicht zum Unternehmenszweck zählen), kodifiziert im Wesentlichen Rn. 3.124 der Verwaltungsgrundsätze 2023 (BMF-Schreiben vom 6. Juni 2023).

Auslegung des Fremdvergleichsgrundsatzes (§ 1 Abs. 3d Satz 1 AStG)

Die Art und Weise, wie der Fremdvergleich in § 1 Abs. 3d AStG ausgelegt wird, stellt aus internationaler Sicht einen Alleingang des deutschen Gesetzgebers dar.

In pauschaler Weise wird das Gruppenrating als Grundsatz definiert und somit der Fremdvergleich quasi legal definiert. Ob im Fremdvergleich tatsächlich nur das Gruppenrating Ergebnis einer Analyse sein kann, scheint vor dem Hintergrund der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien mehr als fraglich. Umso widersprüchlicher scheint es, dass die Gesetzesbegründung mehrfach auf ebendiese OECD-Verrechnungspreisrichtlinien verweist, während der Gesetzeswortlaut allein auf das Gruppenrating abstellt. Die Gesetzesbegründung verweist zwar explizit darauf, dass mit dem Fremdvergleichsgrundsatz von dem Nahestehen abstrahiert werden soll; eine überzeugende Begründung, weshalb daraus die Anwendung des Gruppenratings folgt, kann nicht geliefert werden und ist auch nicht der Gesetzesbegründung zu entnehmen.

Letztlich verweisen sowohl die OECD-Verrechnungspreisrichtlinien als auch die jüngste BFH-Rechtsprechung zu konzerninternen Darlehen darauf, dass im Fremdvergleich das Stand-Alone-Rating der Ausgangspunkt einer Fremdvergleichsanalyse sein sollte.

Nachweispflicht beim Abweichen vom Gruppenrating (§ 1 Abs. 3d Satz 2 AStG)

Dem Steuerpflichtigen soll indes die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Verwendung des Gruppenratings für die Ermittlung von fremdüblichen Zinssätzen abzuweichen, sofern im Einzelfall nachgewiesen wird, dass das stattdessen verwendete Rating fremdüblich ist.

Fraglich ist, wie der Nachweis im Einzelfall zu erfolgen hat. In der Gesetzesbegründung wird an dieser Stelle lediglich auf die OECD-Verrechnungspreisrichtlinien verwiesen, wobei nähere Ausführungen zu den Anforderungen an den Nachweis gänzlich fehlen. An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen, dass § 1 AStG darauf abstellt, was fremde Dritte unter gleichen oder vergleichbaren Umständen „vereinbart hätten“. Es entzieht sich demnach das, was fremde Dritte vereinbart „hätten“, schon denklösig einem Nachweis. Dies kann allenfalls durch begründete Überlegungen verplausibilisiert, keinesfalls jedoch nachgewiesen werden.

Die in § 1 Abs. 3d Satz 2 AStG enthaltene Nachweispflicht beim Abweichen vom Gruppenrating wird in letzter Konsequenz die Beweislast zulasten Steuerpflichtigen umkehren. Insofern bleibt abzuwarten, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Nachweis von der Finanzverwaltung in zukünftigen Betriebsprüfungen akzeptiert wird.

Ausgangsbasis beim Abweichen vom Gruppenrating ist das Gruppenrating (§ 1 Abs. 3d Satz 2 AStG)

Der Gesetzeswortlaut setzt einen engen Rahmen, sofern der Steuerpflichtige bei der Bemessung des Zinssatzes vom Gruppenrating abweichen will. Die o.g. Pflicht, das Abweichen von Gruppenrating nachzuweisen, wird im § 1 Abs. 3d AStG um klare Anweisungen ergänzt, wie die Ermittlung eines abweichenden Ratings im Detail zu erfolgen hat.

Während etwa die jüngste BFH-Rechtsprechung sowie die OECD-Verrechnungspreisrichtlinien davon ausgehen, dass zunächst ein Stand-Alone Rating zu erstellen ist und sodann etwaige Effekte einer Konzernzugehörigkeit (sog. Implicit Support) ggfs. positiv im Rating zu erfassen sind, sieht der neue § 1 Abs. 3d AStG

nummehr vor, diese Reihenfolge strikt umzukehren. Ein nachzuweisendes abweichendes Rating soll vielmehr ein aus dem Gruppenrating abgeleitetes Rating sein.

Die Gesetzesbegründung geht in ihrer Argumentation sogar weiter und scheint die fiskalische Motivation der Regelung offenzulegen, die sich vom Fremdvergleichsgrundsatz klar entfernt. So wird in der Gesetzesbegründung ein unreflektiertes Abstellen auf die Bonität einer einzelnen Gesellschaft nicht mit Fremdvergleichserwägungen, sondern pauschal mit etwaigen Gestaltungsmöglichkeiten abgelehnt; gleichzeitig wird klargestellt, dass es akzeptabel sei, eine Bonität der darlehensnehmenden Gesellschaft zu akzeptieren, sofern diese besser sei als die Bonität der Unternehmensgruppe. Dass die Bonität einer Einzelgesellschaft nur in eine Richtung abweichen kann, verdeutlicht die Abkehr vom Fremdvergleichsgrundsatz zugunsten fiskalischer Motive.

Substanzausnahme des § 41 EStG-E entfällt

Auffällig ist, dass im Gegensatz zur ursprünglich avisierten Zinshöhenschranke der neue § 1 Abs. 3d AStG keinen Ausnahmetatbestand vorsieht, wenn der Gläubiger in seinem Sitz- oder Geschäftsleitungsstaat einer wesentlichen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht und dieser Staat verpflichtet ist, Deutschland Amtshilfe im Wege des zwischenstaatlichen Informationsaustausches zu leisten.

Dies stellt insofern eine Verschärfung zur angedachten Zinshöhenschranke dar, als dass nunmehr grundsätzlich selbst Zinsaufwendungen im Fokus von Verrechnungspreisanpassungen stehen können, die aus Darlehen (bzw. anderen Finanzierungsbeziehungen) von substanzstarken Gläubigern resultieren.

Kein Treaty Override

Im Vergleich zum ursprünglichen Gesetzesentwurf, der den steuerlichen Zinsabzug der Höhe nach mit der Zinshöhenschranke im Wege einer Missbrauchsvorschrift begrenzen wollte, hat die nunmehr erfolgte Erfassung im AStG auch verfahrensrechtliche Implikationen. Herauszustellen ist dabei, dass die Regelung des § 1 Abs. 3d AStG keinen gesetzlichen Treaty Override verankert, wie dies zum Beispiel noch im Rahmen der damaligen Einführung eines neuen § 1a AStG-E (Finanzierungsbeziehungen) im ATAD-Umsetzungsgesetz vorgesehen war.

Vielmehr handelt es sich beim neuen § 1 Abs. 3d AStG aus Sicht des Gesetzgebers lediglich um eine Konkretisierung des Fremdvergleichsgrundsatzes für Finanzierungsbeziehungen. Dies würde auch die Gegenkorrektur durch den anderen Staat nach einem dem Artikel 9 OECD-Musterabkommen nachgebildeten Artikel nicht ausschließen. Es ist also davon auszugehen, dass die strenge Auslegung des Fremdvergleichs im neuen § 1 Abs. 3d AStG der Sperrwirkung von Artikel 9 OECD-Musterabkommen bzw. des jeweils einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommens unterliegt.

Der Rechtsprechung wird es damit ermöglicht das Gesetz auch vor der Sperrwirkung des Art. 9 des jeweiligen DBAs zu würdigen. Wie auch im Bereich der weitreichenden Interpretation des Fremdvergleichsgrundsatzes im Rahmen der Funktionsverlagerung könnte es sein, dass das Gesetz insoweit eingeschränkt Wirkung entfalten wird. Zudem ist zu erwarten, dass die Zahl von Verständigungsverfahren im Bereich der grenzüberschreitenden Finanzierungsbeziehungen signifikant ansteigen wird. Eine Doppelbesteuerung, wie sie unter der Zinshöhenschranke (§ 41 EStG-E) grundsätzlich final möglich gewesen wäre, sollte aber vermieden werden können.

Erste Würdigung der geplanten Änderungen des § 1 Abs. 3e AStG

Vermittelnde Tätigkeiten als funktions- und risikoarme Dienstleistung (§ 1 Abs. 3e Satz 1 AStG)

§ 1 Abs. 3e Satz 1 AStG nimmt ebenfalls eine pauschale grundsätzliche Einordnung vor. So stellen nunmehr vermittelnde Tätigkeiten funktions- und risikoarme Dienstleistungen dar, die entsprechend (niedrig) zu vergüten sind. Mit Vermittlungstätigkeiten sind sowohl konzerninterne Vermittlungen erfasst als auch die Weiterleitung von Mitteln von externen Parteien an Konzerneinheiten. Die Gesetzesbegründung nennt dabei explizit die Kostenaufschlagsmethode, welche auf der Grundlage der nachgewiesenen und direkt zurechenbaren Betriebskosten anzuwenden ist. Refinanzierungskosten sind dabei nicht in die Kostenbasis einzubeziehen und sodann mit einer risikolosen Rendite zu berücksichtigen. Dies greift im Wesentlichen den Inhalt der Rn. 3.125 der Verwaltungsgrundsätze 2023 auf. Während die Verwaltungsgrundsätze 2023 allerdings den Anwendungsbereich explizit nennen und dabei Finanzierungsgesellschaften meinen, die nicht über die Fähigkeit und die Befugnis verfügen, das Risiko des Geschäfts zu kontrollieren oder es zu tragen, geht § 1 Abs. 3e Satz 1 AStG umgekehrt vor. Die routinemäßige Dienstleistung wird mithin unterstellt. Ein Escape ist nur für den Nachweis möglich, dass es sich nicht um eine funktions- und risikoarme Dienstleistung handelt.

Die Gesetzesbegründung zieht in Zweifel, ob bei einer Weiterleitung von finanziellen Mitteln überhaupt ein finanzielles Risiko für die weiterleitende Einheit resultieren kann. Diese Zweifel sind mit Blick auf die aktuelle BFH-Rechtsprechung nicht angebracht. So ist nach dem BFH-Urteil vom 18. Mai 2021 (I R 4/17) Ausgangspunkt für die Risikoanalyse das sich aus dem abgeschlossenen Vertrag ergebende Leistungsgefüge und das Verhältnis der Vertragsparteien. Sofern also eine weiterleitende Konzerneinheit in einer Finanzierungstransaktion Rechte, Pflichten und Risiken gegenüber Dritten eingeht und in einem separaten Vertragsgefüge diese Mittel konzernintern weiterleitet, ist das Risiko im Außenverhältnis nicht in Zweifel zu ziehen.

Breite Auslegung von funktions- und risikoarmen Dienstleistungen (§ 1 Abs. 3e Satz 2 AStG)

§ 1 Abs. 3e Satz 2 AStG weitet den Anwendungsbereich von funktions- und risikoarmen Dienstleistungen weiter aus, indem typische Treasury-Funktionen erfasst werden. Auch hier gibt es eine Entsprechung in den Verwaltungsgrundsätzen 2023 (Rn. 3.131), die nunmehr gesetzlichen Rang erlangt. Neben den Cash-Pool-Funktionen ist § 1 Abs. 3e Satz 2 AStG allerdings ebenfalls weitreichend und umfasst neben der Liquiditätssteuerung bspw. die Aufnahme und Anlage am Kapitalmarkt, die Steuerung von Auszahlungen oder die Finanzierung von Unternehmenseinheiten und auch das entsprechende Risikomanagement, wie etwa Steuerung von Zins- und Währungsrisiken oder Liquiditätsrisiken – mithin die Tätigkeit einer Finanzierungsgesellschaft.

Die Interpretation des Fremdvergleichs ist in diesem Punkt sehr weitreichend. Letztlich scheint der Gesetzgeber die Risiken (z.B. aus Geschäften am Kapitalmarkt, Zins- und Währungsrisiken oder Liquiditätsrisiken) nicht zu verneinen, ordnet aber sowohl die Tätigkeiten mit Bezug auf diese Risiken als auch diese Risiken pauschal nicht der betreffenden Gesellschaft zu.

Umkehr der Beweislast

Analog zur Regelung des § 1 Abs. 3d AStG kann der Steuerpflichtige den Nachweis führen, dass es sich nicht um eine funktions- und risikoarme Dienstleistung handelt. Auch hier ist fraglich, ob ein solcher Nachweis denklogisch überhaupt möglich und wie dieser in der Praxis zu führen ist. Dass sich die Regelungen des § 1

Abs. 3e Satz 2 AStG mit der Klassifizierung von Funktionen und Risiken befassen, führt in letzter Konsequenz zu einer Umkehr der Beweislast zulasten Steuerpflichtigen.

Fazit und Ausblick

Am 24. November 2023 soll im Bundesrat über den Gesetzentwurf zum Wachstumschancengesetz abgestimmt werden. Die Unionsfraktion hat jedoch bereits angekündigt, den Vermittlungsausschuss anrufen zu wollen.

Sollte der Gesetzesentwurf auch vom Bundesrat angenommen und damit verabschiedet werden, ist zu erwarten, dass der Verrechnungspreisdokumentation in Betriebsprüfungen ein noch höherer Stellenwert zukommen wird. Das ist damit zu begründen, dass der Steuerpflichtige bei einem vom Gruppenrating abweichenden Rating die Abweichung nachweisen muss. Es ist den Steuerpflichtigen ebenfalls anzuraten, eine ausführliche Debt-Capacity-Analyse für Zwecke der Verrechnungspreisdokumentation vorzunehmen. Nichtsdestotrotz ist abzusehen, dass die Intensität der Diskussionen zu Finanzierungsbeziehungen in Betriebsprüfungen weiter zunehmen wird, u.a. auch da bislang keine Ausführungen vorhanden sind, ob bei einem Outbound-Darlehen ebenfalls das Gruppenrating analog die Ausgangsbasis für die Ermittlung der Zinssätze ist. Der aktuelle Gesetzesentwurf weist damit Diskrepanzen zu den anerkannten OECD-Verrechnungspreisrichtlinien auf, wodurch die Gefahr von Doppelbesteuerung aufgrund von unterschiedlichen Regelungen weiter steigen wird. Es ist daher davon auszugehen, dass die Zahl der Verständigungsverfahren und Klageverfahren im Bereich der Finanzierungsbeziehungen zukünftig zunehmen wird.

Des Weiteren ist anzunehmen, dass die erst kürzlich veröffentlichten Verwaltungsgrundsätze 2023 im kommenden Jahr aktualisiert werden müssen, da die Finanzverwaltung dort die bisherige BFH-Rechtsprechung und die Auffassung der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien hinsichtlich des Stand-Alone-Ratingansatzes übernommen hat.

Zusammenfassend wird mit der geplanten Änderung des § 1 AStG der Zinsabzug auf einen Gruppenzinssatz beschränkt sowie die Vermittlung bzw. Weiterleitung von Finanzmitteln nunmehr als funktions- und risikolose Dienstleistung charakterisiert. Diese Änderungen stehen zu Teilen im Widerspruch zur aktuellen BFH-Rechtsprechung, der Verwaltungsauffassung sowie zu den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien, wodurch ein erhebliches Konfliktpotential auf nationaler Ebene in Betriebsprüfungen und vor Finanzgerichten als auch auf internationaler Ebene in Verständigungsverfahren geschaffen wird. Es bleibt daher abzuwarten, ob der Gesetzesentwurf in dieser Form am 24. November 2023 vom Bundesrat angenommen wird.