

dann relevant sein, wenn sie als Bestandteil eines Firmenwerts anzusehen sind.³⁶

Auf den Punkt gebracht

Neben den auch nach österreichischem Steuerrecht unstrittig als immaterielle Wirtschaftsgüter geltenden Werten (wie zB gewerbliche Schutzrechte und vertragliche Rechte) werden iZm grenzüberschreitenden Verrechnungspreissachverhalten häufig auch immaterielle Werte angesprochen und als für die Verrechnungspreisdokumentation relevant erachtet, deren Wirtschaftsgutcharakter aus Sicht

des nationalen Steuerrechts nicht eindeutig geklärt ist, weil sie von der Finanzverwaltung in anderen steuerlichen Kontexten zT einer anderen Beurteilung hinsichtlich der (eigenständigen) Wirtschaftsguteigenschaft zugeführt werden (zB Kundenstämme) bzw außer iZm grenzüberschreitenden Verrechnungspreisvorgängen gar nicht näher behandelt werden (zB Marktzüge oder Gewinnchancen). Aufgrund der von der österreichischen Finanzverwaltung vertretenen dynamischen DBA-Interpretation unter Heranziehung der revidierten OECD-VPL 2017 ist daher darauf zu achten, dass für die Verrechnungspreisdokumentation noch weitere immaterielle Werte – denen nach österreichischem Steuerrecht keine eigenständige Wirtschaftsguteigenschaft zuerkannt wird – beachtlich sein können.

³⁶ Dementsprechend kann eine steuerliche Erfassung iSd § 6 Z 6 EStG mE nur dann erfolgen, wenn die Übertragung im Rahmen einer grenzüberschreitenden (Teil-)Betriebsverlegung erfolgt. Siehe dazu *Fellinger*, Grenzüberschreitende Überführung, 282 ff.

Bericht über die WU Global Transfer Pricing Conference 2018

Transfer Pricing Developments around the World

Alfred Storck / Florian Navisotschnigg

Das WU Transfer Pricing Center veranstaltete am 8. und 9. 2. 2018 seine jährliche „Global Transfer Pricing Conference“, die sich den weltweiten Entwicklungen im Bereich Transfer Pricing widmete. Die zweitägige Konferenz wurde von über 160 Teilnehmern (einschließlich Referenten und Panelmitgliedern) aus 39 Ländern besucht, wobei alle Hauptakteure des Themengebiets – wie internationale Organisationen (OECD, UN und EU), Berater, Vertreter von Finanzverwaltungen und multinationalen Unternehmen sowie Vertreter der Wissenschaft – an der Konferenz teilnahmen. Am ersten Tag der Konferenz wurden regionale Entwicklungen im Bereich des Transfer Pricing behandelt. Der zweite Tag wurde aktuellen Entwicklungen in bestimmten Themenbereichen (mehrheitlich auch Diskussionsentwürfen auf Ebene der OECD) gewidmet. Die Konferenz gliederte sich in acht Sessions. Zu Beginn jeder Session wurden die aktuellen Entwicklungen im jeweiligen Themenkomplex von einem Autor vorgetragen. Anschließend folgte eine Panel-Diskussion, bei der auch die Konferenzteilnehmer Fragen an das Panel stellen konnten. Die spezifischen Themenbeiträge, die die Grundlage der einzelnen Sessions bildeten, werden wieder in Buchform veröffentlicht.

Dieser Bericht gibt einen Überblick über den Inhalt und die zentralen Diskussionspunkte der acht Sessions.



Prof. Dr. Alfred Storck ist Co-Chairman des WU Transfer Pricing Centers am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.



Mag. Florian Navisotschnigg, BSc. (WU) ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.

Session 1: Global Transfer Pricing Developments

Die erste Session gab einen Überblick über die globalen Transfer-Pricing-Entwicklungen anhand der Arbeiten der OECD, EU, UN, Weltbank und des IWF sowie über den Stand der Umsetzung in wichtigen Jurisdiktionen (zB Country-by-Country-Reporting). Dabei wurde auch aufgezeigt, welche Arbeiten bei der OECD noch im Gange sind (zB die Gewinnzurechnung bei Betriebsstätten, die Leitlinien zur Profit-Split-Methode und zum Transfer Pricing bei Finanzierungen). Außerdem wurden die steu-

errechtlichen Herausforderungen durch die Digital Economy behandelt. Es herrscht zwar international Einigkeit darüber, dass eine Besteuerung grundsätzlich am Ort der Wertschöpfung vorgenommen werden sollte;¹ jedoch bestehen unterschiedliche Auffassungen, welche Faktoren zur Wertschöpfung beitragen und wie man den „Nexus“ definieren könnte.² Ein internationaler Konsens für eine neue Defi-

¹ Vgl. *OECD*, Align Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8–10 – Final Reports (2015).

² Siehe dazu *OECD*, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – Final Report (2015).

dition des „Nexus“ und der Gewinnzurechnung nach Art 7 AOA³ ist derzeit nicht in Sicht, weshalb einige Staaten unilaterale Maßnahmen ergriffen haben, um Unternehmen mit digitalen Geschäftsmodellen zu besteuern. So haben zB Großbritannien und Australien eine sog „*Diverted Profit Tax*“⁴ eingeführt, Indien eine sog „*Equalization Levy*“⁵ und kürzlich Italien eine sog „*Web Tax*“.⁶ Auch in der EU ist die Einführung einer „digitalen“ Betriebsstätte oder alternativer Konzepte ein aktuelles und wichtiges Thema.⁷

Die anschließende Diskussion beschäftigte sich mit der Frage, wie Wertschöpfung in einer zunehmend digitalisierten Welt gemessen werden kann. Dabei bestand Einigkeit, dass es keine Lösung gibt, die auf jeden Fall anwendbar ist (kein „*one size fits all*“). Weiters wurde die Frage diskutiert, ob die Besteuerung im Bestimmungsland analog der Mehrwertsteuer auch bei der direkten Gewinnbesteuerung angewendet werden sollte. Eine weitere Diskussionsrunde beschäftigte sich mit den unterschiedlichen internationalen Aktivitäten (OECD, EU, UN, WCO) im Transfer Pricing und den möglichen Interpretationskonflikten sowie mit der Frage, wie man die aktuellen BEPS-induzierten Regelungen „entpolitisiert“ könne, weil Transfer Pricing als steuerpolitisch neutrales Konzept gesehen werden sollte (anders als aktuell unter dem „BEPS“-Approach).

Session 2: Transfer Pricing Developments in the European Union

Die zweite Session beschäftigte sich mit den Entwicklungen in der EU. Erörtert wurden die umfassenden Transparenzvorschriften, wie zB der Vorschlag zur Veröffentlichung von Country-by-Country-Reports (CbCR),⁸ der Vorschlag für eine Meldepflicht von grenzüberschreitenden Steuerplanungsmodellen („*reportable crossbor-*

³ Siehe hierzu *Petruzzi/Buriak*, Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy: A Possible Answer from a Proper Application of Transfer Pricing Rules? (in Druck).

⁴ Siehe für Großbritannien <https://www.gov.uk/government/publications/diverted-profits-tax-guidance>; siehe für Australien <https://www.ato.gov.au/general/new-legislation/in-detail/direct-taxes/income-tax-for-businesses/diverted-profits-tax/?=redirected> (Zugriff jeweils am 13. 3. 2018).

⁵ Siehe hierzu <http://www.ey.com/in/en/services/tax/ey-india-tax-insights-equalization-levy-indias-action-under-the-beeps-agenda-for-the-digital-economy> (Zugriff am 13. 3. 2018).

⁶ Siehe hierzu *Petruzzi/Buriak*, Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy: A Possible Answer from a Proper Application of Transfer Pricing Rules? (in Druck).

⁷ Vgl *Kofler/Mayr/Schlager*, Digitalisierung und Betriebsstättenkonzept, RdW 2017, 369.

⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Offenlegung von Ertragsteuereinformationen durch bestimmte Unternehmen und Zweigniederlassungen, COM(2016) 198 final (12. 4. 2016).

der arrangements“) für Intermediäre,⁹ der Stand der Diskussion über eine Gemeinsame (Konsolidierte) Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage¹⁰ und die EU-Liste nicht kooperativer Staaten.¹¹ Weitere Themen waren die EU-Diskussion zur Digital Economy,¹² die Arbeiten des EU Joint Transfer Pricing Forum (EUJTPF) sowie allgemeine Überlegungen zu den beihilferechtlichen Entscheidungen der Europäischen Kommission. Hierbei ging es um die Frage, inwiefern sich das „*arm's length principle*“ (ALP) iSd Art 9 OECD-MA von dem „wettbewerbsrechtlichen EU-ALP“ iSd Art 107 Abs 1 AEUV unterscheidet. Letztlich wurde auch die neue Streitbeilegungsrichtlinie dargestellt.¹³

Anschließend beschäftigte sich die Panel-Diskussion zunächst mit Fragen der Transparenz (ua wie sinnvoll es ist, CbCR-Informationen der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, wie „*reportable crossborder transactions*“ definiert werden und ob bereits die Nutzung von Vereinfachungsregelungen darunterfällt). Sehr positiv wurde die neue Streitbeilegungsrichtlinie zur Lösung von Transfer-Pricing-Konflikten beurteilt. Zur Digital Economy wurde die Meinung vertreten, dass eine EU-spezifische Lösung nicht zielführend sei.

Session 3: Transfer Pricing Developments in the United States

Themen der dritten Session waren die US-Steuerreform und deren Auswirkungen auf das Transfer Pricing sowie eine Analyse der bisherigen US-Rechtsprechung zum Transfer Pricing. Aufgrund der Aktualität nahm das erste Thema breiten Raum ein. Generell zeigt sich, dass verschiedene Positionen des Internal Revenue Service (IRS), die in bisherigen Transfer-Pricing-Konflikten vertreten wurden, in das neue Steuergesetz Eingang gefunden haben. So kommt es in Bezug auf immaterielle Vermögensgegenstände zu zwei wesentlichen Erweiterungen:

⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustauschs im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Modelle, COM(2017) 335 final (21. 6. 2017).

¹⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine Gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer Bemessungsgrundlage (GKKB), COM(2016) 683 final (25. 10. 2016).

¹¹ Zurzeit sind neun Länder auf dieser Liste: Amerikanisch-Samoa, Bahamas, Guam, Namibia, Palau, Samoa, St. Kitts und Nevis, Trinidad und Tobago, US Virgin Islands; siehe https://ec.europa.eu/taxation_customs/tax-common-eu-list_de (Zugriff am 13. 3. 2018).

¹² Siehe hierzu <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/12/05/digital-taxation-council-agrees-input-to-international-discussions/> (Zugriff am 13. 3. 2018).

¹³ Richtlinie (EU) 2017/1852 des Rates vom 10. 10. 2017 über Verfahren zur Beilegung von Besteuerungsstreitigkeiten in der Europäischen Union, ABL L 265 vom 14. 10. 2017.

Einerseits wird der Grundsatz einer Bewertung auf Basis einer Portfoliobetrachtung („*aggregate basis*“) eingefügt.

Andererseits umfasst die Definition von immateriellen Vermögensgegenständen nun auch *goodwill*, *going concern* und *workforce*.¹⁴

Die neuen Besteuerungsregeln, wie „GILTI“, eine Art „super sub-part F“ (Sec 951 A IRC)“ in Bezug auf die US Besteuerung von ausländischen Erträgen aus Immaterialgütern, „FDII“ (Sec 250 IRC) mit einer präferenziellen Besteuerung von Erträgen aus der ausländischen Verwertung von Immaterialgütern im US-Eigentum sowie „BEAT“ (Sec 59 A IRC), eine Art Minimumsteuer auf Basis der Nichtabzugsfähigkeit von bestimmten grenzüberschreitenden konzerninternen Zahlungen (nicht COGS und Dienstleistungen ohne Gewinnaufschlag), wurden ebenso erläutert wie die Einführung einer „Zinsschranke“ (Sec 385 IRC) (mit einer Festlegung auf 30 % des EBITDA und später einer EBIT-Grenze).¹⁵

Bei der Analyse der (umfangreichen) US-Rechtsprechung zum Transfer Pricing wurden folgende Aspekte erörtert: In Bezug auf das Lizenzmodell, die unterschiedlichen Beurteilungen der Funktionen von Lizenznehmern („*routine function*“ vs „*entrepreneur*“), die Portfoliobetrachtung mehrerer Immaterialgüter und die Anwendung der „*residual profit split method*“ (vs CUP); in Bezug auf das „*cost sharing model*“, die „Buy-in“-Thematik („*platform contributions*“ und das „Akin-to-Sale“-Konzept) und die unterschiedlichen Bewertungsparameter.

Die Panel-Diskussion widmete sich primär den Auswirkungen der US-Steuerreform auf multinationale Unternehmen und deren Steuerpraktiken und Steuerplanungsmöglichkeiten, wobei wegen der derzeit vielen offenen Fragen zur Auslegung der US-Reformvorschriften keine eindeutigen Aussagen gemacht werden konnten. Insgesamt wurden aber die neuen US-Regeln als mit den BEPS-Maßnahmen konform beurteilt. Die Auswirkungen auf künftige Transfer-Pricing-Gerichtsverfahren betreffend, wurde mehrheitlich die Meinung vertreten, dass die neuen Regelungen die Position des IRS stärken werden und insb Cost-Sharing-Modelle in der Zukunft an Bedeutung verlieren dürften.

Session 4: Transfer Pricing Developments in Developing Countries and Emerging Economies

Die vierte Session beschäftigte sich mit den Entwicklungs- und Schwellenländern und deren Ansätzen zum Transfer Pricing anhand des neuen UN Transfer Pricing Manual 2017. Der Fokus lag dabei auf den Besonderheiten in der Transfer-Pricing-Praxis von Brasilien, China

und Indien.¹⁶ Diese Länder folgen in der Rechtspraxis zwar grundsätzlich dem ALP und den Empfehlungen der OECD-Verrechnungspreisleitlinien (OECD-VPL) und analog dem UN Transfer Pricing Manual, weichen aber an einigen Stellen signifikant davon ab. So hat sich Brasilien mit einem System „fixer“ Margen am weitesten vom OECD-Standard entfernt, dies vorwiegend unter dem Aspekt der Vermeidung von Gewinnverschiebungen. China betont die „*location specific advantages*“ (LSA) und hat das „DEMPE“-Konzept der OECD um ein P für Promotion erweitert („DEMPEP“). Beides dient dazu, die Profitabilität chinesischer Konzerngesellschaften zu erhöhen. Indien hat den „*bright-line test*“ in Bezug auf das wirtschaftliche Eigentum an immateriellen Marketingwerten entwickelt, der aber in neueren Gerichtsentscheidungen abgelehnt wurde, analog dem OECD-Standard.¹⁷ Die Conclusio der Session war, dass sich China und Indien den OECD-Empfehlungen immer mehr annähern, während Brasilien noch weit entfernt davon zu sein scheint. Brasilien will zwar in nächster Zeit der OECD beitreten; ob ein Beitritt mit solch abweichenden Transfer-Pricing-Regeln möglich sein wird, erscheint aber fraglich.

In der Panel-Diskussion wurde ua debattiert, ob weitere Arbeiten am UN TP Manual erfolgen werden (was grundsätzlich bejaht wurde) und ob sich in China die Sicht auf LSA mit den verstärkten Exportaktivitäten chinesischer multinationaler Unternehmen (MNEs) verändern wird (hin zur Sicht als „Comparability“-Faktor analog der OECD). Zudem wurden die Fragen behandelt, ob Indien mit der Einführung der „*Equalization Levy*“ für die Digital Economy gute Erfahrungen gemacht habe und warum neuerdings eine „Nexus“-Lösung („*significant economic presence*“) vorgeschlagen wird.¹⁸ Die Diskussion zeigte anhand des Beispiels Mexikos, dass grundsätzlich zwar OECD-konforme Lösungen angestrebt werden, aber aus praktischen und fiskalischen Gründen verstärkt mit Vereinfachungen gearbeitet wird (zB mit dem Fokus auf Personal und Lohnsumme bei der Value-Chain-Analyse [VCA]).

Session 5: Recent Developments on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting

In der fünften Session wurden die Entwicklungen im Bereich Verrechnungspreisdokumentation und insb CbCR erörtert. BEPS-Aktionspunkt 13¹⁹ brachte für MNEs einen dreigliedri-

¹⁴ Siehe Sec 936(h)(3)(B) Internal Revenue Code (IRC).

¹⁵ Siehe Semadeni/Fiedler, Die US-Steuerreform und Verrechnungspreise, TPI 2018, 6.

¹⁶ Siehe hierfür UN, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (2017), Part D.

¹⁷ Siehe allerdings die Beispiele 8 bis 13 in OECD-VPL 2017 Anhang zu Kap VI, 570.

¹⁸ Siehe hierzu <http://kluwertaxblog.com/2018/02/05/indian-2018-budget-new-nexus-tax-based-virtual-presence/> (Zugriff am 13. 3. 2018).

¹⁹ OECD, Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – Final Report (2015).

gen Ansatz zur Verrechnungspreisdokumentation (Master File, Local Files, CbCR). BEPS-Aktionspunkt 13 ist als „*minimum standard*“ verpflichtend umzusetzen, weshalb per Ende 2017 über 60 Länder diese spezielle Dokumentationsanforderung in nationales Recht implementiert haben (oft verbunden mit der Einführung bzw. Überarbeitung des Master File bzw. Local File). Da diese erhöhte Transparenz mit großer Wahrscheinlichkeit zu häufigeren Streitigkeiten über Verrechnungspreise führen wird, seien neue bzw. verbesserte Mechanismen zur Streitbeilegung essenziell. Die neuen Dokumentationsvorschriften bringen zudem erhebliche Herausforderungen sowohl für Steuerbehörden als auch für MNEs. So müssen Steuerbehörden die IT-Infrastruktur und rechtlichen Rahmenbedingungen für den Austausch von CbCRs aufbauen, während es für MNEs mitunter schwierig ist, die Daten für den CbCR mit angemessenen Kosten zu erhalten. Des Weiteren wurde die Aussagefähigkeit des CbCR kritisch beurteilt.

In der Panel-Diskussion ging es um die Entwicklung der TP-Dokumentation im Zeitablauf: Von ursprünglich einer „Transfer-Pricing-Defense“-Dokumentation (zur Vermeidung von Pönalen) zur heutigen umfassenden „Compliance“-Dokumentation, der notwendigen internationalen Standardisierung (von Master/Local Files) und der Geeignetheit des CbCR für die Zwecke einer Risikoanalyse. Zum letzteren Thema erfolgte eine breit angelegte Diskussion über die Sinnhaftigkeit von „*key performance indicators*“ (KPIs) zur Beurteilung angemessener Verrechnungspreise und über die zusätzliche OECD Guidance zum CbCR.²⁰ Die Diskussion wurde abgeschlossen mit der Frage, wie sich die Praxis in der TP-Dokumentation verhalten sollte, wenn Steuergesetze in einem Land geändert werden.

Session 6: Recent Developments on Comparability Analysis in Transfer Pricing

Die sechste Session beschäftigte sich mit der Vergleichbarkeitsanalyse im Zeitablauf und speziell wie sich diese durch das BEPS-Projekt verändert hat. Vor BEPS wurde weniger Gewicht auf die detaillierte Identifizierung der konzern-internen Transaktion sowie auf den Faktor Risiko²¹ gelegt. Nach BEPS gibt es zwei klare Schritte einer Vergleichbarkeitsanalyse:

1. Die Transaktion muss genau identifiziert werden („*delineating the actual transaction*“).

²⁰ Siehe OECD, Guidance on the Implementation of Country-by-Country Reporting (2018); OECD, Guidance on the Appropriate Use of Information Contained in Country-by-Country Reports (2017).

²¹ Die Kontrolle über das Risiko (vgl. OECD-VPL 2010, Tz 9.20) oder die finanzielle Fähigkeit zur Übernahme des Risikos (vgl. OECD-VPL 2010, Tz 9.29) waren zwei wichtige, jedoch alternative Faktoren.

2. Es wird nach Vergleichstransaktionen gesucht („*comparable search*“).²²

Die OECD-VPL zur Behandlung des Faktors Risiko wurden komplett überarbeitet. Die Kontrolle über das Risiko und die finanzielle Fähigkeit zur Übernahme des Risikos sind jetzt die zwei entscheidenden Faktoren für die Risikoaufteilung.²³ Außerdem wurde die Reihenfolge der fünf Vergleichbarkeitsfaktoren geändert. Die „*Vertragsbedingungen*“ tauschten Platz mit den „*Eigenschaften der Wirtschaftsgüter und Dienstleistungen*“ und stehen somit jetzt an oberster Stelle.²⁴ Damit wurde klargestellt, dass die Vertragsbedingungen der Startpunkt für die Identifizierung einer Transaktion sind.²⁵ Das tatsächliche Verhalten der verbundenen Unternehmen ist aber letztlich ausschlaggebend, dh, die Substanz ist der dominierende Faktor. Zusätzlich wurden die entsprechenden Arbeiten von anderen internationalen Organisationen wie der Weltbank,²⁶ des EUJTPF²⁷ oder der Platform for Collaboration on Tax²⁸ im Bereich der Vergleichbarkeitsanalyse präsentiert (insb die sog. „*alternative approaches*“). Auch die Vergleichbarkeitsanalyse in den beihilferechtlichen Entscheidungen der Europäischen Kommission wurde näher erläutert. Diese weicht – so der Autor des Berichts – deutlich von der Vergleichbarkeitsanalyse in den OECD-VPL ab, weil sie nur auf den ersten Schritt, also die Identifizierung der Transaktion, beschränkt ist.

Die anschließende Diskussion konzentrierte sich auf die wesentlichen Herausforderungen bei der Vergleichsanalyse in der praktischen Anwendung. Problematisch wurde hier vor allem gesehen, dass Sachverhalte in steuerlichen Revisionen und Betriebsprüfungen rückwirkend auf Grundlage der aktuellen OECD Guidance beurteilt werden.²⁹ Des Weiteren wurde diskutiert, wie sich der Pre-BEPS-Ansatz („*nine steps*“) vom Post-BEPS-Ansatz („*two steps*“) unterscheidet und welche „*Tools*“ (zB VCA, RACI, Game Theory) in der Vergleichbarkeitsanalyse eingesetzt werden können. Den Abschluss der Diskussion bildete eine Betrachtung der Arbeiten des EUJTPF und der Herausforderungen einer Vergleichbarkeitsanalyse in den „*Emerging Markets*“ (am Beispiel der APAC-Region).

²² Vgl. OECD-VPL 2017, Tz 1.33.

²³ Siehe OECD-VPL 2017, Kap 1, D.1.2.1.

²⁴ Siehe OECD-VPL 2017, Tz 1.36.

²⁵ Siehe OECD-VPL 2017, Tz 1.42.

²⁶ World Bank Group, Transfer Pricing and Developing Economies: A Handbook for Policy Makers and Practitioners (2016).

²⁷ EUJTPF, Report on the Use of Comparables in the EU (2016), DOC: JTPF/007/2016/FINAL/EN.

²⁸ The Platform for Collaboration on Tax, A Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparables Data for Transfer Pricing Analyses (2017).

²⁹ Wobei „*hindsight*“ nach OECD-VPL 2017, Tz 3.74, nicht zulässig ist.

Session 7: Recent Developments on Transfer Pricing and Intra-Group Financing

In der siebenten Session ging es um Transfer Pricing iZm konzerninternen Finanzierungen. Der Fokus des Vortrags lag auf konzerninternen Darlehen, konzerninternen Garantien und Cash-Pooling. Da die OECD – entgegen Ankündigungen in BEPS-Aktionspunkt 4³⁰ – bisher noch keine Leitlinien zu konzerninternen Finanzierungen veröffentlicht hat,³¹ wurde aufgezeigt, wie diese Themen in der Praxis behandelt werden. Kernfragen dabei sind, ob ein unabhängiges Unternehmen in vergleichbarer Situation die gleichen Mittel ausleihen *könnte* und ob ein unabhängiges Unternehmen in vergleichbarer Situation – wenn es diese Mittel ausleihen *könnte* – diese Mittel auch ausleihen *würde*, also ob diese Transaktionen tatsächlich so stattfinden würden. Der Faktor Risiko hat in Finanzierungstransaktionen einen zentralen Stellenwert, weshalb sich die Frage stellt, wie man Risiken quantifizieren kann. Im Markt werden verschiedene Ansätze zur Messung des Risikos bei Kreditvergaben angewandt, wie zB traditionell die Analyse der Kapitalstrukturen und der Cashflows der kredit-suchenden Konzernunternehmen sowie der Situation des Landes der jeweiligen Tätigkeit (Länderrisiken). Daneben gibt es sowohl qualitative als auch quantitative Ansätze zur Messung von Risiko, wobei in der Praxis hauptsächlich quantitativ-basierte Ansätze verwendet werden (zB Tools wie *RiskCalc* von *Moody's*, mit deren Hilfe die Ausfallwahrscheinlichkeit eines Kredits berechnet werden kann). In letzter Zeit gibt es jedoch eine Bewegung von rein quantitativen Methoden hin zu qualitativ-quantitativen Methoden, die zusätzliche Aspekte wie zB die Beziehung eines Unternehmens zu Finanzinstitutionen (zB Relationship-Management) mitberücksichtigen. Des Weiteren wurde der risikobasierte Ansatz der australischen Steuerbehörde (ATO) bei konzerninternen Finanzierungen erörtert.³²

In der Diskussion ging es zunächst um das Zusammenspiel von der in BEPS-Aktionspunkt 4 vorgeschlagenen „Zinsschranke“ mit dem ALP. Die Ansichten der Länder sind hier unterschiedlich, das Interpretationsspektrum geht von einer Anwendung der „Zinsschranke“ als „backstop“ (zur Begrenzung von Gewinnverschiebungen und quasi als „safe harbour“) bis hin zur parallelen Anwendung beider Regeln (zB in Australien und Großbritannien). Des Weiteren wurden die Schwierigkeiten iZm der

Quantifizierung des „implicit support“ sowie die Probleme der Anwendung des neuen „Risk Framework“ (ua das Zusammenspiel zwischen Corporate Treasury, Finanzgesellschaften und Gruppengesellschaften in Bezug auf Entscheidungen und Kontrolle) erörtert.³³ Abschließend wurden Sonderfragen beim Cash-Pooling angesprochen, insb auch unter Einbezug der Ergebnisse vorhandener Gerichtsentscheidungen.

Session 8: Recent Developments on the Profit Split Method

In der achten Session wurden die aktuellen Entwicklungen im Bereich der Profit-Split-Methode (PSM) erläutert. Die OECD veröffentlichte im Juni 2017 hierzu einen überarbeiteten Discussion Draft³⁴, der wesentliche Unterschiede zum vorherigen Discussion Draft³⁵ aufweist. Eine finale Publikation wird noch für Sommer dieses Jahres erwartet. Der aktuelle Discussion Draft gibt Aufschluss darüber, wann die PSM als „most appropriate method“ angewendet werden könnte: etwa bei „unique and valuable contributions by each of the parties“, „highly integrated business operations“ oder der gemeinsamen Übernahme von wirtschaftlich signifikanten Risiken oder der einzelnen Übernahme von eng verwandten Risiken.³⁶ Anhand zweier Fallbeispiele wurde gezeigt, wie die „contribution profit split method based on comparable data“ und die „residual profit split method“ in der Praxis angewendet werden können und welche Fragen sich dabei stellen.

In der folgenden Panel-Diskussion wurden die Bedingungen für den Einsatz der PSM erörtert und mehrheitlich als nun angemessen beurteilt. Die „contribution profit split method based on comparable data“ wird in der Praxis vergleichsweise selten angewandt, weil es an den Vergleichsdaten mangelt. Die „residual profit split method“ ist in der Praxis häufiger, zB bei Routineunternehmen mit Lizenzen. Die PSM auf Basis von kapitalisierten Kosten wird hingegen kritisch beurteilt, sie kommt allerdings beim Anlagen-/Projektgeschäft vor. Alternative Faktoren für die Anwendung der PSM, wie Compensation, RACI-Matrizen oder Game Theory, wurden sehr kritisch gesehen.

Hinweis: Die nächste „Global Transfer Pricing Conference“ des WU Transfer Pricing Center wird im Frühjahr 2019 stattfinden.

Die Autoren danken Herrn *Matthias Mayer*, LL.M., Research and Teaching Assistant am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien, für die Unterstützung.

³⁰ OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and other Financial Payments, Action 4 – Final Report (2015), Rz 8; siehe auch OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (2013) 17.

³¹ Neben den wenigen Hinweisen in Kap I OECD-VPL 2017 (Beispiele zur impliziten Garantie und Ausführungen zu Konzernsynergien).

³² Siehe <https://www.ato.gov.au/law/view/document?DocID=COG/PCG20174/NAT/ATO/00001> (Zugriff am 13. 3. 2018).

³³ Vgl zu dieser Frage auch *Storck/Holzinger*, Zinsbemessung bei Darlehen im Konzernverbund – FG Münster zur fremdüblichen Verrechnung von Darlehenszinsen, TPI 2017, 216 (216 f).

³⁴ OECD, Public Discussion Draft BEPS Action 10: Revised Guidance on Profit Splits (2017).

³⁵ OECD, Public Discussion Draft BEPS Actions 8–10: Revised Guidance on Profit Splits (2016).

³⁶ OECD, Public Discussion Draft BEPS Action 10: Revised Guidance on Profit Splits (2017), Tz 6 ff.