

Die internationale Allokation von Erträgen und Verlusten  
aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise

Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Max R. Fuss  
aus Berlin

**Referentin:** Prof. Dr. Johanna Hey

**Koreferent:** Prof. Dr. Christian Dorenkamp

**Tag der mündlichen Prüfung:** 21. Dezember 2018

»DIE INTERNATIONALE ALLOKATION  
VON ERTRÄGEN UND VERLUSTEN AUS IMMATERIELLEN WERTEN  
DURCH VERRECHNUNGSPREISE«

## Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
ALS / ALP	Arm's-Length Principle / Arm's-Length Standard
AO	Abgabenordnung
AOA	Authorised OECD Approach
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
BALRM	Basic Arm's-Length Return Method
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BC	Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BFH	Bundesfinanzhof
Bil.	Billionen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BP	Betriebsprüfung
BRICS	Brasilien, Russland, Indien, China, Südafrika
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa

CFA	Committee on Fiscal Affairs
CPM	Comparable Profits Method
CPI	Comparable Profits Interval
CUP	Comparable Uncontrolled Price
CUT	Comparable Uncontrolled Transactions
CTPA	Centre for Tax Policy and Administration
CWIS	Commensurate with Income Standard
DAR	Developer-Assisters Rule
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DCF	Discounted Cash-flow
DEMPE	Development, Enhancement, Maintenance, Protection, Exploitation
d.h.	das heißt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
ESTG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EUR	Euro
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FA	Formulary Apportionment
FASB	Financial Accounting Standards Board
FDI	Foreign Direct Investment
FEA	Fundamental Economic Attributes
f., ff.	folgende
FR	Finanz-Rundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
G20	Group of 20
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKKB	Gemeinsame Konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage
GoB	Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVC	Global Value-Chain
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber

HTVI	Hard-to-Value Intangible
i.Einz.	im Einzelnen
IAS	International Accounting Standards
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFRS	International Financial Reporting Standards
Insb.	insbesondere
Int'l.	international
IP	Intangible Property
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
i.S.d.	im Sinne des
ISR	Internationale Steuer-Rundschau (Zeitschrift)
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
i.Ü.	im Übrigen
IW	immaterieller Wert
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift)
IWG	immaterielles Wirtschaftsgut
KStG	Körperschaftsteuergesetz
MNE / MNC	Multinational Enterprise / Multinational Corporation
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Mrd.	Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OECD-MA	DBA-Musterabkommen der OECD
OECD-MK	DBA-Musterkommentar der OECD
o.g.	oben genannte
PE	Permanent Establishment
PSM	Profit-Split Method
R&D	Research and Development
Rn.	Randnummer
RPSM	Residual Profit-Split Method
s.	Section (UK)

S.	Seite
s.a.	siehe auch
SAT	State Authority on Taxation
Sec.	Section (USA)
sog.	sogenannte
soz.	sozusagen
SPE / SPV	Special Purpose Entity / Special Purpose Vehicle
SPF	Significant People Function
StuW	Steuern und Wirtschaft (Zeitschrift)
TNE / TNC	Transnational Enterprise / Transnational Corporation
TNMM	Transactional Net Margin Method
TP	Transfer Pricing
TPG	Transfer Pricing Guidelines
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
Ubg.	Unternehmensbesteuerung (Zeitschrift)
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UN-MA	DBA-Musterabkommen der UN
U.S.	United States
USD	U.S. Dollar
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom
v.a.	vor allem
VG	Verwaltungsgrundsätze
Vgl.	vergleiche
VRC	Volksrepublik China
z.B.	zum Beispiel

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Kapitel I – Grundlagen der Untersuchung</b> .....	1
<b>Abschnitt I – Problembeschreibung</b> .....	1
A. Einleitung .....	1
B. Problembeschreibung – Die drei Dimensionen des Allokationsproblems.....	4
C. Wirtschaftlicher Kontext.....	11
D. Verrechnungspreisdogmatischer Kontext .....	16
E. Steuerplanungspotential .....	19
F. Kern der Herausforderung: Eine sachgerechte internationale Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise .....	23
G. Die OECD/G20 BEPS-Initiative .....	25
I. Überblick .....	25
II. Entstehen des politischen Anti-BEPS-Impetus.....	25
III. Die Entwicklung der Zielsetzung der BEPS-Initiative.....	28
1. Der Addressing Base Erosion and Profit Shifting Bericht.....	28
2. Der Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.....	30
3. Annahme des Action Plan on BEPS durch die G20 .....	31
4. Das Paradigma „Aligning transfer pricing outcomes with value creation“ .....	32
IV. Verlauf und Abschluss des BEPS-Projekts .....	33
H. Gang der Bearbeitung .....	33
<b>Abschnitt II – Die Anforderungen an das internationale Verrechnungspreissystem zur Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten</b> .....	35
A. Einleitung .....	35
B. Steuerjuristische Anforderungen .....	36
I. Die Vermeidung einer Doppelbesteuerung .....	36
II. Die „Economic allegiance“ gewerblicher Einkünfte.....	37
1. Die Konstruktion des Paradigmas.....	38

a) Entstehen der internationalen Steuerkoordination .....	38
b) Der Economic Experts Report 1923 .....	38
c) Der Technical Experts Report 1925 .....	46
2. Übertragung des Paradigmas auf die internationale Gewinnabgrenzung .....	47
a) Der Carroll Report 1933 .....	47
aa) Darstellung des Carroll Report .....	47
bb) Einordnung des Carroll Report .....	64
b) Die Musterverträge der League of Nations von 1943/46 .....	65
c) Der Entwurf des OECD-Musterabkommens von 1963 und das OECD-Musterabkommen von 1977 .....	67
d) Zusammenfassung zur Entstehungsgeschichte des Art. 9 OECD-MA .....	67
3. Befunde für die Anforderungen an das Verrechnungspreissystem .....	68
III. Leistungsfähigkeitsgerechte Besteuerung .....	70
IV. Trennungsgrundsatz und Veranlassungsprinzip .....	71
V. Dispositionsfreiheit .....	72
VI. Kontinuität zwischen Gestaltungsalternativen .....	72
VII. Spiegelbildlichkeit von Betriebsausgabenabzug und Gewinnausweis .....	73
VIII. Kohärenz des Verrechnungspreissystems .....	74
IX. Gleichlauf mit gesellschaftsrechtlichem Kapitalerhaltungsrecht? .....	74
X. Maßgaben aus internationalen Handelsabkommen .....	74
XI. Maßgaben aus bilateralen Investitionsschutzabkommen .....	75
XII. Maßgaben aus Europarecht .....	76
C. Wirtschaftspolitische Anforderungen .....	77
I. Investitionssicherheit durch Rechtssicherheit .....	77
II. Neutralitätskonzepte .....	78
1. Subjektive Investitionsneutralität .....	78
2. Objektive Wettbewerbsneutralität .....	80

III. Verhinderung von „staatenlosen Einkünften“ .....	82
IV. Effizienz der Steuererhebung .....	82
V. Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen.....	83
VI. Internationaler Steuersatzwettbewerb .....	84
VII. Politische Ökonomie der Besteuerung von direkten Auslandsinvestitionen ...	84
VIII. Konsensfähigkeit; insbesondere Koordination mit BRICS-Staaten.....	85
D. Stellungnahme zu Abschnitt II.....	88
<b>Kapitel II – Die Bestimmung von Verrechnungspreisen für immaterielle Werte nach geltendem nationalen und internationalem Recht.....</b>	<b>90</b>
<b>Abschnitt I – Definition des Transaktionsgegenstands „immaterieller Wert“ .....</b>	<b>90</b>
A. Einleitung – Bedeutung der Definition im transaktionsbasierten System .....	90
B. Vorhandene Definitionen und ihre Zweckbestimmungen .....	91
I. Der Vermögensgegenstand im deutschen Handelsbilanzrecht .....	91
1. Der Zweck der Handelsbilanzierung.....	91
2. Die Definition des „immateriellen Vermögensgegenstands“ .....	91
3. Die handelsbilanzielle Ansatzfähigkeit immaterieller Vermögensgegenstände	92
II. Das Wirtschaftsgut im deutschen Bilanzsteuerrecht .....	93
1. Der Zweck der Steuerbilanzierung .....	93
2. Definition des „immateriellen Wirtschaftsguts“ .....	94
3. Die steuerliche Ansatzfähigkeit immaterieller Wirtschaftsgüter.....	96
III. Der Begriff des Vermögenswertes der IFRS .....	97
1. Der Zweck des IFRS-Abschlusses.....	97
2. Definition des „immateriellen Vermögenswerts“ .....	97
3. Die Ansatzfähigkeit immaterieller Vermögenswerte.....	98
IV. Zwischenergebnis.....	100
V. Definition des „immateriellen Werts“ für Verrechnungspreiszwecke .....	101
1. Zweck des internationalen Verrechnungspreissystems.....	101

2. Vorhandene Definitionen im deutschen Verrechnungspreisrecht.....	102
a) Die Verwaltungsgrundsätze 1983 des BMF.....	102
b) Die Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze 1999.....	102
c) Die Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung 2003.....	103
d) Die Verwaltungsgrundsätze-Verfahren 2005.....	104
e) Gewinnpotenziale und Transferpakete bei Funktionsverlagerungen.....	105
f) Die Betriebsstättengewinnabgrenzungsverordnung 2014 und die Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung 2016.....	109
g) Zwischenergebnis.....	110
3. Rechtsvergleich USA: § 1.482-4(b) U.S. Treasury Regulations.....	111
4. Definitionen in internationalen Verrechnungspreismaterialien.....	112
a) Die OECD-Leitlinien 1979, 1995 und 2010.....	112
b) Die Definition des Discussion Draft 2012 der OECD Working Party No. 6115	
c) Die Definition des OECD/G20 Final BEPS Report 2015.....	115
aa) Kritik an der Definition des Final BEPS Report in der Literatur.....	118
bb) Stellungnahme zu Definition und Kritik.....	120
d) Die Definition der UN-Leitlinien 2017.....	121
C. Fallgruppendifkussion.....	121
I. Know-how und „Assembled Workforces“.....	122
II. Lokale Marktspezifika (sog. „Location specific advantages“).....	123
III. Goodwill und Going-concern-value.....	127
IV. Der sog. Rückhalt im Konzern.....	129
V. Gruppensynergien und „Economies of scale“.....	131
D. Ergebnisse zur Definition des immateriellen Werts.....	133
<b>Abschnitt II – Das ungelöste Kernproblem: Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke.....</b>	<b>134</b>
A. Einleitung.....	134

B. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke nach nationalem Recht .....	136
I. Die Risiko- und Funktionsanalyse als (gesetzliche) Grundlage der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes .....	136
II. Rechtsprechung zur Durchführung der Risiko- und Funktionsanalyse .....	149
1. BFH v. 11.10.2012 – I R 75/11 .....	149
2. BFH v. 17.12.2014 – I R 23/13 .....	153
3. BFH v. 24.06.2015 – I R 29/14 .....	155
4. Bedeutung der Urteile für die Funktionsanalyse bei immateriellen Werten ...	155
5. Reaktion des Bundesfinanzministeriums auf die Urteile .....	156
III. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	161
IV. Rechtsvergleich USA (insb. die sog. „Developer-assisters rule“) .....	162
1. Das U.S. White Paper 1988 .....	164
2. Die U.S. Treasury Regulations 1994 .....	174
a) Grundsätzliches Konzept der Treasury Regulations 1994 .....	175
b) Die sog. „Developer-assisters rule“ (DAR) .....	178
c) Sonderregel für Entwicklung von immateriellen Werten in Umlageverträgen .....	181
3. Zusammenfassung .....	182
C. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke nach internationalem Recht .....	183
I. Die OECD-Leitlinien 1995/2010 .....	183
1. Einleitung – Hintergrund der Revision von 1995 .....	183
2. Das Kapitel I der OECD-Leitlinien 1995/2010 .....	185
3. Das Kapitel II der OECD-Leitlinien 1995/2010 .....	188
4. Das Kapitel VI der OECD-Leitlinien 1995/2010 .....	189
5. Das Kapitel VIII der OECD-Leitlinien 1995/2010 .....	195
6. Das Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 .....	196

a) Einleitung – Dynamik innerhalb des OECD Committee on Fiscal Affairs ..	196
b) Verlauf des Prozesses zur Ergänzung der OECD-Leitlinien 1995.....	199
c) Ergänzung der OECD-Leitlinien um das Kapitel IX 2010 .....	204
7. Zusammenfassung des Konzepts der OECD-Leitlinien 1995/2010 zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten .....	207
II. Der OECD Discussion Draft on Intangibles 2012 .....	209
1. Einleitung – Vorbereitung und Verlauf des Projekts.....	209
2. Die „Intangibles related returns theory“ der OECD Working Party No. 6.....	211
3. Stellungnahme .....	216
III. Revision der OECD-Leitlinien 2010 durch das OECD/G20 BEPS-Projekt .....	217
1. Einleitung .....	217
2. Der Revised Discussion Draft on Intangibles 2013.....	221
3. Das OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable .....	227
4. Der Discussion Draft on the Revisions to Chapter I .....	236
a) Grundstruktur des Teil I des Discussion Draft on Risk.....	237
b) Risikoallokationssystem des Discussion Draft on Risks.....	243
c) Das Recharakterisierungskonzept des Discussion Draft on Risks.....	252
d) Zusammenfassende Stellungnahme und Einordnung .....	256
5. Der OECD/G20 Final BEPS Report 2015 .....	259
a) Finale Revision des Kapitels I, Abschnitt D. ....	261
aa) Abschnitt D.1 „Identifying the commercial or financial relations“ .....	262
(1) Die vertraglichen Bedingungen der Geschäftsbeziehung.....	264
(2) Die Risiko- und Funktionsanalyse .....	270
bb) Abschnitt D.2. „Recognition of the accurately delineated transaction“ .....	292
cc) Zusammenfassung und Stellungnahme zu der finalen Revision des Kapitels I .....	296
b) Finale Revision des Kapitels VI, Abschnitte B.1.-B.2. und D.4. ....	301

aa) Die Abschnitte B.1. „Intangible ownership and contractual terms relating to intangibles” und B.2. „Functions, assets, and risks related to intangibles“ .....	302
(1) Eigentum und vertragliche Abreden in Bezug auf immaterielle Werte....	304
(2) Risiko- und Funktionsanalyse in Bezug auf immaterielle Werte .....	309
(3) Zusammenfassung der Maßgaben des Kapitel VI, Abschnitte B.1. und B.2. ....	322
bb) Der Abschnitt D.4. „Hard-to-value intangibles (HTVI)” .....	323
(1) Einleitung .....	323
(2) Final BEPS Report Kapitel VI, Abschnitt D.4. ....	324
(3) Hintergrund der Regelung: U.S. „Commensurate with income standard“	330
(4) Nationales Recht in Deutschland: § 1 Abs. 3 S. 11 AStG 2008.....	333
c) Finale Revision des Kapitels VIII.....	338
d) Anpassung des Kapitels IX an den Final BEPS Report und Inkorporation in die revidierten OECD-Leitlinien 2017 .....	339
6. Die Revision der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode .....	339
a) Einleitung .....	339
b) Diskussionsentwürfe zur Revision des Kapitels II OECD-Leitlinien 2010....	346
aa) Der Diskussionsentwurf vom 16.12.2014 .....	346
bb) Der Diskussionsentwurf vom 04.07.2016 .....	354
cc) Der Diskussionsentwurf vom 22.06.2017 .....	361
dd) Stellungnahme zur Revision des Kapitels II, Part III, Abschnitt C.....	373
c) Ein Hintergrundproblem: China’s Country Practice .....	374
7. Gesamtbeurteilung der Ergebnisse der BEPS-Initiative .....	377
a) Der Leitgedanke „Aligning transfer pricing outcomes with value creation“ ..	378
b) Der „separate entity approach” und die Bedeutung rechtlicher Positionen ....	381
c) Die Unterscheidung von „accurate delineation“ und „recharacterisation“ .....	383
d) Die Ausübung von Kontrolle in der internationalen Gewinnallokation .....	384
e) Das Verhältnis von Kapitaleinsatz und operativen Risiken und Funktionen..	388

f) Beurteilung anhand der Anforderungen an das Gewinnallokationssystem .....	388
g) Stellungnahme und weitere Aussichten .....	391
<b>Kapitel III – Die Reformierung oder Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes</b> .....	<b>392</b>
<b>Abschnitt I – Bestehende Vorschläge zur Reformierung oder Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes</b> .....	<b>392</b>
A. Einleitung .....	392
B. Globale Formularaufteilung als Gegenpol des Fremdvergleichsgrundsatzes .....	393
C. Kritik des Fremdvergleichsgrundsatzes und Reformvorschläge der Literatur.....	403
I. Der Wechsel zu einem internationalen Formularaufteilungssystem .....	404
II. Hybride Konzepte aus Formularaufteilung und Fremdvergleichsgrundsatz .....	418
III. Inkorporation von Elementen der Formularaufteilung in den Fremdvergleichsgrundsatz .....	427
IV. Lösungen außerhalb der Dialektik von Formularaufteilung und Fremdvergleichsgrundsatz oder außerhalb des Verrechnungspreissystems .....	437
1. International koordinierte Stärkung der Hinzurechnungsbesteuerung .....	437
2. Quellensteuereinbehalt für sog. „Base eroding payments“ .....	439
3. Die Erhebung einer Quellensteuer auf „Synergierenten“ .....	440
4. Nationaler Systemswechsel zu einer „Real worldwide taxation“ .....	443
5. Einführung einer sog. „Destination-based cash flow tax“ (DBCFT) .....	444
6. Unilaterale Maßnahmen: Die sog. „Diverted profits tax“ (DPT) im Vereinigten Königreich und die „Lizenzschranke“ in Deutschland.....	446
V. Stellungnahme zu den vorgestellten Ansätzen und Schlussfolgerung .....	448
<b>Abschnitt II – Vorschlag zur Zusammenführung der Reformmodelle zur Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes in Form eines „Opt-out“-Systems</b> .....	<b>450</b>
A. Einleitung .....	450
B. Materiell-rechtliche Konzeptionierung des Verrechnungspreissystems .....	451
I. Die Erfassung der Wertschöpfung als internationales Allokationsziel .....	451
1. Steuerjuristische Rahmensetzung .....	451

2. Wirtschaftstheoretische Rahmensetzung .....	454
3. Schlussfolgerungen für eine realitätsgerechte Rahmensetzung .....	464
II. Die Anerkennung von Tochtergesellschaften <i>versus</i> Behandlung als Betriebsstätten im System der Gewinnallokation .....	467
III. Die „Geschäftsbeziehung“ als Gegenstand der Verrechnungspreisermittlung – und das ungelöste Problem der gruppeninternen Kapitalallokation .....	469
IV. Die Risiko- und Funktionsanalyse unter der neuen Working Hypothesis.....	470
V. Wahl und Anwendung der sachgerechtesten Verrechnungspreismethode .....	474
C. Verfahrensrechtliche Durchsetzung des Verrechnungspreissystems .....	475
D. Zusammenfassung des Vorschlags für ein „Opt-out“-System .....	478
<b>Kapitel IV – Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Bearbeitung .....</b>	<b>480</b>
Literaturverzeichnis .....	486

# Kapitel I – Grundlagen der Untersuchung

## Abschnitt I – Problembeschreibung

### A. Einleitung

Die internationale Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise zählt – infolge der komplexen juristischen und wirtschaftlichen Probleme, die bei der Anwendung des „Fremdvergleichsgrundsatzes“<sup>1</sup> auf Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten ineinandergreifen – wohl zu den schwierigsten Herausforderungen des internationalen Steuerrechts. Bereits *Mitchell Carroll*, der 1933 den Bericht der League of Nations verfasste, der zur staatsvertraglichen Verankerung des Fremdvergleichsgrundsatzes führen sollte, erkannte dieses Ineinandergreifen der Disziplinen<sup>2</sup> und die betragsmäßige Gewinnabgrenzung bei immateriellen Werten als besonders schwierig.<sup>3</sup> In der Gesetzesbegründung des U.S. Tax Reform Act von 1986 wurden die theoretischen Schwierigkeiten der internationalen Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch den Fremdvergleichsgrundsatz erstmals als sogar fundamental problematisch bezeichnet.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Die Parenthese wird einmalig verwendet, um deutlich zu machen, dass „der Fremdvergleichsgrundsatz“ kein in sich geschlossenes, kohärentes System darstellt, sondern – spätestens seit Einführung der transaktionsbezogenen Gewinnmethoden durch die OECD-Leitlinien 1995 – einen Rubrikcharakter aufweist. Vgl. u.a. *Lebowitz*, *Transfer Pricing and the End of International Taxation*, Tax Notes, 1999, Doc 1999-29863, Tz. 21: „[The profit split method is] conceptually based on arm’s-length principles but can be viewed as formulary method with different types of assets used as allocating factors.“ Zur begrifflichen Qualifikation des Fremdvergleichsgrundsatzes als Rubrik, vgl. *Langbein*, *Parliamentary Parentheses, Cognitive Capture, and the Rise of Fractional Apportionment*, *Tax Management International Journal*, BNA Bloomberg, Vol. 39, No. 10, S. 3 („...rubric of “arm’s length”“).

<sup>2</sup> Vgl. League of Nations, *Taxation of Foreign and National Enterprises*, Volume 4: *Methods of Allocating Taxable Income*, 1933 („Carroll Report“), Chapter I, *The Problem of Allocation*, S. 13: „The subject of allocation may be described as being at the cross-roads of all the sciences. It involves not only the fiscal sovereignty of States, and civil, commercial and sometimes penal law, but also commercial geography, economics, business management, and — last, but not least — accounting.“

<sup>3</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 191: „There is apparently no theoretically perfect rule for determining exactly how much of the income is attributable to each establishment any more than there is an accurate way for apportioning the compensation of an individual workman to his hands and his feet, and to his brain which has coordinated all his efforts. Income is sometimes classified, for tax purposes, as income from capital, income from work, and income from work and capital combined, the profits of an industrial and commercial enterprise being included in the last mentioned category. It is obvious that the proportion of work to capital varies from business to business and that, in *the alchemy of a successful business, the intangible, immeasurable element of brainwork is a very important factor, if not the most vital factor. This is impossible to measure accurately...*“ (Kursiv hinzugefügt).

<sup>4</sup> Der U.S. Tax Reform Act 1986 führte daher zur Ergänzungen des nationalen Verrechnungspreisrechts der USA unter Sec. 482 IRC für (i) grenzüberschreitende Übertragungen von immateriellen Werten *innerhalb* von entgeltlichen Geschäftsbeziehungen durch Einführung des sog. „Commensurate with income standard“ (CWIS) in Sec. 482 S. 2 IRC und (ii) *außerhalb* von entgeltlichen Geschäftsbeziehungen gegen Überlassung von Gesellschaftsanteilen durch die Einführung des Sec. 376(d) IRC; die Gesetzesbegründung zu Sec. 367(d) IRC lautete dabei gemäß H.R. Rep. 99-426, 1985, S. 423-425: „The Committee is concerned that the provisions of section 482 may not be operating to assure adequate

Seit dieser Erkenntnis gab es wiederholt Versuche, die Ergebnisse der Verrechnungspreisermittlung für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten durch Anpassung der Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes zu modifizieren. Die bedeutendsten Schritte waren (i) die Internationalisierung<sup>5</sup> der im U.S. White Paper 1988 systematisierten transaktionsbezogenen Gewinnmethoden, die durch die Treasury Regulations 1994 geltendes U.S. Recht wurden, durch die OECD-Leitlinien 1995,<sup>6</sup> (ii) die Ergänzung dieser OECD-Leitlinien 1995 um das Kapitel VI „Special considerations for intangible property“ im März 1996, (iii) die Entwicklung des Authorised OECD Approach<sup>7</sup> (AOA) zwischen 1997-2010<sup>8</sup> sowie (vi) die erste Übertragung der

---

allocations to the U.S. taxable entity of income attributable to intangibles. [...] Many observers have questioned the effectiveness of the "arm's length" approach of the regulations under section 482. [...] A fundamental problem is the fact that the relationship between related parties is different from that of unrelated parties. Observers have noted that multinational companies operate as an economic unit and not "as if" they were unrelated to their foreign subsidiaries. In addition, a parent corporation that transfers potentially valuable property to its subsidiary is not faced with the same risks as if it were dealing with an unrelated party. Its equity interest assures it of the ability ultimately to obtain the benefit of future anticipated or unanticipated profits, without regard to the price it sets. [...] The transferor may well be looking in part to the value of its direct or indirect equity interest in the related party transferee as part of the value to be received for the transfer, rather than to "arm's length" factors. [...] Transfers between related parties do not involve the same risks as transfers to unrelated parties." (Kursiv hinzugefügt) Gleichzeitig wurde durch den U.S. Kongress bei Verabschiedung des U.S. Tax Reform Act 1986 eine grundlegende Untersuchung der Funktionsfähigkeit des Fremdvergleichsgrundsatzes in Auftrag gegeben, die zwei Jahre später als sog. „U.S. White Paper 1988“ vorgelegt wurde; dieses White Paper erarbeitete die Grundlagen der transaktionsbezogenen Gewinnmethoden. Zum U.S. White Paper 1988 ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1.

<sup>5</sup> Vgl. a. Langbein, The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 625, 646; sowie Avi-Yonah, Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation, 2007, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 73, S. 27. Die Autoren untersuchen a.a.O. die „Internationalisierung“ der U.S. Treasury Regulations 1968.

<sup>6</sup> Der *spezifische* Bezug zu immateriellen Werten besteht in der Eröffnung des Anwendungsbereichs und der Funktionsweise der Gewinnmethoden, insb. der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode; deren Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn *beide* Transaktionsparteien „unique and valuable contributions“ in die Transaktion einbringen, insb. immaterielle Werte; die *Funktionsweise* der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode ordnet den Transaktionsparteien einen Gewinnanteil zu, der dem *relativen* Gewicht ihrer Beiträge entspricht, insb. entsprechend dem relativen Wert der immateriellen Werte der Parteien. Welcher Partei immaterielle Werte für Verrechnungspreiszwecke zuzurechnen sind, bestimmen Verrechnungspreismethoden *nicht*, sie sind soz. Rechtsfolgenrecht der Funktionsanalyse. Zur transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.

<sup>7</sup> Der *spezifische* Bezug des AOA zu immateriellen Werten besteht, obwohl dieser im Betriebsstättenkontext entwickelt und formal auf diesen beschränkt wurde, in der *wirtschaftlichen Zuordnungsregeln für immaterielle Werte* entlang der Grundsätze der ausgeübten Personalfunktion sowie in der Anerkennung der Möglichkeit steuerlich Lizenzgebühren zwischen Betriebsstätten zu verrechnen (sog. „notional royalties“). Die Frage der „notional royalties“ scheint klar auf Betriebsstättenkonstellationen beschränkt zu sein, die hinter dem Problem stehende Frage, ob Einkünfte für Steuerzwecke „erschaffen“ werden können (sog. „creation of income“) betrifft indes auch Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen, vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 183 ff.; sowie Langbein, The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 625, 638.

<sup>8</sup> Der AOA wurde durch § 1 Abs. 5 AStG i.d.F. des AmtshilfeRLUmsG v. 26.06.2013, BGBl. I S. 1809, BGBl. II S. 1120, in Deutschland umgesetzt. Ausf. zum AOA unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.a.

Grundideen des AOA<sup>9</sup> auf die Gewinnabgrenzung zwischen verbundenen Unternehmen durch den Revisionsprozess zur Ergänzung der OECD-Leitlinien 1995 für Funktionsverlagerungen zwischen 2005-2010.<sup>10</sup> Die erneute Revision des – wie sich bald zeigen sollte – unzureichenden Kapitels VI der OECD-Leitlinien 1995 war zunächst als Bestandteil des Problemkomplexes der sog. Funktionsverlagerungen vorgesehen, wurde aber aus diesem Revisionsprozess ausgegliedert. Nach Ergänzung der OECD-Leitlinien 1995 um das Kapitel IX („Business restructurings“) im Juli 2010<sup>11</sup> begann das OECD CFA daher in einem eigenständigen Revisionsprozess das Kapitel VI zu überarbeiten. Im Juni 2012 legte die OECD Working Party No. 6 einen ersten, weitreichenden Public Discussion Draft vor.<sup>12</sup> Diese Revision des Kapitels VI ging vor ihrem Abschluss allerdings im sog. Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Projekt auf.<sup>13</sup> Der finale Bericht zur Revision der vorliegend besonders relevanten Kapitel I und VI der OECD-Leitlinien wurde am 5.10.2015 durch die OECD vorgelegt, am 08.10.2015 von den G20-Finanzministern in Lima<sup>14</sup> und am 16.11.2015 von den G20-Regierungschefs in Ankara als „fair and modern“<sup>15</sup> angenommen. Am 23.05.2016 wurde der Final BEPS Report in die OECD-Leitlinien 2017 inkorporiert.<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> Die Grundideen des AOA sind (i) Stärkung aktiver Funktionen gegenüber formaler Zuordnung von Wirtschaftsgütern, (ii) Beschränkung der Trennbarkeit von Risikotragung und Eigentum an Wirtschaftsgütern von den zugrundeliegenden Unternehmensfunktionen, (iii) die zunehmende Beurteilung der Werthaltigkeit von Unternehmensfunktionen aus der *internen* Sicht des Unternehmens sowie (iv) Stärkung hypothetischer Elemente bei der Beurteilung von Transaktionsstrukturen und Anwendung von Verrechnungspreismethoden. Die OECD war im „Business restructurings“ Projekt ausdrücklich darum bemüht, dem sich aufdrängenden Eindruck der Übertragung des AOA entgegenzuwirken, vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.11 und 9.21.; vgl. noch ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.a.

<sup>10</sup> Der *spezifische* Bezug zu immateriellen Werten bestand zum einem in der phänomenologischen Feststellung einer zunehmenden Strukturierung von globalen oder regionalen „Prinzipalitäten“, die die immateriellen Werte und Risiken aus operativen Wertschöpfungsketten einer Unternehmensgruppe zugeordnet bekommen und zum anderen in der theoretischen Problematisierung (i) des Begriffs des immateriellen Werts, (ii) seiner wirtschaftlichen Zuordnung für Verrechnungspreisziele, (iii) der Feststellung von Übertragungen dieser Werte, (iv) der „angemessenen“ Vergütung für eine Übertragung sowie (v) der Verrechnungspreisfolgen für die sonach „more limited functions/assets/risks“ Entitäten der Unternehmensgruppe nach erfolgter Übertragung der immateriellen Werte, vgl. zunächst nur OECD Transfer Pricing and Intangibles: Scope of the OECD Project, 25.01.2011, OECD CTPA, Tz. 1-2, ausf. zum Projekt unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.b.

<sup>11</sup> Vgl. Beschluss der OECD Council v. 22.06.2010, Annex I to C(2010)99.

<sup>12</sup> Vgl. ausf. zu diesem Entwurf unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.II.

<sup>13</sup> Vgl. Aktionspunkte 8-10 und 13 des Action Plan on BEPS vom Juli 2013.

<sup>14</sup> Beschlussbestätigung abrufbar unter <http://www.oecd.org/ctp/beps/g20-finance-ministers-endorse-reforms-to-the-international-tax-system-for-curbing-avoidance-by-multinational-enterprises.htm>.

<sup>15</sup> G20, Leaders' Communiqué, Antalya Summit, 16.11.2015, Tz. 15.

<sup>16</sup> Beschlussbestätigung der OECD Council abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/oecd-council-approves-incorporation-of-beps-amendments-into-the-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations.htm>.

Grund für diesen langwierigen Revisionsprozess zur Aktualisierung des Verrechnungspreissystems für immaterielle Werte, wie es im Kern in Kapitel VI der OECD-Leitlinien zum Ausdruck kommt, liegt – neben den erwähnten theoretischen Schwierigkeiten – auch in der starken Politisierung der internationalen Gewinnabgrenzung,<sup>17</sup> die die internationalen Akteure mitunter zu vagen Konsenslösungen<sup>18</sup> zwingt und dadurch die praktische Handhabung und akademische Durchdringung des Themas weiter erschwert. Diese Politisierung ist einerseits eine Folge des potentiell betroffenen Steuervolumens, andererseits aber auch der gesamtpolitischen Einbettung des Systems der internationalen Gewinnabgrenzung in die staatliche Regulierung von Außenhandel und internationaler Investitionstätigkeit.<sup>19</sup> Gleichwohl betreffen die grundlegenden systematischen Probleme der internationalen Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise – unmittelbar oder mittelbar – den Großteil aller ausländischen Direktinvestitionen und bedürfen einer rechtssicheren, dogmatisch kohärenten und dadurch international konsensfähigen Lösung. Durch die zunehmende Entwicklung des Weltwirtschaftssystems zur technologisierten Wissensökonomie<sup>20</sup> und einer kaum beschränkten Kapitalmobilität ist die Besteuerung von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten bedeutend für Staatshaushalte und die Verwirklichung internationaler Steuergerechtigkeit.<sup>21</sup>

## **B. Problembeschreibung – Die drei Dimensionen des Allokationsproblems**

Bereits die steuerjuristische Problembeschreibung ist diffizil und zeigt das Ineinandergreifen der Probleme, die im Zusammenhang mit der internationalen Allokation

---

<sup>17</sup> Vgl. zur Sichtweise des Verhandlungsführers der USA in der BEPS-Initiative *Parillo*, Robert Stack – BEPS and the United States, Tax Analysts, Doc 2014-29348: „Because I came from a technical tax background, when I started in BEPS I viewed these issues through a technical tax lawyer prism," he said. However, when one is advancing Treasury's tax policy interests at a multilateral level, "it's not sufficient to think about these issues solely in terms of the technically right answer," Stack said.”

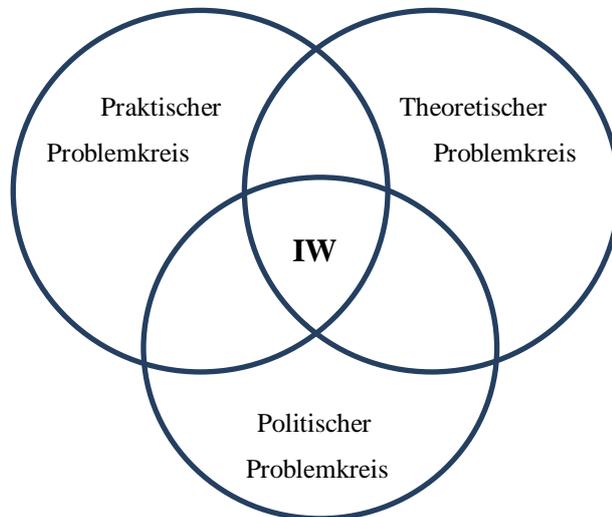
<sup>18</sup> Die bewusste Vagheit wird als „constructive ambiguity“ bezeichnet. Vgl. zu den Folgen u.a. den Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland im OECD Thin Capitalisation Report 1987. Dort wird der internationale „Konsens über die tatsächliche Anwendung des ‚Fremdvergleichsgrundsatzes‘“ als „extrem vage und prekär“ bezeichnet, a.a.O. S. 36, Fn. 2; dies ungeachtet des seit 1972 in Kraft befindlichen § 1 AStG sowie ungeachtet der Verwaltungsgrundsätze 1983 des BMF (BStBl. I 1983, 218).

<sup>19</sup> U.a. das U.S. Treasury Department beurteilt die BEPS-Ergebnisse als Resultat eines „tug-and-pull between tax authorities that didn't always share the same goals“, vgl. *Gregory*, Treasury to Taxpayers: Want Certainty? Don't Push Envolpe, 25 Transfer Pricing Report 540, Bloomberg BNA, 09/15/2016.

<sup>20</sup> Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), BT/Drucks. 16/10067, S. 49 (Zu § 248 HGB); der Begriff der Wissensökonomie beschreibe die „signifikante Verschiebung der maßgeblichen Wohlstand generierenden Ressourcen von den materiellen und finanziellen hin zu den immateriellen Ressourcen“, vgl. *Wurzer*, IP-Management – Schlüsselkompetenz in einer Wissensökonomie, GRUR 2008, 577, 577.

<sup>21</sup> Sowohl die Aufteilungsgerechtigkeit zwischen den Staaten („inter-nation equity“) als auch die Lastengerechtigkeit zwischen den Steuerpflichtigen eines Staats ist potentiell betroffen.

von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise auftreten. Es ist dabei sinnvoll, einen praktischen, einen theoretischen und einen politischen Problemkreis – m.a.W. drei Dimensionen des Allokationsproblems – zu trennen.



**Abb. 1:** Drei Problemkreise greifen bei immateriellen Werten (IW) ineinander.

Als praktischer Problemkreis werden hier die praktischen Anwendungsprobleme bezeichnet, die sich aus der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten ergeben. Diese sind dem Praktiker am besten bekannt; sie sind der „sichtbare“ Teil des Gesamtproblems. So basiert der Fremdvergleichsgrundsatz des nationalen und internationalen Rechts auf der Anwendung spezifischer „Verrechnungspreismethoden“ auf der Grundlage einer „Funktionsanalyse“ (§ 1 Abs. 3 S. 1 AStG).<sup>22</sup> Die Funktionsanalyse soll es ermöglichen, den tatsächlichen Gehalt der „Geschäftsbeziehung“ zwischen den verbundenen Unternehmen und potentielle Vergleichstransaktionen zu ermitteln. Dabei kann es indes schwierig sein, die konkreten immateriellen Werte zu identifizieren und falls dies gelingt, festzustellen, ob diese Teil der Geschäftsbeziehung wurden, d.h. wirtschaftlich übertragen oder zur Nutzung überlassen wurden. Beispielsweise kann es unklar sein, ob im Falle der Umstrukturierung einer vollwertigen Vertriebsseinheit („full-fledged entity“) zu einer Dienstleistungseinheit („limited assets/risks entity“) die Übertragung einer lokal ent-

---

<sup>22</sup> Der Einfachheit halber wird in dieser Arbeit regelmäßig § 1 AStG zitiert. Zu beachten ist, dass § 8 Abs. 3 S. 2 StG Anwendungsvorrang zukommt („unbeschadet“, § 1 Abs. 1 S. 1 AStG) und nur der „überschießende“ Korrekturbetrag durch § 1 AStG angesetzt wird. Praktische Folge dieses Vorranges ist das Entstehen von Einkünften aus Kapitalvermögen nur in Höhe des Betrages der verdeckten Gewinnausschüttung (vGA), vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG. Vgl. a. BMF VG-Verf. 2005, Tz. 5.3.3.

wickelten Geschäftschance Teil der Transaktion wurde.<sup>23</sup> Diese Feststellung setzt neben der Definition des immateriellen Werts nämlich voraus, zu ermitteln, welche Entität für Verrechnungspreiszwecke als die wirtschaftliche Eigentümerin des konkreten immateriellen Wertes anzusehen ist, was insbesondere dann Schwierigkeiten bereiten kann, wenn mehrere Entitäten wirtschaftliche Entwicklungsbeiträge zur Entstehung des immateriellen Werts geleistet haben. Kann demnach eine konkrete Geschäftsbeziehung mit Bezug zu immateriellen Werten identifiziert werden,<sup>24</sup> werden sich für diese Geschäftsbeziehungen oft weder „uneingeschränkt“ noch auch nur „eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte“ (§ 1 Abs. 3 S. 2-4 AStG) ermitteln lassen, wenn immaterielle Werte unmittelbar zur Nutzung überlassen oder übertragen werden.<sup>25</sup> Die dann erforderliche „Verrechnungspreisermittlung auf der Grundlage eines hypothetischen Einigungsbereiches“ (§ 1 Abs. 3 S. 5 AStG) ist mit großen Bewertungsunsicherheiten verbunden und beruht auf der Ermittlung möglichst plausibler Näherungswerte, die in Betriebsprüfungen regelmäßig angegriffen werden.<sup>26</sup>

Für die Transaktionen mit nur mittelbarem Bezug zu immateriellen Werten, also solche, bei denen eine Übertragung oder Überlassung zur eigenverantwortlichen Nutzung nicht unmittelbarer Gegenstand der Geschäftsbeziehung ist, obwohl immaterielle Werte den Gesamtgehalt der Wertschöpfung prägen, z.B. Auftragsproduktionen oder Vertriebsverhältnisse, wird es zwar in der Praxis teilweise möglich sein, jedenfalls (vordergründig) „eingeschränkt“ vergleichbare Fremdvergleichswerte zu ermitteln und

---

<sup>23</sup> Die lokale Entität kann u.a. ein Netzwerk von Vertriebsmöglichkeiten entwickelt haben und zukünftige Absatzerwartungen durch die Konversion zur „limited assets/risks“ Einheit und den damit verbundenen Gewinnerwartungen an das verbundene Unternehmen, das die assets/risks/responsibilities der Vertriebsfunktionen übernimmt, übertragen haben. Dieser Problembereich wurde um 2005 als zentrales Verrechnungspreisproblem identifiziert, konnte in den Verhandlungen zur Revision des Kapitels IX jedoch nicht unmittelbar gelöst werden. Vgl. ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

<sup>24</sup> Fraglich ist dies auch in Fällen der sog. „embedded intangibles“, die etwa beim Verkauf von materiellen Wirtschaftsgütern, die einen Markennamen tragen, auftreten können. Speziell in den USA besteht ferner das sog. „roundtrip“- Problem, bei dem immaterielle Werte zur Produktion eines Guts an eine ausländische Tochter überlassen werden und die finalen Güter, die die Technologie enthalten, wiederum im Inland abgesetzt werden. Die OECD-Leitlinien adressieren dieses Problem nicht. Vgl. *Mogle*, The Future of Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intellectual Property, Economic Substance, and Entrepreneurial Risk in the Allocation of Intangible Income, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol 10, 2002, S. 925, 938 ff. Zum „roundtrip“-Problem, a.a.O., S. 946: „The IRS does not believe that the U.S. parent, if dealing at arm’s length with an uncontrolled supplier, would permit the supplier to earn and retain a significant portion of the entrepreneurial profit attributable to intangibles that are acquired from the parent and used exclusively by the transferee to supply products to the parent. As an economic and business matter, the IRS is probably correct in its view, but it has not yet developed a successful theory to support its position in Tax Court litigation.”

<sup>25</sup> Ausf. zu diesem *praktischen* Problem fehlender Fremdvergleichswerte *Kaminski*, Verrechnungspreisbestimmung bei fehlendem Fremdvergleichspreis, Luchterhand, 2001.

<sup>26</sup> Vgl. zu Bewertungsmethoden IDW, Grundsätze zur Bewertung immaterieller Werte (IDW S 5).

eine einseitige Verrechnungspreismethode (Preisvergleichsmethode, Wiederverkaufspreismethode oder Kostenaufschlagsmethode oder subsidiär die geschäftsvorfallbezogene Nettomargenmethode) anzuwenden. In diesen Fallkonstellationen kann aber das Problem entstehen, dass die formal „nicht-strategische“ Entität, die in Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode vergütet wird, die immateriellen Werte, ohne wirtschaftliche Eigentümerin zu sein tatsächlich wirtschaftlich weiterentwickelt, also ihren Wert steigert. Dies kann beispielsweise in einem Umstrukturierungsfall auftreten, wenn die „limited assets/risks“ Entität weiterhin Kosten des immateriellen Werts übernimmt oder wichtige Personalfunktionen eigenverantwortlich ausübt, aber auch dann, wenn Geschäftsbeziehungen von Anfang an als Auftragsfertigungs- oder Vertriebsdienstleistungsfunktionen für eine formale „Prinzipalentsität“ ausgestaltet werden.<sup>27</sup> In diesen „mittelbaren“ Fallkonstellationen entsteht das Problem der Allokation der Wertsteigerungen des immateriellen Wertes durch die tatsächlich ausgeübten Funktionen der formal „nicht-strategischen“ Entität, also der sachgerechten Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums an den konkreten immateriellen Werten, sowie der Verteilung der durch den wirtschaftlichen Eigentümer realisierten Erträge aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts unter den beteiligten Entitäten.<sup>28</sup>

Ein weiteres Folgeproblem dieser Fallkonstellationen besteht ferner in der Zuordnung von Gewinnen, die durch die Nutzung von Standortvorteilen auftreten. Das praktische Problem dieser Fallgruppe besteht darin, dass immaterielle Standortfaktoren (etwa Arbeitskräfte mit besonderem Know-how oder eine starke Nachfrage nach Handelsmarken) von Steuerbehörden in den betroffenen Staaten entweder herangezogen werden, um die „Vergleichbarkeit“ zwischen Transaktionen zu verneinen und so zur Anwendung von zweiseitigen Verrechnungspreismethoden zu gelangen, die einen höheren Anteil am tatsächlich realisierten Gesamtgewinn an die formale „Routine“-Entität in der Jurisdiktion, in der die Standortvorteile vorhanden sind, allokierten.<sup>29</sup> Die ver-

---

<sup>27</sup> Wirtschaftstheoretisch wird teils bezweifelt, dass überhaupt die Möglichkeit besteht, das für die Ausübung lokaler Funktionen erforderliche Wissen zu zentralisieren; vgl. Buckley, *Organisational Forms and Multinational Companies*, Part II, Organisation, in: *Studies in International Business*, Buckley (Hrsg.), PalgraveMacMillan, 1992, S. 69: „Knowledge of (potential) productivity of each (foreign) subsidiary cannot be centralized and so individual units have information about the possibilities of production not available to the ‘central planning unit’.”

<sup>28</sup> Diese Fallkonstellationen sind kontrovers, siehe zur Rechtslage *ante*-BEPS OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.36-6.39; zur Rechtslage *post*-BEPS ausf. unten Kapitel II, Abschnitt II, C.II.5.b.

<sup>29</sup> Vgl. China Country Practice, Transfer Pricing Opportunities and Challenges for Developing Countries in Post-BEPS Era, UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Twelfth Session, Oct. 2016, E/C.18/2016/CRP.2 Attachment 12, Tz. 4.2.3. In Deutschland sind Standortvorteile

rechnungstheoretische Diskussion dieser Fallgruppe begann mit den seit 2005 im OECD CFA geführten Verhandlungen über die Behandlung von „Business restructurings“ und wurde in Deutschland durch das UntStRefG 2008 unilateral für die Bewertung von Transferpaketen bei Funktionsverlagerungen gesetzlich geregelt – allerdings zur anteiligen Besteuerung der auswärtigen Standortvorteile in Deutschland.

Dieser praktische Problembereich wirft die Frage auf, wie es zu den praktischen Anwendungsschwierigkeiten kommt. Für die „unmittelbaren“ Fallgestaltungen könnte man annehmen, die Einzigartigkeit von immateriellen Werten sei der Grund dafür, dass sich für die Übertragung oder Nutzungsüberlassung weder hinreichend vergleichbare Fremdwerte ermitteln noch ein hypothetischer Wert verlässlich bestimmen lasse. So liegt es im Wesen, etwa eines Patents, eine einzigartige Idee zu schützen. Indes anzunehmen, dass ein Markt für erfolgsentscheidende immaterielle Werte besteht, diese nur untereinander nicht hinreichend vergleichbar seien, verfehlt den „theoretischen Problembereich“. Entscheidend für das Fehlen von Vergleichswerten für Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten ist die Notwendigkeit, die erfolgsentscheidenden Faktoren der Wertschöpfungsketten im Konzern zu binden, d.h. zu monopolisieren, solange die zugrunde liegende Wirtschaftsaktivität nicht aufgegeben wird, und bei der laufenden operativen Nutzung immaterieller Werte die aus den wirtschaftlichen Charakteristika der immateriellen Werte folgende, wesenseigene Risiko- und Transaktionskostenstruktur.<sup>30</sup> Diese wesenseigene Risikostruktur erfordert es regelmäßig, die Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten zu internalisieren.<sup>31</sup> Das Fehlen von mindestens „eingeschränkten“ Fremdvergleichswerten ist also die Folge des ökonomischen Zwanges, Markttransaktionen zu substituieren. Wirtschaftstheoretisch wird dies als „Nichthandelbarkeit“ bezeichnet. Die strukturellen Marktrisiken bei der Nutzung von immateriellen Werten sind bei produktionsseitigen Werten vor allem das Aneignungsrisiko, bei konsumerseitigen Werten vor allem das Wertminderungsrisiko.<sup>32</sup> Diese Risiken lassen sich durch die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit und die Kontrolle, die durch sie begründet wird, im Interesse des Gesamtkonzerns kontrol-

---

vor allem im Zusammenhang mit den Regeln über die Transferpaketpreisermittlung bei Funktionsverlagerungen gemäß § 1 Abs. 3 AStG praxisrelevant; dazu ausf. unten Kapitel II, Abschnitt I, B.V.2.e.

<sup>30</sup> Vgl. zu den wirtschaftlichen Charakteristika ausf. *Lev*, *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting*, 2001, S. 21 ff., sog. „Economics of intangible capital“.

<sup>31</sup> Vgl. *Graetz*, *Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy*, *Tax Law Review*, 2001, S. 261, 317.

<sup>32</sup> Vgl. ausf. *Langbein*, *Transaction Cost, Production Costs, and Tax Transfer Pricing, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing*, *Tax Notes, Special Report*, 1989, S. 1391 ff.

lieren.<sup>33</sup> Umgekehrt sollte man sich, wenn (vordergründig) vergleichbare Geschäftsbeziehungen am Markt ermittelt werden können, fragen, warum die Unternehmensgruppe diese Leistungen nicht nachfragt und so einen Teil des operativen Risikos an den Anbieter auslagert. Auch in diesen Fällen kann es sich daher ergeben, dass die Geschäftsbeziehungen nicht vollständig vergleichbar sind, sondern ein versteckter Kostenvorteil besteht.<sup>34</sup> Diese Überlegungen bringen vor allem in den „mittelbaren“ Fallkonstellationen der Auftragsproduktions- oder -absatzfunktionen die hinter den praktischen Anwendungsproblemen liegenden, theoretischen Probleme zum Vorschein: Regelmäßig wird die vertragliche „Auftragsentität“ aus ökonomischen Gründen, die sich aus der Nutzung der immateriellen Werte ergeben, in den Konzern integriert sein. Die Internalisierung der formalen Routinefunktionen der Auftragsentität werden in Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode daher u.U. nicht ihrem realen wirtschaftlichen Wert entsprechend abgebildet, sondern in Übertragung des auf zivilrechtlichen Positionen basierenden Marktgeschehens, das innerhalb einer Unternehmensgruppe durch die Internalisierung substituiert wurden,<sup>35</sup> verzerrt und geographische Fehlallokationen von Einkünften ausgelöst. Insgesamt ist das praktische Fehlen von Vergleichswerten Ausdruck eines strukturellen Marktversagens und der Notwendigkeit zur Sicherung von Wettbewerbsvorteilen, wodurch eine Verrechnungspreisermittlung auf Grundlage von Marktanalogien problematisch wird und an der tatsächlichen Wertschöpfung vorbei gehen kann. Dies wirft grundlegende Fragen zur Ausgestaltung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf.

Diese Überlegungen zwingen daher dazu, der Frage nachzugehen, welche wirtschaftlichen Kräfte die Internalisierung von Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten konkret bedingen, wie die Internalisierung den Wert von Leistungen und die damit verbundene Risikostruktur, die in der Funktionsanalyse ermittelt wird, beeinflusst, sowie *ob* und *welche* Schlüsse daraus für das Verrechnungspreissystem zu ziehen

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu ausf. unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

<sup>34</sup> Vgl. *Desai/Dharmapala*, Alternative Transfer Pricing Norm, Oxford University Business Taxation Symposium, 2011, Working Paper, abrufbar unter [https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business\\_Taxation/Events/conferences/symposia/2011/dharmapala.pdf](https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Events/conferences/symposia/2011/dharmapala.pdf), S. 12: „Even when related and unrelated transactions coexist in the same industry, the latter may have such different characteristics and economic motivations that they cannot be viewed as meaningfully comparable for the purposes of transfer pricing. As such, the premise of ALP – that unrelated party transactions serve as reasonable comparisons for intrafirm transactions – is inconsistent with the modern theory of multinational firms.”

<sup>35</sup> Vgl. ausf. *Coase*, The Problem of Social Costs, *Journal of Law & Economics*, 1960, Vol. III.

sind.<sup>36</sup> Denkt man die umrissene wirtschaftliche Dynamik zu Ende, kann das Gewinnpotential der immateriellen Werte *nur* durch Internalisierung generiert werden. Zusammenfassend kann man festhalten, dass ein zu eng verstandener Fremdvergleichsgrundsatz Gefahr läuft, weder dem Grunde noch der Höhe nach den tatsächlichen wirtschaftlichen Wert von ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgütern und übernommenen Risiken zutreffend darzustellen und geographisch zu allokatieren.

Die somit skizzierten praktischen und theoretischen Probleme bei der (i) *Definition* des immateriellen Werts, (ii) der *wirtschaftlichen Zuordnung* des Werts für Verrechnungspreiszwecke und der Bestimmung des weiteren Risiko- und Funktionsprofils der beteiligten Gesellschaften sowie (iii) bei der Anwendung einer *sachgerechten Verrechnungspreismethode*, lassen sich wiederum als Ausdruck komplexer, teils widersprüchlicher, politischer Anforderungen an das internationale Verrechnungspreissystem verstehen. Das internationale Verrechnungspreissystem – seit 1963 in Art. 9 OECD-MA und seit 1979 in Art. 9 UN-MA verankert – ist seit Anbeginn der Steuerkoordination durch die League of Nations umstritten. Dies ist Folge der Notwendigkeit von Konsenslösungen auf intergouvernementaler und bilateraler Ebene in einer Regelungsmaterie, in der ökonomische und fiskalische Eigeninteressen von Staaten unterschiedlicher Entwicklungsstadien und Außenwirtschaftsstrukturen aufeinandertreffen, wobei das primäre Steueraufkommen aus der Besteuerung von ausländischen Direktinvestitionen nur ein Interesse neben den noch schwieriger prognostizierbaren, potentiellen Auswirkungen der Verrechnungspreisregeln auf die internationalen Zahlungs-, Investitions- und Handelsströme, auf Beschäftigungsniveau und -qualität ist. Diese staatlichen Eigeninteressen führen nicht zwangsläufig zu einem Nullsummenspiel, es gibt breite Teilbereiche von Lösungen, an denen alle Anwenderstaaten bzw. beide Vertragsparteien profitieren, aber die entscheidende Nuancierung und Ausdifferenzierung ist äußerst diffizil und gelingt häufig nur durch elastische Konsenslösungen.<sup>37</sup> Dieser „politische Problemkreis“ ist vorrangig auf intergouvernementaler Ebene zu

---

<sup>36</sup> Vgl. a. OECD/G20, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 2013, S. 5: „While there clearly is a tax compliance aspect, as shown by a number of high profile cases, there is a more fundamental policy issue: the international common principles drawn from national experiences to share tax jurisdiction may not have kept pace with the changing business environment. Domestic rules for international taxation and internationally agreed standards are still grounded in an economic environment characterised by a lower degree of economic integration across borders, rather than today’s environment of global taxpayers, characterised by the increasing importance of intellectual property as a value-driver and by constant developments of information and communication technologies.”

<sup>37</sup> Vgl. a. Essers, International Tax Justice: Between Machiavelli and Habermas, Bulletin for International Taxation, 2014, Vol. 68, No. 2.

beobachten, auf denen die Verrechnungspreisleitlinien von OECD und UN erarbeitet werden und häufig Staatengruppen – gekennzeichnet durch ähnliche Außenhandels- und Investitionspolitik – die Ausrichtung des Verrechnungspreissystems unter Berücksichtigung der politischen und ökonomischen Zusammenhänge koordinieren.

### **C. Wirtschaftlicher Kontext**

Wie sich aus der Problembeschreibung ergibt, müssen infolge des Ineinandergreifens der Disziplinen im Bereich der Verrechnungspreise einige wirtschaftlichen Zusammenhänge verdeutlicht werden, um die die durch immaterielle Werte aufgeworfenen Probleme und den Kontext möglicher Lösungen spezifisch darstellen zu können, insbesondere (i) die Rolle der immateriellen Werte in Wertschöpfungsprozessen von Unternehmensgruppen, (ii) die Rolle der immateriellen Werte in ausländischen Direktinvestitionen, d.h. im Anwendungsbereich des Art. 9 OECD/UN-MA, und (iii) die volkswirtschaftliche Bedeutung immaterieller Werte, der Steuerregeln zur Allokation der durch sie generierten Erträge und der von diesen Steuerregeln ausgehenden, ökonomischen Anreizwirkungen für und gegen „echte“ Wirtschaftsaktivitäten.

Die OECD bezeichnet immaterielle Werte<sup>38</sup> als „the new sources of growth“<sup>39</sup>. Derzeit werden 40-80% der Wertschöpfung innerhalb von Unternehmensgruppen der Nutzung von immateriellem Kapital zugeschrieben.<sup>40</sup> Dementsprechend wird durchschnittlich ca. 75% des Unternehmenswerts eines modernen Unternehmens auf immaterielles Kapital zurückgeführt,<sup>41</sup> für die im S&P-500 Index gelisteten Unternehmen sogar ca. 84%.<sup>42</sup> In Deutschland werden 50-70% des Brutto sozialproduktes des privaten Sektors mit der Nutzung von immateriellen Wirtschaftsgütern in Verbindung gebracht.<sup>43</sup> Ferner werden allein in den USA laut OECD zwischen 800-1.000 Mrd. USD jährlich in

---

<sup>38</sup> In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur ist es üblich von „immateriellem Kapital“ oder „wissensbasiertem Kapital“ („Knowledge-based capital“, KBC) zu sprechen. Vgl. OECD New Sources of Growth: Knowledge-Based Capital, Key Analyses and Policy Conclusions, 2013.

<sup>39</sup> So der Titel der OECD-Studie, New Sources of Growth: Intangible Assets, 2011. Die OECD gibt darin folge Klassifikation von KBC als „widely accepted“ an: (i) „computerised information (software and databases“, (ii) „innovative capital (patents, copyrights, designs, trademarks)“, sowie (iii) „economic competencies (including brand equity, firm-specific human capital, networks of people and institutions, and organizational know-how that increases enterprise efficiency)“, OECD a.a.O., S. 12.

<sup>40</sup> Vgl. *Huigbretse/Peeters/Verdoner/Carey*, IP-Companies and Substance: No-Fly Zones?, Transfer Pricing International Journal, 2011, S. 1.

<sup>41</sup> Vgl. *Renaud*, Transfer Pricing of Intangible Assets, Financier Worldwide, August 2010.

<sup>42</sup> Vgl. *Ross* Taxation and Pricing of Intangibles, 2016, S. 3. Infolge des Ansatzverbotes für viele immaterielle Werte bedeutet dies, dass im S&P 500 regelmäßig nur ca. 1/6 des Unternehmenswertes in der Bilanz abgebildet ist, vgl. *Lev*, Intangibles: Management, Measurement, and Reporting, 2001, S. 8.

<sup>43</sup> Vgl. m.w.N. *Wurzer*, IP-Management – Schlüsselkompetenz in einer Wissensökonomie, GRUR 2008, 577, 581.

immaterielle Werte investiert, während der Bestand an immateriellen Werten 2011 einen Wert von 5 Bil. USD betragen haben soll.<sup>44</sup> Diese Zahlen sind Ausdruck einer Marktdynamik, in der immaterielle Werte einen stetig breiteren Raum dabei einnehmen, Marktpositionen im globalen Wettbewerb zu erringen und zu verteidigen.<sup>45</sup> Einzelne immaterielle Werte erzeugen indes selten aus sich selbst heraus Gewinne oder Wettbewerbsvorteile; sie müssen typischerweise mit anderen – materiellen oder immateriellen – Wirtschaftsgütern kombiniert werden, um Erträge zu generieren.<sup>46</sup> Infolgedessen kommt es zu einer Interaktion von komplementären Wirtschaftsgütern und das operative Ertragspotential eines immateriellen Wertes hängt von der Weiterentwicklung komplementärer Wirtschaftsgüter ab;<sup>47</sup> die Unternehmensleitung muss daher gleichzeitig eine Vielzahl von Prozessen zur Erstellung dieser „asset specificity“ steuern, die erst aus der Sicht des Gesamtunternehmens ineinandergreifen und die kommerzielle Nutzung immaterieller Werte ermöglichen.<sup>48</sup> Dadurch sind die interne Prozess- und Organisationseffizienz, die Fähigkeit, das Wissen der Arbeitnehmer zu erkennen, zu steigern und langfristig zu binden, entscheidend (auch daher der Trend zu „Stock-based compensations“, SBC).<sup>49</sup> Unternehmensgruppen existieren somit zwar im Sinne der Transaktionskostentheorie, weil für die Entwicklung und Nutzung von immateriellen Werten regelmäßig kein Markt bestehen *kann* und Transaktionen auf der Grundlage von vertraglichen Koordinationsmechanismen mit hohen Risiken verbunden sind, die sich nur durch die Internalisierung mindern lassen.<sup>50</sup> Neuere Interna-

---

<sup>44</sup> OECD, A New OECD Project, New Sources of Growth: Intangibles Assets, 2011.

<sup>45</sup> Vgl. Lev, Intangibles: Management, Measurement, and Reporting, 2001, S. 2;

OECD Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing, 2012, S. 14; Miyatake, IFA Cahier 93a, 2007, General Report, S. 19.

<sup>46</sup> Vgl. Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 229 ff.

<sup>47</sup> Einfaches Beispiel: Eine hochauflösende Handycamera erfordert ein Display, das dies darstellen kann. Die erhöhte Bildauflösung macht einen größeren Datenspeicher und schnellere Prozessoren notwendig; diese Gesamtleistungssteigerung eine neue Akkutechnologie, usf.

<sup>48</sup> Vgl. Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 229 ff. Ausf. dazu unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

<sup>49</sup> Vgl. Lev, Intangibles: Management, Measurement, and Reporting, 2001, S. 5 ff. Verrechnungspreisspezifische Folgefrage des Trends zu SBC ist die Erfassung von SBC-„Kosten“ als „Entwicklungskosten“ von immateriellen Werten in Umlageverträgen. Der U.S. Tax Court hat dies mangels Rechtsgrundlage abgelehnt und die dahingehenden U.S. Treasury Regulations infolge von verfahrensrechtlichen Fehlern als „arbitrary and capricious“ verworfen, vgl. *Xilinx Inc. v. Comm.* 125 T.C. 37 (2005) sowie *Altera v. Comm.* 145 T.C. 91 (2015).

<sup>50</sup> Vgl. u.a. *Rollinson/Frisch* Recent Issues in Transfer Pricing, OTA Paper 61, Washington D.C., 1988, S. 5, mit Verweis auf *Richard Caves*, *Multinational Enterprises an Economic Analysis*, Cambridge University Press, 1982. Auch *Desai/Hines* erklären Konzernierung mit der „Plattformfunktion“ für die Entwicklung und globale Verwertung einzigartiger immaterieller Werte, vgl. *Desai/Hines*, *Evaluating International Tax Reform*, *National Tax Journal*, 2003, 487 ff.

lisierungstheorien ergänzen diesen Transaktionskostenansatz durch die Betonung der Steuerungsfunktionen, die durch die Internalisierung effizient ausgeübt werden können.<sup>51</sup> Die Rolle der immateriellen Werte in einer Unternehmensgruppe muss also auch umgekehrt durch die Rolle der Konzernierung bei der Entwicklung und Nutzung immaterieller Werte beschrieben werden.<sup>52</sup>

Neben diesen Gründen für die Substitution des Markts im Allgemeinen gelten immaterielle Werte gerade auch in Bezug auf die Rentabilität von ausländischen Direktinvestitionen (FDI) als entscheidende Faktoren. Das Phänomen der ausländischen Direktinvestition, d.h. Eigenkapitalinvestitionen, die anders als Portfolioinvestitionen die Kontrolle über das operative Geschäft einer formal eigenständigen Gesellschaft vermitteln, konnte in der Kolonialzeit zur erstmals Rohstofferschließung beobachtet werden, war außerhalb des produzierenden Gewerbes aber noch nicht weit verbreitet.<sup>53</sup> Erst nach dem Zweiten Weltkrieg setzte durch den technologischen Fortschritt und den politische Willen, ein institutionalisiertes System zur Erleichterung des unternehmerischen Kapitalexports und zur Erzielung der wirtschaftlichen Verflechtung demokratischer Nationen zu errichten, die Dynamik ein, die als „Globalisierung“ bezeichnet wird. Multinationale Unternehmen sind die zentralen Akteure der Globalisierung.<sup>54</sup> Sie erschließen internationale Absatzmärkte und allokatieren die Faktoren der Wertschöpfungsketten nach Kosten-/Nutzenrechnungen auf Staaten.<sup>55</sup> Infolge der Globalisierung wuchs der Welthandel zwischen 1968 und 2006 doppelt so schnell wie das Weltbruttosozialprodukt.<sup>56</sup> Laut UN erfolgten dabei 2001 über 60% des grenzüber-

---

<sup>51</sup> Ausf. zu diesen wirtschaftlichen Aspekten der Entwicklung und Nutzung der immateriellen Werte im Konzern und der Transaktionskostentheorie unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

<sup>52</sup> Vgl. Lev, *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting*, 2001, S. 46: „Thus rather than being developed by inventors and sold at arm’s length to developers, most innovations since the early twentieth century have been invented and developed within corporations or research centers. The market in inventions is currently of marginal importance. Apparently, there are substantial economies in developing intangibles within corporations relative to external markets.”

<sup>53</sup> Mit Auslandsinvestitionen zur dauerhaften operativen Eingliederung in einheitliche Wertschöpfungsprozesse entstanden im *British Empire* auch die Bestrebungen, die Einkommensströme durch Niedrigsteuerstaaten laufen zu lassen. Dies wurde sogar gerichtlich anerkannt, vgl. u.a. *Egyptian Delta Land Investment Co. v. Todd* 1928 14 TC 119. Es sei daher kein Zufall, dass viele der heutigen Steueroasen einst Teil des British Empire waren. Zur Geschichte und Entwicklung der „Steueroasen“ lesenswert Palan, *History of tax havens*, Policy Papers, Oct. 2009, abrufbar auf [www.historyandpolicy.org](http://www.historyandpolicy.org).

<sup>54</sup> Vgl. Woyke (Hrsg.), *Handwörterbuch Internationale Politik*, 2004, („Globalisierung“), S. 163 f.

<sup>55</sup> Vgl. Gilpin, *Political Economy of International Relations*, 1987, S. 232 ff. „Globalisation has resulted in a shift from country-specific operating models to global models based on matrix management organisations and integrated supply chains that centralise several functions at a regional or global level.”

<sup>56</sup> Vgl. Woyke, *Handwörterbuch Internationale Politik*, 2004, („Globalisierung“), S. 162.

schreitenden Handels und 80% aller Lizenzzahlungen konzernintern zwischen verbundenen Unternehmen, d.h. im Anwendungsbereich des Art. 9 OECD-MA.<sup>57</sup>

Der Frage, welche Faktoren diese Kosten-/Nutzenrechnung bei Auslandsdirektinvestitionen (FDI) konkret beeinflussen ging *Hymer* nach.<sup>58</sup> Während die lokalen Unternehmen, zu denen direkter Wettbewerb besteht, durch die Kenntnis des lokalen Marktes im Vorteil sind, entstehen dem investierenden Auslandsunternehmen zusätzliche Kosten, sich diese Kenntnis anzueignen und operativ umzusetzen. *Hymer* erkannte die Vorteile, die demgegenüber dem Auslandsunternehmen gegenüber lokalen Wettbewerbern bestehen, in den sog. „Firm-specific advantages“, insbesondere in oft überlegener Technologie, Markenrechten, Marketing- und Managementfähigkeiten, „Economies of scale“ und strukturell niedrigeren Kapitalbeschaffungskosten.<sup>59</sup> Durch diese Faktoren wird die internationale Investition trotz höherer Grundkosten profitabel. Für die Profitabilität von FDI ist die Nichtrivalität und Skalierbarkeit der immateriellen Werte entscheidend; ohne sie würden FDI nach der Theorie von *Hymer* regelmäßig unterbleiben,<sup>60</sup> wobei erneut auch die Erforderlichkeit, die Kontrolle über immaterielle Werte zu behalten, die Internalisierung der Transaktionen bedinge.<sup>61</sup> Diese Theorie *Hymers* ist grundlegend, aber nicht abschließend. Eine umfassendere Theorie zur Analyse von Auslandsinvestitionen hat *Dunning* erarbeitet. Nach *Dunning's* „Eclectic paradigm“ basiert die Profitabilität von Auslandsinvestitionen auf der Kumulation von (i) einem „Ownership advantage“, (ii) der Substitution des Marktes durch Internalisie-

---

<sup>57</sup> Vgl. UN Sekretariat, *Transfer Pricing History, State of the Art and Perspectives*, 2001, S. 2; *Wehnert*, *Verrechnungspreise und immaterielle Wirtschaftsgüter*, IStR 2007, 558; *Hamaekers*, *Arm's Length – How Long?*, *International Transfer Pricing Journal*, 2001, S. 30; *Sheppard*, *News Analysis: Revenge of the Source Countries? Part 2: Royalties*, *Tax Notes International*, 05.10.2005, DOC 2005-19773, S. 2.

<sup>58</sup> Vgl. zum Ganzen *Nayat/Choudhury*, *A Selective Review of Foreign Direct Investment Theories*, UN ESCAP, Working Paper No. 143, March 2014, abrufbar unter <http://artnet.unescap.org/pub/awp143.pdf>.

<sup>59</sup> Vgl. *Nayat/Choudhury*, *A Selective Review of Foreign Direct Investment Theories*, UN ESCAP, Working Paper No. 143, March 2014, S. 5.

<sup>60</sup> Eine Bestätigung dieser Theorie kann die in der Praxis zu beobachtende Änderung typischer Konzernorganisationen sein. *Lev*, *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting*, 2001, S. 11, beschreibt durch den häufig unterbleibenden Bilanzansatz immaterieller Werte einen Trend zur bilanzieller „Dekapitalisierung“, wodurch ein hoher „return on equity“ (ROI) erreicht werden könne, sowie zur organisatorischen Devertikalisierung. Letzteres deckt sich mit dem Befund von *Caves*. *Caves* unterscheidet „horizontale“ und „vertikale“ Integration. Während sich die „horizontale“ Integration fast ausschließlich durch die Existenz von „proprietary assets“ erklären lasse, sei die „vertikale“ Integration vor allem bei der Erstellung und dem Austausch von „intermediate products“ zu beobachten. Vgl. *Caves*, *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, 2007, S. 1-28.

<sup>61</sup> So auch *Nayat/Choudhury*, *A Selective Review of Foreign Direct Investment Theories*, UN ESCAP, Working Paper No. 143, March 2014, S. 7.

rung, sowie (iii) einem „Location advantage“.<sup>62</sup> Die sog. „Ownership advantages“ erfassen die von *Hymer* als „Firm-specific advantages“ bzw. von *Kindleberger* als sog. „Monopolistic advantages“ bezeichneten Vorteile der Unternehmensgruppe durch effizienten und spezialisierten Einsatz von immateriellen Wirtschaftsgütern und Unternehmensstrukturen.<sup>63</sup> Ergänzend werden sämtliche Standortfaktoren<sup>64</sup> und die Kosten- und Effizienzvorteile durch die Internalisierung der Transaktion ins Kalkül einbezogen. Auch wenn diese Parameter nicht ausschließlich bei der Entwicklung oder Nutzung immaterieller Werte erfüllt sind, werden auch nach *Dunning's* „Ecclectic paradigm“ immaterielle Werte typischerweise die Grundlage der Rentabilität grenzüberschreitender Direktinvestitionen darstellen.<sup>65</sup>

Diese wirtschaftliche Bedeutung immaterieller Werten für einzelne Unternehmen, den Wettbewerb zwischen Unternehmen und in der Entscheidung für strategische Auslandsinvestitionen (FDI) indiziert eine erhebliche Bedeutung immaterieller Werte für die Gesamtwirtschaft. Die OECD hat diese Auswirkungen untersucht, um den Mitgliedstaaten sachgerechte wirtschaftspolitische Entscheidungen zu ermöglichen. Das Steuersystem wurde dabei als eine Stellschraube identifiziert, um die Auswirkungen immaterieller Wertschöpfungsketten im gesamtwirtschaftlichen Interesse zu regulieren.<sup>66</sup> Allerdings berge die Möglichkeit, immaterielle Werte für internationale Steuergestaltungen zu nutzen, das volkswirtschaftlichen Risiko, neben dem unmittelbaren Steuerausfällen falsche Anreize für die operative Nutzung immaterieller Werte zu schaffen und dadurch „Spill-over“-Effekte zu behindern und strukturelle Wettbewerbsverzerrungen zu lokalen Unternehmen, die vergleichbare Gestaltungen nicht

---

<sup>62</sup> Vgl. *Nayat/Choudhury*, A Selective Review of Foreign Direct Investment Theories, UN ESCAP, Working Paper No. 143, March 2014, S. 9. Teilweise als „OLI-Paradigm“ bezeichnet.

<sup>63</sup> Die sog. „asset specificity“ ist somit ein Teil der „ownership advantages“.

<sup>64</sup> *Nayat/Choudhury*, A Selective Review of Foreign Direct Investment Theories, UN ESCAP, Working Paper No. 143, March 2014, S. 10, nennen Marktzugang, Steuerkosten, Produktivität, Transportkosten, Produktionskosten, rechtliches und politisches Umfeld.

<sup>65</sup> Diesen Befund bestätigt *Richard Caves*, *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, 2007, S. 220: „MNEs tend to be found in research-intensive sectors, and they consciously allocate their R&D activities around the world to best advantage. R&D is pulled toward the parent's headquarters by the need for efficient supervision and scale economies in the R&D process itself; it is dispersed toward the subsidiaries by the advantages of doing developmental research close to the served market and drawing on local resources to enhance its proprietary assets. Empirical evidence confirms that U.S. MNEs would undertake less research if they could not expect to garner rents on it from foreign markets.“ Dennoch gilt das „Ecclectic paradigm“ nicht als abschließende Erklärung des Phänomens ausländischer Direktinvestitionen. Detaillierte Diskussionen finden sich in der wirtschaftswissenschaftlichen Fachliteratur. Zum Ganzen *Nayat/Choudhury*, A Selective Review of Foreign Direct Investment Theories, UN ESCAP, Working Paper No. 143, March 2014.

<sup>66</sup> Vgl. i.Einz. OECD, *New Sources of Growth: Knowledge-Based Capital, Key Analyses and Policy Conclusions*, 2013, S. 7 f.

implementieren können, zu erzeugen.<sup>67</sup> Die Senkung der Steuerkosten einer Unternehmensgruppe durch internationale Steuergestaltungen zu ermöglichen, sei daher keine vernünftige Wirtschaftspolitik, um im gesamtwirtschaftlichen Interesse notwendige Investitionen privater Akteure in immaterielle Werte zu steigern.<sup>68</sup>

#### **D. Verrechnungspreisdogmatischer Kontext**

Diese Skizzierung der wirtschaftlichen Bedeutung immaterieller Werte macht deutlich, dass der Erfolg von Unternehmensgruppen, d.h. der Gewinn, wesentlich von der erfolgreichen Entwicklung und kommerziellen Nutzung immaterieller Werte abhängt. Unternehmensgruppen bilden sich gerade auch infolge der charakteristischen Risikostruktur und Koordinationserfordernisse, die immaterielle Werte auslösen.<sup>69</sup> Ferner expandieren Unternehmensgruppen international häufig infolge der Vorteile durch die Skalierung ihrer Technologien und zeigen eine zunehmende Tendenz zur organisatorischen Devertikalisierung und bilanziellen Dekapitalisierung.<sup>70</sup> Im Markt konkurrierende Unternehmen grenzen sich also häufig vor allem durch die immateriellen Werte voneinander ab, die sie im Leistungserstellungsprozess einsetzen und gegen die Nutzung durch andere Wettbewerber verteidigen können. Durch das hohe Gewinn- und Risikopotential infolge hoher Entwicklungskosten,<sup>71</sup> kann man immaterielle Werte aus der Perspektive des Markts daher als „Entrepreneurial assets“ bezeichnen.

Dieser Leistungserstellungsprozess in einer Unternehmensgruppe erfolgt, zwar geographisch getrennt, wirtschaftlich aber – zumindest in den „Business lines“ – einheitlich. Ungeachtet dieser Einheitlichkeit muss der Gesamtgewinn einer Unternehmens-

---

<sup>67</sup> Vgl. OECD, *New Sources of Growth: Knowledge-Based Capital, Key Analyses and Policy Conclusions*, 2013, S. 42.

<sup>68</sup> Vgl. i.Einz. OECD, *Tax Policy Reform and Economic Growth*, No. 20, 2010.

<sup>69</sup> *Benshalom*, *Sourcing the „Unsourceable“: The Cost Sharing Regulations and the Source of Affiliated Intangible-Related Transactions*, *Virginia Tax Review*, 2007, 631, 646: „In many cases, a MNE’s commercial activity is not transferable to an unrelated foreign party because information sharing with such a party would jeopardize the MNE’s exclusive holding of the asset or the asset’s quality and value, thus rendering the whole transaction inefficient. Second, the efficient production and utilization of information assets often requires different segments within individual MNEs to integrate functionally. Frequently, this profound functional fusion causes both the risks and the interests borne by the different MNEs’ corporate entities to collide. Third, information-based economic activity requires Specialization and diversification of products, which makes the attempt to find comparable transactions literally impossible.“

<sup>70</sup> Beide Phänomene sind Ausdruck des Versuchs, Technologien zu monopolisieren und Wertschöpfungsketten um immaterielle Werte herum aufzubauen, wobei Routinefunktionen ausgelagert (Devertikalisierung) und immaterieller Werte bilanziell oft nicht angesetzt werden (Dekapitalisierung).

<sup>71</sup> Vgl. *Brauner*, *Value in the Eyes of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, *Virginia Tax Law Review*, 2008, S. 79, 91; sowie *Przysuski*, *Identification, Innovation and, Intangible Ownership in Transfer Pricing*, *Tax Notes International*, 2006, 1139, 1140.

gruppe zwischen den einzelnen verbundenen Gesellschaften aufgeteilt werden. Für diese Aufteilung ist im System des Fremdvergleichsgrundsatzes jeder einzelne Leistungsaustausch gesondert auf seine „Angemessenheit“ hin zu überprüfen. Dazu sind gemäß der Ermächtigungsnorm des § 1 Abs. 1 S. 1 AStG die Einkünfte so „anzusetzen, wie sie unter den zwischen voneinander unabhängigen Dritten vereinbarten Bedingungen angefallen wären“ bzw. dürfen gemäß der Schrankennorm des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA, wenn Gesellschaften „in ihren kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen an vereinbarte oder auferlegte Bedingungen gebunden sind, die von denen abweichen, die unabhängige Unternehmen miteinander vereinbaren würden, die Gewinne, die eines der Unternehmen ohne diese Bedingungen erzielt hätte, wegen dieser Bedingungen aber nicht erzielt hat, den Gewinnen dieses Unternehmens zugerechnet und entsprechend besteuert werden“.

Gegenstand dieser Überprüfung der Angemessenheit ist die individuelle „Geschäftsbeziehung“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 AStG). Bei der Gestaltung der Geschäftsbeziehung kommt den Unternehmen Gestaltungsfreiheit zu, d.h. welche Konzernentitäten welche Funktionen ausüben, welche Risiken tragen und welche Wirtschaftsgüter in grenzüberschreitenden Transaktionen einsetzen, obliegt grundsätzlich der freien Entscheidung der Konzernleitung (sog. „Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts“<sup>72</sup>).<sup>73</sup> Wirtschaftliche Vorgänge, denen eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zugrunde liegt, sind kein Teil der Geschäftsbeziehung und werden nicht in die Verrechnungspreiskontrolle einbezogen (§ 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 lit. b AStG). Die Überprüfung der Angemessenheit durch die Anwendung einer Verrechnungspreismethode hängt von den Ergebnissen der Funktionsanalyse ab, bei der die von den einzelnen gruppenangehörigen Gesellschaften ausgeübten Funktionen, die eingesetzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Chancen und Risiken (§ 1 Abs. 3 S. 1 AStG) ermittelt werden. Das

---

<sup>72</sup> Vgl. BMF VG-Funktionsverlagerung, Tz. 3.1, Rz. 145: „Unternehmen können frei entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Funktionen ausüben, Risiken und Gewinnchancen übernehmen und welche Ressourcen sie dafür einsetzen (unternehmerische Dispositionsfreiheit, Tz. 9.163 OECD Leitlinien). Die unternehmerische Dispositionsfreiheit umfasst auch Entscheidungen darüber, ob Funktionen selbst wahrgenommen, bei einem anderen (Konzern-) Unternehmen konzentriert, auf mehrere Unternehmen aufgeteilt werden oder ein Subunternehmer damit beauftragt wird. Weiterhin gehört die Entscheidung, ob anlässlich einer Funktionsverlagerung Wirtschaftsgüter übertragen oder zur Nutzung überlassen werden und Dienstleistungen erbracht werden, zur unternehmerischen Dispositionsfreiheit, deren Ausübung aus den abgeschlossenen Verträgen (Rn. 97 und 151) abzuleiten ist. Die Finanzbehörde hat diese Entscheidungen bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes i. S. d. § 1 AStG regelmäßig anzuerkennen, da sie im Regelfall wirtschaftliche Gründe haben (Tz. 9.57 OECD Leitlinien). Die unternehmerische Dispositionsfreiheit hindert andererseits die Finanzbehörde nicht daran, dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende Konsequenzen aus der Ausübung dieser Freiheit zu ziehen.“

<sup>73</sup> Ausf. zur „Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts“ unten, Kapitel II, Abschnitt II, B.

theoretische Herzstück der Verrechnungspreisdogmatik ergibt sich infolge dieser Funktionsanalyse aus der durch sie ermöglichten „Unternehmenscharakterisierung“, die die Grundlage der Anwendung der Verrechnungspreismethoden bildet und somit über die Allokation der Erträge aus Geschäftsbeziehungen entscheidet. Die Verwaltungsgrundsätze-Verfahren 2005<sup>74</sup> des BMF explizieren dieses Konzept der Unternehmenscharakterisierung und Verrechnungspreisbildung.

„Für die Festlegung von Verrechnungspreisen im Rahmen der steuerlichen Ergebnisermittlung und deren Prüfung ist darauf abzustellen, ob unabhängige Dritte in der gleichen oder einer ähnlichen Situation wie der Steuerpflichtige die betreffenden Geschäfte zu gleichen oder ähnlichen Bedingungen vereinbaren würden (Fremdvergleichsgrundsatz). *Dazu wird es regelmäßig unverzichtbar sein, jeweils bezogen auf die zu prüfende Geschäftsbeziehung eine Unternehmenscharakterisierung vorzunehmen, um zu klären, ob und welches der beteiligten Unternehmen Routinefunktionen ausübt, welches das wesentliche Unternehmensrisiko trägt und welches mehr als nur Routinefunktionen ausübt, ohne die wesentlichen Risiken zu tragen.*

a) Ein Unternehmen, das lediglich Routinefunktionen ausübt (beispielsweise konzerninterne Dienstleistungen erbringt, die ohne weiteres am Markt auch bei Dritten in Auftrag gegeben werden könnten, oder einfache Vertriebsfunktionen) und nur in geringem Umfang Wirtschaftsgüter einsetzt und nur geringe Risiken trägt, erzielt bei üblichem Geschäftsablauf keine Verluste, sondern regelmäßig geringe aber relativ stabile Gewinne („Unternehmen mit Routinefunktionen“). Dies gilt auch für einen sog. Lohnfertiger oder einen sog. „low risk distributor“, der im Hinblick auf Forderungsausfälle und die Marktentwicklung nur kommissionärsähnliche Risiken trägt.

b) Einem Unternehmen, das über die zur Durchführung von Geschäften wesentlichen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter verfügt, die wesentlichen, für den Unternehmenserfolg entscheidenden Funktionen ausübt und die wesentlichen Risiken übernimmt (vielfach als „Entrepreneur“ oder „Strategieträger“ bezeichnet), steht regelmäßig (ggf. zusammen mit anderen Unternehmen, die eine „Entrepreneur“-Funktion ausüben) das betreffende Konzernergebnis zu [...], das nach Abgeltung von Funktionen anderer nahestehender Unternehmen verbleibt. Ob das von einem „Entrepreneur“ erzielte Ergebnis dem Fremdvergleich entspricht, lässt sich mangels vergleichbarer Unternehmen regelmäßig nicht unter Verwendung von Fremdvergleichsdaten feststellen; das Ergebnis bildet vielmehr eine Residualgröße.“

Die Verwaltungsgrundsätze-Verfahren 2005 arbeiten also im Einklang mit dem internationalen Konsens, wie er sich aus den OECD-Leitlinien 1995/2010 ergab, mit einer Marktpreis analogie, die aus zwei entscheidenden Schritten besteht, (i) der Ermittlung

---

<sup>74</sup> Vgl. BMF, 12.4.2005, IV B - S 1341 - 1/05, Grundsätze für die Prüfung der Einkünfteabgrenzung zwischen Nahestehenden Personen mit Grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen in Bezug auf Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten, Berichtigungen sowie auf Verständigungs- und EU-Schiedsverfahren (Verwaltungsgrundsätze-Verfahren) im Folgenden „VG-Verf. 2005“.

des Inhaltes der Geschäftsbeziehung durch Funktionsanalyse, wobei vertraglichen Abreden, wie im Markt zwischen fremden Dritten üblich, entscheidende Bedeutung beigemessen wurde, und (ii) die Anwendung einer Verrechnungspreismethode auf die Geschäftsbeziehung auf der Grundlage der durch die Funktionsanalyse ermöglichten Unternehmenscharakterisierung, die, wie im Markt zwischen fremden Dritten üblich, aus dem Eigentum an erfolgsentscheidenden Wirtschaftsgütern, regelmäßig den immateriellen Werten, und der Risikotragung die Rolle des „Strategieträgers“ folgert und diesem das Residualergebnis nach Abgeltung der „Routinefunktionen“ zuordnet.

Die wirtschaftlich einheitliche Wertschöpfung innerhalb der Unternehmensgruppe wird also in Einzeltransaktionen zerlegt („Geschäftsbeziehungen“), Vorgänge mit „gesellschaftsrechtlicher Veranlassung“ werden nicht erfasst (§ 1 Abs. 4 S. 1 AStG). Führt der wirtschaftliche Vorgang nicht unmittelbar zu einer Änderung der Gesellschafterstellung, werden die Parteien der Transaktionen also für die steuerliche Einkünfteabgrenzung als unabhängige Dritte, die sich am Markt unter „vergleichbaren“ Umständen begegnen, angesehen und entsprechend besteuert. Die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit hat demnach in der Verrechnungspreisermittlung regelmäßig<sup>75</sup> keinen Einfluss auf die „Funktionsanalyse“ der Geschäftsbeziehung, obwohl die vermögensmäßige Verbundenheit faktisch die Risikostruktur beeinflusst, da alle Gewinnchancen und Verlustrisiken, die mit dem Wertschöpfungsprozess verbunden sind, innerhalb der Unternehmensgruppe gebunden bleiben und in der Marktbewertung der gehandelten Anteile abgebildet werden, weitgehend unabhängig davon, welche lokale Entität diese in den gruppeninternen Geschäftsbeziehungen trägt.<sup>76</sup>

## **E. Steuerplanungspotential**

Der Fremdvergleichsgrundsatz erfordert die Überprüfung der Geschäftsbeziehungen auf ihre Angemessenheit durch Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes; bei der Ausgestaltung dieser Geschäftsbeziehungen genießen Unternehmensgruppen grund-

---

<sup>75</sup> Vgl. indes noch differenzierter unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.V.

<sup>76</sup> Vgl. a. Staff of the Joint Committee on Taxation, Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing, Scheduled for a Public Hearing Before the House Committee on Ways and Means, 20.6.2010, JCX-37-10, S. 110: „Because the separate existence of each company in the group is respected, risk can be assigned by contract to any member of the group with the objective ability to bear that risk, even though risk does not leave the affiliated group.“; sowie U.S. Government Accountability Office (GAO), Report to the Chairman, Committee on Finance, U.S. Senate, International Taxation, Information on the Potential Impact on IRS and U.S. Multinationals of Revised International Guidance on Transfer Pricing, January 2017, GAO-17-103, S. 7 ff. Vgl. speziell zu Transaktionen mit immateriellen Werten auch OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.10: „There is no risk to the overall groups’ profit from transactions of this kind between members of an MNE group.“

sätzlich Dispositionsfreiheit. Dies ermöglicht es, die Mobilität immaterieller Werte sowie der mit ihnen verbundenen Finanzierungsfunktionen und operativen Risiken zu nutzen, um die „Unternehmenscharakterisierung“ und den einhergehenden Residualgewinn ausweis vertraglich zu steuern (sog. „entrepreneurial flexibility“<sup>77</sup>). Die OECD musste daher im Discussion Draft on Business Restructurings 2008 feststellen, dass „seit Mitte der 1990er Jahre“<sup>78</sup> ein zunehmender Trend zur organisatorischen Zentralisierung von immateriellen Werten und Risiken in „Prinzipalgesellschaften“ zu beobachten sei, die mit einer Konversion lokaler Entitäten, in denen oft weiterhin die aktiven Unternehmensfunktionen ausgeübt werden, in risikobefreite „Routinegesellschaften“ einherging.<sup>79</sup> Dieser Befund deckte sich mit einer Studie des U.S. Government Accountability Office (GAO), die 2008 ebenfalls ein Auseinanderfallen von steuerlichem Gewinnausweis und aktiven Unternehmensfunktionen bei U.S. Unternehmen in Korrelation zur Steuersatzdifferenz nachwies, wobei auch Deutschland von diesem Effekt betroffen gewesen sein soll.

„U.S. business activity (measured by sales, value added, employment, compensation, physical assets, and net income) increased in absolute terms both domestically and abroad from 1989 through 2004, but the relative share of activity that was based in foreign affiliates increased. Nevertheless, as of 2004, over 60 percent of the activity (by all six measures) of U.S. MNCs remained located in the United States. The U.K., Canada, and Germany are the leading foreign locations of U.S. businesses by all measures except income. Reporting of the geographic sources of income is susceptible to manipulation for tax planning purposes and appears to be influenced by differences in tax rates across countries. Most of the countries studied with relatively low effective tax rates have income shares significantly larger than their shares of the business measures least likely to be affected by income shifting practices: physical assets, compensation, and employment. The opposite relationship holds for most of the high tax countries studied.“<sup>80</sup>

Eine Folgestudie des U.S. Joint Committee on Taxation analysierte die praxistypischen Gestaltungsstrukturen hinter diesem empirischen Phänomen und identifizierte

---

<sup>77</sup> *Benshalom*, Sourcing the „Unsourceable“: The Cost Sharing Regulations and the Source of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, 631, 647.

<sup>78</sup> 1995 wurden die OECD-Leitlinien 1979 revidiert und vertragliche Strukturen als Grundlage der „Funktionsanalyse“ gestärkt. A.a.O., Tz. 1.28 heißt es: „In arm’s length dealings, the contractual terms of a transaction generally define explicitly or implicitly how the responsibilities, risks and benefits are to be divided between the parties. As such, an analysis of contractual terms should be a part of the functional analysis.“ Die OECD folgte damit den Entwicklungen der U.S. Treasury Regulations von 1994.

<sup>79</sup> Vgl. OECD, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment*, Paris, 19.09.2008, Issues Note 1, Tz. 3.

<sup>80</sup> GAO, Report to the Committee on Finance, U.S. Senate, *U.S. Multination Corporations, Effective Tax Rates Are Correlated with Where Income Is Reported*, August 2008. (Kursiv hinzugefügt)

als Gemeinsamkeit der untersuchten Fallkonstellationen<sup>81</sup> (i) die Organisation von zentralisierten (regionalen oder globalen) Prinzipalstrukturen in Staaten, die ein niedriges Steuerniveau und/oder weitere Gestaltungsoptionen zur Senkung der Steuerquote anbieten,<sup>82</sup> (ii) die Nutzung von immateriellen Werten im operativen Geschäft sowie (iii) das Vermeiden der Hinzurechnungsbesteuerung für die Prinzipaleinheiten.<sup>83</sup> Die Fallkonstellationen nutzten die Markpreisanalogie des Fremdvergleichsgrundsatzes, die erfolgsentscheidenden Unternehmensfunktionen im Eigentum an immateriellen Werten und der Tragung der wesentlichen Unternehmensrisiken zu sehen, ungeachtet der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit und einheitlichen Wertschöpfung. Die Strukturierung der Prinzipaleinheiten durch Zuordnung der immateriellen Werte und unternehmerischen Risiken war durch die weitgehende Respektierung gruppeninterner Verträge möglich. Auch die EU-Kommission identifizierte daher – mit etwas Verzögerung – auf dem Fremdvergleichsgrundsatz basierende Verrechnungspreissysteme als ein Hauptwerkzeug der Verlagerung von Bemessungsgrundlage,<sup>84</sup> wobei immateriellen Werten das betragsmäßig höchste Gewinnverlagerungspotential<sup>85</sup> zugeschrieben wurde, das für „aggressive“<sup>86</sup> Strukturierungen zur Gestaltung der Konzernsteuerquoten genutzt werde; 70% des gesamten „profit shifting“ soll auf Verrechnungspreisge-

---

<sup>81</sup> Vgl. Staff of the Joint Committee on Taxation, Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing, Scheduled for a Public Hearing Before the House Committee on Ways and Means, 20.6.2010, JCX-37-10, S. 51-102.

<sup>82</sup> Der Bericht identifiziert die Niederlande als typischen Prinzipal- und/oder „Conduit“-Staat. Dieser Befund lässt sich durch die globalen FDI-Statistiken des IMF ([www.imf.org](http://www.imf.org)) belegen; die Niederlande sind weltweit der Staat mit dem höchsten Volumen und In- und Outbound-Investitionen. Das Investitionsvolumen der Niederlande war 2015 ca. das 20-fache Deutschland's – bei einem BIP nur ca. ¼.

<sup>83</sup> Vgl. Staff of the Joint Committee on Taxation, Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing, Scheduled for a Public Hearing Before the House Committee on Ways and Means, 20.6.2010, JCX-37-10, S. 103 f.

<sup>84</sup> Vgl. EU-Kommission – Fact Sheet, Questions and Answers on the Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU, Brussels, 17.6.2015.

<sup>85</sup> Vgl. a. *Grubert*, Intangible Income, Intercompany Transactions, Income Shifting, and the Choice of Location, *National Tax Journal*, 2003, S. 221; Council on Foreign Relations, *Renewing America*, Progress-Report, April 2014, S. 5; *Sheppard*, How MNEs Squandered Their Tax Privileges, *Washington University Journal of Law & Politics*, 2014, S. 62, 66 f.

<sup>86</sup> „Aggressive“ Steuergestaltungen beschreibt die EU-Kommission in EU-Kommission vom 6.12.2012, C(2012) 8806, S. 2: „A key characteristic of aggressive tax planning is the reduction of tax liability through *strictly legal arrangements* which however contradict the intent of the law. [...] Aggressive tax planning consists in taking advantage of the technicalities of a tax system or mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability.“ (Kursiv hinzugefügt)

staltungen mit immateriellen Werten beruhen.<sup>87</sup> Bekanntheit erlangte für das Europageschäft dabei die Gestaltungsvariante des sog. „Double Irish Dutch Sandwich“<sup>88</sup>.

Im Ergebnis sollen U.S. Unternehmen inzwischen<sup>89</sup> ca. 2.000 Mrd. USD als „permanently reinvested earnings“ (PRE) deklariert<sup>90</sup> der U.S. Besteuerungen entzogen haben,<sup>91</sup> dies bei einer durchschnittlichen, inflationsbereinigten Wachstumsrate des Offshore-Vermögens von jährlich ca. 34%. Dem deutschen Fiskus sollen durch „Steuerflucht und Steuergestaltungen“ jährlich Steuereinnahmen in Höhe von € 150 Mrd. entgehen, der gesamten EU rund € 1.000 Mrd.<sup>92</sup> Konkrete Bezifferungen sollten kritisch betrachtet werden, empirisch sei jedoch ein Zusammenhang (i) zwischen Steuersatzdifferenz und der Höhe der in einem Staat ausgewiesenen immaterielle Werte belegbar; diese Wirkung wird mit etwa 3,5% weniger angemeldeten Patenten bei einem Anstieg des Steuersatzes von 1% angegeben,<sup>93</sup> sowie (ii) ein durchschnittlicher Anstieg des Gewinnausweises von bis zu 5% bei einer Steuersatzsenkung von 1%.<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> Vgl. EU-Commission – Fact Sheet, Questions and Answers on the Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU, Brussels, 17.6.2015; vgl. a. die Ergebnisse von *Hackemeyer/Overresch* zitiert bei *Watrin/Thomson/Weiß*, IStR 2016, 397, 398 f.

<sup>88</sup> Vgl. *Loomis*, The Double Irish Sandwich: Reforming Overseas Tax Havens, *St. Mary's Law Journal*, 2012, 825 ff. Die Grundstruktur des Modells ist nachgezeichnet von *Kleinbard*, *Stateless Income*, *Florida Tax Review*, 2011, 699, 704 ff. Das Modell ermöglicht die eine fast ertragsteuerfreie Gewinnernerierung in der EMEA-Region und funktioniert durch zwei irische Gesellschaften und eine zwischengeschaltete niederländische Gesellschaft („Sandwich“). Eine nach irischem Gesellschaftsrecht inkorporierte, indes nach irischem Steuerrecht in Bermuda ansässige Gesellschaft operiert als Holding und verfügt über die in den USA entwickelte Technologie infolge der Beteiligung an einem Umlagevertrag („cost sharing agreement“). Das erforderliche Kapital für die Beteiligung wurde der Holding durch die U.S. Muttergesellschaft im Wege der Kapitaleinlage bereitgestellt. Die zwischengeschaltete niederländische Gesellschaft erwirbt das Nutzungsrecht an der Technologie und lizenziert sie an die zweite irische Gesellschaft weiter. Die von der zweiten irischen Gesellschaft am Markt generierten Erträge werden in der Lizenzierungskette durch die niederländische Gesellschaft an die steuerlich in Bermuda ansässige Gesellschaft durchgereicht. Die Niederlande erheben keinen Quellensteuereinbehalt auf Zahlungen an Offshore-Gesellschaften; Bermuda erhebt keine Ertragsteuer.

<sup>89</sup> Vgl. m.w.N. *Sanchirico*, *As American as Apple Inc.: International Tax and Ownership Neutrality*, *Tax Law Review*, 2015, S. 207, 215.

<sup>90</sup> Vgl. zur Strukturierung *Blouin/Krull/Robinson*, *Is U.S. Multinational Dividend Repatriation Policy Influenced by Reporting Incentives?*, *The Accounting Review*, Vol. 87, No. 5, 2012.

<sup>91</sup> Vgl. *The Wall Street Journal*, *At big U.S. companies, 60% of cash sits offshore: J.P. Morgan*, 17.05.2015: „1,113 US multinational firms have over USD 1.7 trillion in undistributed foreign earnings, which may remain [offshore] permanently“ sowie „out of the USD 974 billion in cash on the balance sheets of 602 US multinationals, at least USD 588 billion, or 60%, is sitting in foreign accounts“.

<sup>92</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/13717. Steuerausfälle in dieser Größenordnung können indes nicht alleine durch die Vermeidung der Körperschaftsteuer, die mit ca. EUR 20 Mrd. nur etwa 3% des Gesamtsteueraufkommens ausmacht, ausgelöst werden,<sup>92</sup> dies auch dann nicht wenn man von einem etwa gleichhohen Betrag an „verlorener“ Gewerbesteuer ausgeht.

<sup>93</sup> Vgl. m.w.N. *Watrin/Thomson/Weiß*, IStR 2016, 397, 399.

<sup>94</sup> Vgl. U.S. Government Accountability Office (GAO), *Report to the Chairman, Committee on Finance, U.S. Senate, International Taxation, Information on the Potential Impact on IRS and U.S. Multinationals of Revised International Guidance on Transfer Pricing*, January 2017, GAO-17-103, S. 16, mit Zweifeln, dass tatsächlicher Wert niedriger sein mag.

## **F. Kern der Herausforderung: Eine sachgerechte internationale Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise**

Auf der Grundlage dieser Problemanalyse wird verständlich, dass der Kern der Herausforderung in der Modernisierung derjenigen Regeln des internationalen Steuersystems besteht, die die Erträge, die multinationale Unternehmensgruppen durch immaterielle Werte generieren können, zwischen den wirtschaftlich beteiligten Jurisdiktionen verteilt. Das Verrechnungspreissystem hat den größten Einfluss darauf, wie die Einkünfte aus internationalen Transaktionen allokiert werden.<sup>95</sup> Die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes eröffnet durch die Mobilität und Werthaltigkeit immaterieller Werte systemwidriges Gestaltungspotential in einem internationalen Steuersystem, das auf der Grundlage eines heute antiquierten „merchantilist paradigm“<sup>96</sup>, entworfen wurde. Das Problem der internationalen Allokation von immateriellen Werten durch Verrechnungspreise ist ein Folgeproblem der Entwicklung in die globale Wissensgesellschaft. Mit steigender Bedeutung der immateriellen Werte für die Gesamtwertschöpfung in Unternehmensgruppen ist die fiskalische Bedeutung des Problems gestiegen. Nachdem U.S. Pharmazieunternehmen damit begonnen hatten, immaterielle Werte in puerto-ricanische Tochtergesellschaften zu verlagern, reagiert der U.S. Kongress daher 1986 mit Einführung des „Commensurate with income standard“ (CWIS) und gab die als U.S. White Paper 1988 bekannt gewordene Studie in Auftrag, die zur Einführung der transaktionsbezogenen Gewinnmethoden führte und – gegen den Widerstand vieler OECD-Staaten – 1995 auch zu einer Änderung der OECD-Leitlinien. Die strukturellen Probleme des Verrechnungspreissystems konnten dadurch nicht gelöst werden. In Zeiten relativer Prosperität und fiskalischer Stabilität im OECD-Raum und einer von der *Clinton-Administration* vorangetriebenen Wirtschaftsliberalisierung, die auch Verrechnungspreise in das Ziel der Kapitalexportförderung einbezog,<sup>97</sup> gab sich die internationale Gemeinschaft gleichwohl, wie *Graetz* es 2001 formulierte, dem

---

<sup>95</sup> Vgl. *Lowell/Briger*, U.S. International Transfer Pricing, Thomson Reuters, 2016, § 1.01.

<sup>96</sup> *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, *Tax Law Review*, Vol. 65, 2012, 535, 540 f.

<sup>97</sup> Vgl. *Langbein*, Parliamentary Parentheses, Cognitive Capture, and the Rise of Fractional Apportionment, *Tax Management International Journal*, BNA Bloomberg, Vol. 39, No. 10, S. 21 ff.

„fairy tale“<sup>98</sup> hin, dass das Problem der internationalen Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise einigermaßen unter Kontrolle sei.

Diese Wahrnehmung begann sich innerhalb des OECD CFA allerdings mit den Diskussionen über die Betriebsstättenbesteuerung zu ändern, die 2001 zu einem ersten Diskussionsentwurf und ab 2008 als Authorised OECD Approach (AOA) Einzug in die Gewinnallokationsdogmatik hielt. Kernprobleme waren (i) die als willkürlich empfundene Allokation mobiler Wirtschaftsgüter an Betriebsstätten, die nicht mit aktiven Personalfunktionen an der operativen Kontrolle über den Einsatz der Wirtschaftsgüter beteiligt waren,<sup>99</sup> sowie (ii) der zwischen kapitalimportierenden und kapitalexportierenden Staaten entstandene Streit über die Abzugsfähigkeit von „notional royalties“ vom Betriebsstättenergebnis. Ab 2005 war die OECD Working Party No. 6 zusätzlich mit „Business restructurings“ beschäftigt, bei denen sich ein ähnliches Problem ergab: Infolge der Umstrukturierungen wurden die aktiven Unternehmensfunktionen der lokalen Entitäten von den immateriellen Werten, die sie in ihren operativen Funktionen einsetzten, und den operativen Risiken vertraglich getrennt. Innerhalb der OECD-Finanzministerien wuchs das Unbehagen mit diesen Gestaltungen, die der Fremdvergleichsgrundsatz durch die Übertragung der Marktalogien auf interne Geschäftsbeziehungen ermöglichte, und – da Forderungen nach einer globalen Formularaufteilung sich (erneut) nicht durchsetzen konnten<sup>100</sup> – wurde der Fremdvergleichsgrundsatz erneut – wie zuvor bei der Einführung der Gewinnmethoden – durch zusätzliche hypothetische Erwägungen ergänzt, um den identifizierten Problemen Abhilfe zu verschaffen.<sup>101</sup> Diese Ergänzung der OECD-Leitlinien 2010 um das Kapitel IX erfolgte mit der Ankündigung, die Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten grundsätzlich überprüfen zu wollen, nicht nur im Fall von Umstrukturierungen. Die OECD Working Party No. 6 legte daher im Juni 2012 einen Entwurf für die Revision des Kapitels VI

---

<sup>98</sup> *Graetz*, Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy, *Tax Law Review*, 2001, S. 261, 318; *Graetz* erkannte ferner weitsichtig einen „temporary lull until the next round of transfer pricing abuses captures the attention of [...] policy makers“.

<sup>99</sup> Diese Gestaltungen traten zunächst im Finanzsektor auf. Die enge Verknüpfung von Risikomanagement, Profitabilität und Steuerungsfunktionen im Finanzsektor ist der Ursprung des Personalfunktionsansatzes, der zuerst für den Finanzsektor als „key entrepreneurial risk taking approach“ (KERT-Konzept) formuliert wurde.

<sup>100</sup> Vgl. BNA Bloomberg, OECD’s Owens Rejects Unitary Idea, Focuses on Making Arm’s-Length Work, 18 *Transfer Pricing Report* 518, 24.09.2009.

<sup>101</sup> Vgl. dazu ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

vor.<sup>102</sup> Dieser Prozess ging vor Abschluss in der BEPS-Initiative auf, die sich des Problems annahm und mit der dieses Projekt eine neue politische Tragweite erhielt.

## **G. Die OECD/G20 BEPS-Initiative**

### **I. Überblick**

Die OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Initiative stand zwischen 2013-2015 im Mittelpunkt der Modernisierung des internationalen Steuersystems. Die internationale Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise war ein Hauptbestandteil des Projektes, das in der Eigenwahrnehmung der OECD einen „Wendepunkt in der Geschichte der internationalen Steuerkoordination“<sup>103</sup> darstellte. Die BEPS-Initiative beruhte dabei auf drei Säulen: (i) Sicherstellen der internationalen *Kohärenz* steuerlicher Regeln (ii) Stärkung der *Substanzerfordernisse* und (iii) Erhöhung der *Transparenz* durch Ausweitung der Offenlegungspflichten.<sup>104</sup> Zielsetzung im Bereich der Verrechnungspreise für immaterielle Werte, die zur zweiten Säule zählten,<sup>105</sup> war es, die Ergebnisse der Verrechnungspreisermittlung und den Gewinnausweis mit der Wertschöpfung zusammenzuführen.

### **II. Entstehen des politischen Anti-BEPS-Impetus**

Ausgangspunkt der politischen und institutionellen Dynamik, die in der BEPS-Initiative mündete, war die globale Finanzkrise von 2007/08. Es lässt sich anhand der Stellungnahmen der Staaten und Institutionen nachzeichnen, wie der anfängliche Fokus auf eine Erhöhung der steuerlichen Transparenz auf die materiellen Regeln übergriff. Diese Dynamik zu verstehen ist wichtig, um den Inhalt der materiellen Zielvorgaben des Projektes sowie die Vervielfältigung der politischen Interessen an der Überarbeitung der OECD-Leitlinien 2010 richtig zu erfassen.

Im November 2008 traten die Regierungschefs der G20 in Washington D.C. zusammen, „entschlossen“ die Kooperation zu stärken und gemeinsam an der Wiederherstellung des globalen Wirtschaftswachstums und Reformen des Finanzsystems zu arbeiten.<sup>106</sup> Die Besonderheit dieses Schrittes bestand in der Begründung der institutionel-

---

<sup>102</sup> Vgl. dazu ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.II.

<sup>103</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, 2013, S. 25.

<sup>104</sup> Vgl. OECD/G20 Action Plan on BEPS, 2013, S. 13 f. Im Final BEPS Report Actions 8-10 wird neben der Erhöhung der Transparenz auch die Stärkung der Rechtssicherheit zur dritten Säule gezählt, vgl. a.a.O. *Foreword*, S. 3.

<sup>105</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, 2013, S. 18.

<sup>106</sup> Vgl. G20 Declaration, Summit in Financial Markets and the World Economy, 15.11.2008, Tz. 1.

len Verantwortung der G20 für die Beilegung der Wirtschaftskrise.<sup>107</sup> Ferner wurde auf diesem Gipfeltreffen die Stärkung der „Integrität der Finanzmärkte“ als Eckpfeiler notwendiger Reformen etabliert sowie die Durchsetzung des „internationaler Standards“ für Bankgeheimnis und Transparenz in Staaten, die bislang nicht ausreichend kooperieren, als notwendige Maßnahme identifiziert.<sup>108</sup> Im April 2009, als sich die Krise intensiverte, sich der Kollaps der Aktienmärkte in die Realwirtschaft ausweitete und die Maßnahmen zur Stabilisierung der Banken begannen, die Stabilität von Staatshaushalten zu beeinträchtigen, trat die G20 erneut zusammen, „entschlossen“ die öffentlichen Finanzen gegen die Risiken zu schützen, die nicht-kooperative Jurisdiktionen für das internationale System darstellen.<sup>109</sup> Zu den möglichen Maßnahmen gegen Staaten, die sich nicht an „internationale Standards“ hielten, zählte eine ergänzende Abschlusserklärung neben der Versagung der Abzugsfähigkeit von Zahlungen an Zahlungsempfänger, die in nicht-kooperativen Jurisdiktionen ansässig sind, insbesondere auch die Überprüfung der Doppelbesteuerungspolitik.<sup>110</sup> Daneben forderten die G20-Regierungschefs die geeigneten Institutionen auf, unmittelbar damit zu beginnen, objektive „peer reviews“ durchzuführen, um die Staatsfinanzen zu schützen. Im September 2009 wurde daher das „Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes“ der OECD umstrukturiert, um die von der G20 geforderten „peer reviews“ durchzuführen.<sup>111</sup> Die daraufhin einsetzende Arbeit innerhalb des „Global Forum“ sollte zum Nukleus der BEPS-Initiative werden.<sup>112</sup>

Während dieser Zusammenarbeit zur Erhöhung der Transparenz wurden zunehmend Bedenken geäußert, grenzüberschreitende Wirtschaftsaktivitäten, ungeachtet von er-

---

<sup>107</sup> Die G20 wurde zwar bereits 1999 gegründet, das erste Gipfeltreffen war indes der 2008 Washington Summit. Die Finanzkrise hat daher die Verantwortungsstruktur dauerhaft verschoben. Die G20 hat eine differenzierte Mitgliedschaftsstruktur als die hinter die G20 zurückgestellte G-8.

<sup>108</sup> Vgl. G20, Washington Declaration, 15.11.2008, Tz. 9.

<sup>109</sup> G20, Leaders' Statement, London, 2.4.2009, Tz. 4 und 13 ff.

<sup>110</sup> G20, Declaration on Strengthening the Financial System, London, 2.4.2009, S. 5.

<sup>111</sup> Vgl. OECD Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Information Brief, Feb. 2013, Tz. 1.

<sup>112</sup> Der 2007 zur OECD abgeordneten französischen Finanzbeamte *Pascal Saint-Amans*, früherer Head of International Co-Operation and Tax Competition und seit Februar 2012 für die BEPS-Initiative verantwortliche Director of the Center for Tax Policy hat diese Entwicklung mit forciert. Das OECD CTPA schreibt *Saint-Amans* eine „key role the advancement of the OECD tax transparency agenda in the context of the G20“ zu; abrufbar unter [www.oecd.com/ctp/pascal-saint-amans.htm](http://www.oecd.com/ctp/pascal-saint-amans.htm). Andere bemerken nur die zeitliche Koinzidenz der Beförderung von *Saint-Amans*, sehen darin fälschlicherweise aber nur eine glückliche Fügung, so *Grinberg*, *The New International Tax Diplomacy*, Georgetown Law, Working Draft, September 2015, S. 11 f., Fn. 44. Vielmehr setzte *Saint-Amans* bewusst aus dem „global Forum“ heraus die von seinem Vorgänger, *Jeffrey Owens*, begonnenen Bestrebungen fort, die Finanzkrise zur Stärkung der institutionellen Position des OECD CTP zu nutzen.

höherer Transparenz, auf der Grundlage der geltenden Steuerregeln nicht angemessen besteuern zu können. Es entstand daraufhin die Sorge, dass zunehmend unkoordinierte, unilaterale Maßnahmen folgen oder mit der OECD um die Federführung in der internationalen Steuerkoordination konkurrierenden Foren politischen Aufwind erhalten könnten,<sup>113</sup> wodurch das OECD CFA fürchtete, das konsensbasierte internationale Steuersystem könnte überstürzt werden.<sup>114</sup> Die folgenden G20-Erklärungen spiegeln diese Entwicklung innerhalb des „Global Forum“ wider. In den Abschlusserklärungen des *Toronto Summit* und des *Seoul Summit* bleibt es zwar im Wesentlichen noch bei der Betonung der Notwendigkeit der Stärkung steuerlicher Transparenz,<sup>115</sup> auch auf dem *Cannes Summit* 2011 wurde der Kampf gegen Steueroasen und nicht-kooperative Jurisdiktionen als Mittel des Schutzes der Staatshaushalte und des Finanzsystems betont.<sup>116</sup> Anders als in den vorherigen Erklärungen wurde der Schutz der Staatshaushalte in Cannes indes nicht mehr ausdrücklich nur auf die Durchsetzung bestehender Steuergesetze beschränkt.<sup>117</sup> Der Startschuss der BEPS-Initiative taucht im Abschlussbericht des darauffolgenden *Los Cabos Summits* der G20 vom Juni 2012 auf.<sup>118</sup> Die G20 „wiederholt“ in dieser Abschlusserklärung die Notwendigkeit, das „base erosion and profit shifting“ zu unterbinden und kündigte an, die begonnene Arbeit der OECD in diesem Bereich „aufmerksam zu verfolgen“<sup>119</sup> 120

---

<sup>113</sup> Vgl. U.S. Joint Committee on Taxation, 2015, JCX-139-15, S. 8: „As G20 and various policymakers worked toward greater transparency in tax administration, concerns about the operation of and effects of tax on cross-border activities were voiced. These concerns related to the difficulty of taxing corporations engaged in cross-border activities, a perceived increase in base erosion and profit shifting, and a risk that double taxation may arise if governments acted unilaterally to protect their respective corporate tax revenue bases, and resulting uncertainty for taxpayers with cross-border operations.”

<sup>114</sup> Vgl. OECD/G20 BEPS Action 8: 2014 Deliverable, S. 3: „[T]o prevent the existing consensus-based international tax framework from unraveling, which would increase uncertainty for businesses at a time when cross-border investments are more necessary than ever“.

<sup>115</sup> Vgl. G20, Toronto Declaration, 27.6.2010, Tz. 22; G20, Leaders Declaration sowie Seoul Summit Document, Seoul, 12.11.2010, Tz. 51, lit. h).

<sup>116</sup> Vgl. G20, Summit Final Declaration, Cannes, 4.11.2011, Tz. 35.

<sup>117</sup> Vgl. G20, Summit Final Declaration, Cannes, 4.11.2011, Tz. 35.

<sup>118</sup> Vgl. G20, Leaders Declaration, Los Cabos, 19.6.2012, Tz. 48.

<sup>119</sup> G20, Leaders Declaration, Los Cabos, 19.6.2012, Tz. 48.

<sup>120</sup> Deputy Assistant Secretary of the U.S. Treasury Department, *Robert Stack*, sagte 2014 vor dem U.S. Senate Finance Committee aus, dass die G20-Staaten in Los Cabos die Bedeutung von BEPS anerkannten und ihre Finanzministerien anwiesen, einen Aktionsplan auszuarbeiten; dies erfolgte formal im Rahmen der OECD, aber die G20-Staaten „steuerten“ den Prozess. Vgl. *Robert B. Stack*, U.S. Department of the Treasury, Testimony Before the Senate Finance Committee, 22.07.2014: „hosted by the OECD, the G20 is driving the process“. Die Bedeutung dessen ist, infolge der gegenüber der OECD abweichenden Mitgliedschaftsverhältnisse der G20 und der von den Vorstellungen der OECD abweichenden Ansichten der sog. BRICS zur internationalen Steuerkoordination – insbesondere im Bereich der Verrechnungspreise – kaum zu überschätzen. Vgl. *Ault/Shay/Schön*, BEPS: A Roadmap for Reform, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2014, 275, 276; sowie *Lewis*, G20 the Future Leader in Tax Policy, Official Says, Tax Notes, posted online 26.9.2016.

### III. Die Entwicklung der Zielsetzung der BEPS-Initiative

#### 1. Der Addressing Base Erosion and Profit Shifting Bericht

In Reaktion auf die Erweiterung der G20-Agenda – von der Erhöhung der steuerlichen Transparenz zur Modernisierung des materiellen internationalen Steuersystems –, bei der auch die von der OECD abweichende Mitgliedschaftsstruktur der G20 ihre Rolle gespielt haben wird, legte die OECD im Februar 2013 den Addressing Base Erosion and Profit Shifting Bericht vor, der eine „objektive und umfassende“<sup>121</sup> Grundlagenanalyse des Phänomens „BEPS“ beinhaltet und die Richtung von Lösungsmöglichkeiten skizziert. Der Grundbefund des Berichtes ist die Überholung des internationalen Steuerrechts durch den technologischen und unternehmerischen Fortschritt, wodurch, wie innerhalb des Global Forum der OECD vorausgedacht, die Erhöhung der steuerlichen Transparenz nicht ausreichend sei, um das Problem „BEPS“ zu beheben.

„While there clearly is a tax compliance aspect, as shown by a number of high profile cases, there is a more fundamental policy issue: the international common principles drawn from national experiences to share tax jurisdiction may not have kept pace with the changing business environment. Domestic rules for international taxation and internationally agreed standards are still grounded in an economic environment characterised by a lower degree of economic integration across borders, rather than today’s environment of global taxpayers, characterised by the increasing importance of intellectual property as a value-driver and by constant developments of information and communication technologies.“<sup>122</sup>

Der Bericht stellt ferner auf der Grundlage auffällig hoher Investitionsvolumina in und durch „Special Purpose Entities“ (SPEs)<sup>123</sup> eine zunehmende Trennung von „echten“ Wirtschaftsaktivitäten und steuerlichem Gewinnausweis fest, wobei echte Wirtschaftsaktivitäten als solche Unternehmensfunktionen anzusehen seien, die sich durch „elements such as sales, workforce, payroll, and fixed asset“ identifizieren lassen.<sup>124</sup> Auf der Suche nach den Mechanismen, die dieses Auseinanderfallen ermöglichen, identifi-

---

<sup>121</sup> Addressing BEPS, S. 6.

<sup>122</sup> Addressing BEPS, S. 5.

<sup>123</sup> Vgl. Addressing BEPS, S. 17 f.; SPE sei „[an] enterprise [that] meets the following criteria: (i) The enterprise is a legal entity, a. Formally registered with a national authority; and b. subject to fiscal and other legal obligations of the economy in which it is resident. (ii) The enterprise is ultimately controlled by a non-resident parent, directly or indirectly. (iii) The enterprise has no or few employees, little or no production in the host economy and little or no physical presence. (iv) Almost all the assets and liabilities of the enterprise represent investments in or from other countries. (v) The core business of the enterprise consists of group financing or holding activities, that is – viewed from the perspective of the compiler in a given country – the channeling of funds from non-residents to other non-residents. However, in its daily activities, managing and directing plays only a minor role.“ A.a.O. S. 22, Fn. 6.

<sup>124</sup> Vgl. Addressing BEPS, S. 20.

ziert der Bericht den Fremdvergleichsgrundsatz, dessen Auslegung sich von der wirtschaftlichen Realität integrierter Wertschöpfungsketten zu stark entfernt habe.

„One of the underlying assumptions of the arm’s length principle is that the more extensive the functions/assets/risks of one party to the transaction, the greater its expected remuneration will be and *vice versa*. This therefore creates an incentive to shift functions/assets/risks to where their returns are taxed more favorably. While it may be difficult to shift underlying functions, the risks and ownership of tangible and intangible assets may, by their very nature, be easier to shift. Many corporate tax structures focus on allocating risks and hard-to-value intangibles to low-tax jurisdictions, where their returns may benefit from a favorable tax regime. Such arrangements may contribute to BEPS. [...] In summary, the Guidelines are perceived by some as putting too much emphasis on legal structures [...] rather than on *the underlying reality of the economically integrated group*.<sup>125</sup>”

Der Addressing BEPS Report umriss die Stoßrichtung der notwendigen Reformen des Verrechnungspreissystems infolgedessen ohne eindeutig erkennen zu lassen, *ob* international am Fremdvergleichsgrundsatz festgehalten werden sollte.

„In addition to a clear need for increased transparency on effective tax rates of MNEs, key pressure areas include those related to: [...] Transfer pricing, in particular in relation to the shifting of risks and intangibles, the artificial splitting of ownership of assets between legal entities within a group, and transactions between such entities that would rarely take place between independents. [...]

[A] holistic approach is necessary to properly address the issue of BEPS. Government actions should be comprehensive and deal with all the different aspects of the issue. These include, for example, the balance between source and residence taxation, the tax treatment of intra-group financial transactions, the implementation of anti-abuse provisions, including CFC legislations, as well as transfer pricing rules. A comprehensive approach, globally supported, should draw on an in-depth analysis of the interaction of all these pressure points. [...]

[A] comprehensive action plan should be developed quickly. The main purpose of that plan would be to provide countries with instruments, domestic and international, *aiming at better aligning rights to tax with real economic activity*. While it is useful to take stock of the work which has already been done and which is underway, it is also important to revisit some of the fundamentals of the existing standards. Indeed, incremental approaches may help curb the current trends but will not respond to several of the challenges governments face.<sup>126</sup>”

---

<sup>125</sup> Vgl. Addressing BEPS, S. 42 f. Der Bericht enthält auch eine Beschreibung der „reality of the economically integrated group“, so heißt es, a.a.O., S. 25: „In today’s MNEs the individual group companies undertake their activities within a framework of group policies and strategies that are set by the group as a whole. The separate legal entities forming the group operate as a single integrated enterprise following an overall business strategy. Management personnel may be geographically dispersed rather than being located in a single central location, with reporting lines and decision-making processes going beyond the legal structure of the MNE.”

<sup>126</sup> Vgl. Addressing BEPS, S. 47 f, 50 f. S.a. a.a.O., S. 10: „The different components of the action plan will include proposals to develop: [...] Improvements or clarifications to transfer pricing rules to ad-

## 2. Der Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting

Den im Addressing BEPS Report geforderten „comprehensive action plan“ legte die OCED im Juni 2013 vor. Dieser minderte die Radikalität des „objektiven und umfassenden“ Addressing BEPS Report und näherte den Rahmen potentieller Lösungen für das Verrechnungspreisproblem wieder der bisherigen OECD-Position an. So wird der Fremdvergleichsgrundsatz bekräftigt, indes weiterhin Allokationsprobleme durch dessen Anwendung eingestanden, die im Regelverfahren *innerhalb* des Fremdvergleichsgrundsatzes – d.h. durch „incremental approaches“, die im Addressing BEPS Bericht für unzureichend gehalten wurden<sup>127</sup> – und nur in Ausnahmefällen durch Regeln, die offen mit dem Fremdvergleichsgrundsatz brechen, gelöst werden sollen.<sup>128</sup>

„A major issue is transfer pricing and the *enforcement* of the arm’s length principle. Transfer pricing rules serve to allocate income earned by a multinational enterprise among those countries in which the company does business. *In many instances, the existing transfer pricing rules, based on the arm’s length principle, effectively and efficiently allocate the income of multinationals among taxing jurisdictions. In other instances, however, multinationals have been able to use and/or misapply those rules to separate income from the economic activities that produce that income and to shift it into low-tax environments.* This most often results from transfers of intangibles and other mobile assets for less than full value, the over-capitalisation of lowly taxed group companies and from contractual allocations of risk to low-tax environments in transactions that would be unlikely to occur between unrelated parties. *Alternative income allocation systems, including formula based systems, are sometimes suggested. However, the importance of concerted action and the practical difficulties associated with agreeing to and implementing the details of a new system consistently across all countries mean that, rather than seeking to replace the current transfer pricing system, the best course is to directly address the flaws in the current system, in particular with respect to returns related to intangible assets, risk and over-capitalisation.* Nevertheless, special measures, either within or beyond the arm’s length principle, may be required with respect to intangible assets, risk and over-capitalisation to address these flaws.<sup>129</sup>“

Die Aktionspunkte 8-10 des Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting konkretisierten diese Zielsetzung inhaltlich, wenn auch noch im Detail durchaus vage. Sie wurden verklammert durch den Anspruch, die Verrechnungspreisergebnisse mit der tatsächlichen Wertschöpfung (wieder) zusammenführen zu wollen.

---

dress specific areas where the current rules produce undesirable results from a policy perspective. *The current work on intangibles, which is a particular area of concern, would be included in a broader reflection on transfer pricing rules.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>127</sup> Vgl. Addressing BEPS, S. 50.

<sup>128</sup> Dogmatisch bereitet es Probleme, die aus der Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes resultieren Gestaltungsoptionen *und* die Forderung, das System aufrechtzuerhalten, *zusammenzuführen*. Vgl. a. Kofler The BEPS Action Plan and Transfer Pricing, British Tax Review, 2013, 646, 664.

<sup>129</sup> Action Plan on BEPS, S. 19 f. (Kursiv hinzugefügt)

### **„Action 8 – Intangibles**

Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles; (ii) *ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation*; (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfers of hard-to-value intangibles; and (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements.

### **Action 9 – Risks and capital**

Develop rules to prevent BEPS by transferring risks among, or allocating excessive capital to, group members. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to ensure that inappropriate returns will not accrue to an entity solely because it has contractually assumed risks or has provided capital. The rules to be developed will also require alignment of returns with value creation. This work will be co-ordinated with the work on interest expense deductions and other financial payments.

### **Action 10 – Other high-risk transactions**

Develop rules to prevent BEPS by engaging in transactions which would not, or would only very rarely, occur between third parties. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to: (i) clarify the circumstances in which transactions can be re-characterised; (ii) clarify the application of transfer pricing methods, in particular profit splits, in the context of global value chains; and (iii) provide protection against common types of base eroding payments, such as management fees and head office expenses.<sup>130</sup>

## **3. Annahme des Action Plan on BEPS durch die G20**

Dieser Action Plan on BEPS wurde von der G20 angenommen und zur Grundlage der BEPS-Initiative. Am 20.07.2013 erklärten die Finanzminister der G20 in Moskau:

„Ensuring that all taxpayers pay their *fair share of taxes* is a high priority in the context of fiscal sustainability, promoting growth, and the needs of developing countries to build capacity for financing development. Tax avoidance, harmful practices and aggressive tax planning have to be tackled. The spread of the digital economy also poses challenges for international taxation. *We fully endorse the ambitious and comprehensive Action Plan submitted at the request of the G20 by the OECD aimed at addressing base erosion and profit shifting (BEPS) with a mechanism to enrich the Plan as appropriate.* We welcome the establishment of the OECD/G20 BEPS project and encourage all interested countries to participate. [...] We acknowledge that effective taxation of mobile income is one of the key challenges. *Profits should be taxed where functions driving the profits are performed and where value is created.* In order to minimize BEPS, we call on member countries to examine how our own domestic laws contribute to BEPS and to ensure that international and our own tax rules do not allow or encour-

---

<sup>130</sup> Action Plan on BEPS, S. 20, 23. (Kursiv Hinzugefügt)

age multinational enterprises to reduce overall taxes paid by artificially shifting profits to low-tax jurisdictions.<sup>131</sup>»

#### **4. Das Paradigma „Aligning transfer pricing outcomes with value creation”**

Zentrales Paradigma der BEPS-Initiative wurde somit die Zielsetzung, die Verrechnungspreisergebnisse mit der tatsächlichen wirtschaftlichen Aktivität und der Wertschöpfung in Unternehmensgruppen zusammenzuführen. Die dargestellten Berichte der OECD machen deutlich, wie das neue Paradigma aus der ursprünglichen Fassung im Addressing BEPS Bericht entwickelt wurde, indem zunächst die Notwendigkeit identifiziert wurden, zwei Ergebnisse sicherzustellen: (i) „Aligning rights to tax with real economic activity<sup>132</sup>” sowie (ii) „to realign international standards with current global business environment<sup>133</sup>”. Dabei wurden „actual business activities“ als indiziert durch „elements such as sales, workforce, payroll, and fixed asset<sup>134</sup>“ angesehen und das „current global business environment“ als geprägt durch integrierte Wertschöpfungsketten, in denen die gruppenangehörigen Unternehmen gemeinsam als „one single integrated enterprise following an overall business strategy<sup>135</sup>“ operieren. In integrierte Wertschöpfungsketten seien vor allem die „upstream activities where product design, R&D or production of core components occur” sowie die „tail-end of downstream activities where marketing or branding occurs<sup>136</sup>“ für die Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe entscheidend. Die finale Formulierung – „Aligning transfer pricing outcomes with value creation” – die im BEPS Action Plan entwickelt und von der G20 angenommen wurde, impliziert daher negative und positive Konnotationen: Erstens soll der Gewinnausweis nicht mehr von substantieller Wertschöpfungsaktivität trennbar sein; dies indes, zweitens, ohne ein Formularaufteilungsregime einzuführen; und drittens, in „positiver“ Hinsicht, aber hinreichend vage, um konsensfähig zu sein, sollten die besonders werthaltigen, aktiven Unternehmensfunk-

---

<sup>131</sup> G20 Communiqué, Meeting of the Finance Ministers and Central Bank Governors, Moscow, 19-20 July 2013, Tz. 18. (Kursiv Hinzugefügt)

<sup>132</sup> Addressing BEPS, S. 8 und S. 51.

<sup>133</sup> Addressing BEPS, S. 9 und S. 51.

<sup>134</sup> Addressing BEPS, S. 20.

<sup>135</sup> Addressing BEPS, S. 25: „In today’s MNEs the individual group companies undertake their activities within a framework of group policies and strategies that are set by the group as a whole. The separate legal entities forming the group operate as a single integrated enterprise following an overall business strategy. Management personnel may be geographically dispersed rather than being located in a single central location, with reporting lines and decision-making processes going beyond the legal structure of the MNE.”

<sup>136</sup> Addressing BEPS Bericht, S. 27.

tionen, die typischerweise in der Entwicklung und Nutzung von immateriellen Werten durch Unternehmensgruppen liegen, die Allokation der Gewinne determinieren.<sup>137</sup>

#### **IV. Verlauf und Abschluss des BEPS-Projekts**

Der o.g. Diskussionsentwurf zur Revision des Kapitel VI der OECD-Leitlinien 2010 („Special Considerations for Intangible Property“) aus dem Juni 2012 wurde zunächst überarbeitet und im Juli 2013 als Revised Discussion Draft in öffentlichen Konsultationen besprochen. Eine teilweise finalisierte Fassung des neuen Kapitel VI wurde im September 2014 als Action 8 Deliverable vorgelegt. Die Finalisierung war nur teilweise, da Kernbestandteile noch nicht konsensfähig waren und mit der Gesamtüberarbeitung der OECD-Leitlinien 2010, insbesondere den allgemeinen Risikoallokationsregeln der Funktionsanalyse des Kapitels I, abgestimmt werden mussten. Der Final BEPS Report zur Modernisierung des Verrechnungspreissystems wurde im Oktober 2015 vorgelegt und im November 2015 von der G20 in Anakara als „fair and modern“ angenommen.<sup>138</sup> Der Fremdvergleichsgrundsatz wird darin wieder als „practical and balanced standard“<sup>139</sup> beschrieben, der lediglich „misapplied“ werden könne.<sup>140</sup>

#### **H. Gang der Bearbeitung**

Vor diesem Hintergrund langwieriger und kontroverser Reformbemühungen, die seit dem U.S. Tax Refom Act 1986 unablässig laufen, wird die internationale Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise im Folgenden grundlegend untersucht. Dies erfordert deduktives und induktives Vorgehen. Einerseits ist es erforderlich, aus den rechtlichen und wirtschaftspolitischen Grundlagen der internationalen Steuerkoordination abzuleiten, welche Lösungsansätze

---

<sup>137</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, S. 14: „In the area of transfer pricing, the rules should be improved in order to put more emphasis on value creation in highly integrated groups, tackling the use of intangibles, risks, capital and other high-risk transactions to shift profits. At the same time, there is consensus among governments that moving to a system of formulary apportionment of profits is not a viable way forward; it is also unclear that the behavioural changes companies might adopt in response to the use of a formula would lead to investment decisions that are more efficient and tax-neutral than under a separate entity approach.“ Hinter der Auseinandersetzung um die Rolle der Formularaufteilung steht u.a. die Bestrebung der Volksrepublik China Mittel und Wege zur Einführung eines Formularaufteilungsregimes zu finden, vgl. ausf. unten, Kapitel I, Abschnitt II, C.VIII sowie Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.c.

<sup>138</sup> Vgl. G20 Antalya Erklärung vom 15.11.2015, S. 3. Ausgelagert wurde die Überarbeitung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode in integrierten Wertschöpfungsketten.

<sup>139</sup> OECD/G20 Final BEPS Report, S. 9.

<sup>140</sup> Vgl. OECD/G20, 2015 Final Report, Executive Summary, S. 9. Die OECD beurteilte den erzielten Fortschritt im Explanatory Statement zum 2014 Deliverable, S. 7, sehr positiv: „[S]ignificant progress has been made in addressing the serious concern raised by the separation of the location of the return on intangible property and the location where economic activities take place and value is created. There is consensus that artificial shifting of profits to no or low tax environments jurisdictions (such as through “cash boxes”) can no longer be tolerated.“

sachgerecht und folgerichtig sind. Diese Grundlagen müssen dafür erarbeitet und systematisiert werden. Andererseits muss sich die Bearbeitung auch auf den praktischen Einzelfall beziehen und von diesem ausgehend Lösungsansätze induzieren.

Die Erarbeitung der Anforderungen an das Verrechnungspreissystem (Kapitel I, Abschnitt II) bildet daher den Maßstab für die Beurteilung der Gesamtausrichtung und der Einzelprobleme, die im Rahmen dieser Bearbeitung sichtbar werden. Der darauffolgende Aufbau der Untersuchung richtet sich nach der *Transaktionslogik* des Fremdvergleichsgrundsatzes. Diese setzt – wie sich aus der Problembeschreibung ergab – (i) die *Definition* des immateriellen Werts für Verrechnungspreiszwecke (Kapitel II, Abschnitt I) voraus und (ii) die *wirtschaftliche Zuordnung* des immateriellen Werts für Verrechnungspreiszwecke (Kapitel II, Abschnitt II); diese zwei Schritte zusammen ermöglichen die Darstellung des Funktionsprofils der Parteien der Geschäftsbeziehung, wobei die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke das international ungelöste Kernproblem darstellt. Diese Darstellung des tatsächlichen Inhalts der Geschäftsbeziehung ermöglicht (iii) die Ermittlung von „angemessenen“ Leistungsvergütungen durch die *Anwendung von Verrechnungspreismethoden*, insbesondere die Beurteilung der Sachgerechtigkeit einer transaktionsbezogenen Gewinnaufteilung (Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.).

Die Bearbeitung bespricht die Ergebnisse der BEPS-Initiative in zentraler Hinsicht innerhalb dieses Aufbaus. Der historische Gegenpol des Fremdvergleichsgrundsatzes – die globale Formularaufteilung – und in der Literatur bestehenden *alternativen Lösungsvorschläge* werden anschließend vorgestellt und anhand der erarbeiteten Anforderungen beurteilt (Kapitel III, Abschnitt I). Die Befunde der Gesamtbearbeitung werden schließlich verwendet, um einen materiellen Ansatz und ein verfahrensrechtliches Beweislastsystem, zusammen ein „Opt-out“ System, zu entwickeln (Kapitel III, Abschnitt II).

## **Abschnitt II – Die Anforderungen an das internationale Verrechnungspreissystem zur Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten**

### **A. Einleitung**

Grundlage einer systematischen Untersuchung der internationalen Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise ist eine Betrachtung der Anforderungen, die das System zu erfüllen hat. Dies begegnet drei Schwierigkeiten: Erstens besteht für die Anforderungen keine einheitliche Deduktionsgrundlage. Zwar lassen sich die Kriterien der Beurteilung des nationalen Steuerrechtssystems zu einem gewissen Grad auf die internationale Steuerkoordination übertragen, jedoch sind die rechtlichen und wirtschaftspolitischen Maßgaben und Zielkonflikte andere als in rein nationalen Konstellationen. Daher folgen die Anforderungen, entweder aus Abkommensnormen, der Systematik oder der Teleologie von Doppelbesteuerungsabkommen sowie aus wirtschaftspolitischen Zweckdienlichkeits- sowie administrativen Praktikabilitätsabwägungen. Eine zweite Schwierigkeit besteht in der Bestimmung des konkreten Inhaltes kategorisch ermittelter Anforderungen. Beispielsweise wird häufig mit der wirtschaftlichen „Neutralität“ des Steuerregimes für Investitionsentscheidungen argumentiert, wobei indes mindestens drei Spielarten dieser Neutralitätsanforderung bestehen, die sich gegenseitig weitgehend ausschließen. Eine dritte Schwierigkeit besteht schließlich in der der relativen Gewichtung dieser inhaltlich nicht immer eindeutig bestimmbareren Einzelanforderungen untereinander. Dadurch entsteht insgesamt ein Anforderungskatalog, der von vielfältigen Unbestimmtheiten und subjektiven Wertungsentscheidungen geprägt ist. In Anbetracht dieser Schwierigkeiten kann die Bestimmung der Anforderungen an das Verrechnungspreissystem zu unterschiedlichen Ergebnissen führen und unterschiedlichen Anforderungen und den durch sie geschützten Interessen der Vorzug gegeben werden. Dies ist legitim, denn soweit Anforderungen nicht aus einem Rechtssatz deduziert oder bei der Auslegung eines Rechtssatzes zu berücksichtigen sind, handelt es sich allein um Sachgerechtigkeitserwägungen, die aus sich heraus keine Verbindlichkeit begründen.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> Vgl. a. *Hugh Ault*, *Reflections*, *Tax Notes Int'l*. 2013, 1195, 1201: „Some of the questions raise basic policy issues and some others simply require the working of an agreed set of logical, coherent, and administrable rules from common basic starting points. [...] Not everything is politics, but not everything is logical deduction from agreed starting point and purely conceptual reasoning (*Begriffsjurisprudenz*) either. Rather, what is needed is a complex mix of policy decisions and then the logical working out of those principles in concrete situations.“

Nachfolgend werden die Anforderungen an das Verrechnungspreissystem, die in die Lösungsfindung einfließen müssen, im Einzelnen erarbeitet. Sie werden dafür in zwei Gruppen getrennt, in steuerjuristische und wirtschaftspolitische Anforderungen. Als steuerjuristisch werden solche Anforderungen bezeichnet, die in einer Rechtsnorm angelegt sind oder in ihre Auslegung hineinspielen. Als wirtschaftspolitisch dagegen werden solche Anforderungen erfasst, die aus wirtschaftspolitischen Nützlichkeitsabwägungen der internationalen Steuerkoordination folgen. In beiden Gruppen wird versucht, die Ordnung zu berücksichtigen, die sich aus der jeweiligen Sachlogik ergibt.

## **B. Steuerjuristische Anforderungen**

### **I. Die Vermeidung einer Doppelbesteuerung**

Die internationale Steuerkoordination erfolgt zur Sicherstellung der Einmalbesteuerung durch Verhinderung der Doppelbesteuerung sowie der doppelten Nichtbesteuerung.<sup>142</sup> Eine doppelte Besteuerung wurde seit Anbeginn der internationalen Steuerkoordination durch die League of Nations sowohl als ungerechtfertigte, übermäßige Belastung des Steuerpflichtigen als auch als Handels- und Investitionshindernis erkannt.<sup>143</sup> Nach Ansicht des BFH ergibt sich aus dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit indes kein Anspruch des Steuerpflichtigen auf Beseitigung der Doppelbesteuerung.<sup>144</sup> Politischer Leitgedanke der Steuerkoordination ist also „nur“, dass der tatsächliche Zuwachs an Handels- und Investitionstätigkeit, der aus dem partiellen Steuerverzicht zu erwarten ist, beiden Staaten ökonomisch mehr Vorteile verschafft als der unkoordinierte, beiderseitige Zugriff auf das Steuersubstrat.<sup>145</sup> Bereits die League of Nations versuchte dabei gleichzeitig die ungerechtfertigte

---

<sup>142</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, League of Nations, Report on Double Taxation: Document E.F.S.73.F.19, April 5, 1923, („Economic Experts Report“), S. 20: „The ideal solution is that the individual's *whole faculty* should be taxed, but that it should be *taxed only once*, and that the liability should be divided among the tax districts according to his relative interests in each.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>143</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 5: „This indicates that double taxation is regarded as having two fields of operation, in one of which the taxes may be described as burdens on existing economic rewards, and in the other as an interference with new or potential economic intercourse. It is not demonstrable how far these two fields may overlap or whether they must be mutually exclusive and exhaust the whole area of possibility. In our view, the distinction drawn is a sound one and it is fundamental. Double taxation will be either a burden or an interference, but there is very little overlapping, and nearly all actual cases can be assigned to one or the other category; whether a given tax falls into one or the other is largely determined by the time of first imposition of the tax in relation to the time when the capital is invested to which the burden applies. The economic consequences that flow from the two classes of cases are of a very widely different description.“

<sup>144</sup> Vgl. BFH VI R 210/72, BStBl. II 1975, 497; BFH IX R 162/85, BStBl. II 1991, 704; BFH II R 10/12, BStBl. II 2013/746.

<sup>145</sup> Vgl. *Carroll*, Development of International Tax Law in the Americas, Law and Contemporary Problems, 1941, S. 793, 795 f.: „[G]overnments have realized the wisdom of giving up taxing rights on cer-

Steuerverkürzung zu adressieren.<sup>146</sup> Diesem Fundamentalzweck der Internationalen Steuerkoordination dient auch die Koordination der nationalen Verrechnungspreissysteme durch Art. 9 OECD-MA.<sup>147</sup> Dieser verhindert indes keine juristische Doppelbesteuerung eines Steuerpflichtigen, sondern eine wirtschaftliche Doppelbelastung derselben Einkünfte bei verschiedenen Steuerpflichtigen.<sup>148</sup> Problematisch an der Einmalbesteuerung als Zielvorgabe ist die materielle Inhaltsleere: Doppelbesteuerung und Doppelbelastung werden durch jedes koordinierte Vorgehen verhindert, unabhängig davon, welcher Staat (ausschließlich bei Anwendung der Freistellungsmethode bzw. vorrangig bei Anwendung der Anrechnungsmethode) auf das Steuersubstrat zugreift.

## II. Die „Economic allegiance“ gewerblicher Einkünfte

Die materiellen Grundlagen des Systems der internationalen Steuerkoordination wurden von der League of Nations erarbeitet und haben sich in ihrer Grundstruktur als erstaunlich stabil erwiesen.<sup>149</sup> Die strukturtragende Dichotomie von Ansässigkeits- und Quellenstaat sowie die Klassifizierung von Einkünften und ihre Zuordnung zur vorrangigen Besteuerung an einen dieser Staaten (sog. „classification and assignment approach“) ist bis heute das verwendete Modell der Musterverträge von OECD und UN. Man muss dessen theoretische Grundstruktur und die Einordnung des Verrechnungspreissystems in diese theoretische Grundstruktur verstehen, um den Regelungszweck des heutigen Art. 9 OECD-MA, dessen Wortlaut sich offiziell erstmals in den Musterverträgen der League of Nations von 1943/46 findet,<sup>150</sup> zu erfassen.<sup>151</sup>

---

tain kinds of activity, income, and property in order to derive a larger benefit from the increase in commerce that should result”. Vgl. a. OECD Model Convention on Income and Capital, Condensed Version, 2010, Tz. 1: „[The] harmful effects [of double taxation] on the exchange of goods and services and movements of capital, technology and persons are so well known that it is scarcely necessary to stress the importance of removing the obstacles that double taxation presents to the development of economic relations between countries.”

<sup>146</sup> Vgl. League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion, Document F.212, 1925; Double Taxation and Tax Evasion, Report, C.216 M.85, 1927; Double Taxation and Tax Evasion, C.562.M.178.1928.II, 1928.

<sup>147</sup> Vgl. zum Zweck der Verrechnungspreise als Vermeidung von Doppelbesteuerung statt aller *Clark*, Transfer Pricing, Section 482, and International Tax Conflict: Getting Harmonized Income Allocation Measures From Multinational Cacophony, *The American University Law Review*, 1993, 1155, 1157 f.; *Kaminiski*, Verrechnungspreisbestimmung, 2001, S. 49 ff.;

<sup>148</sup> Vgl. *Eigelshoven* in *Vogel/Lehner DBA*, 4. Aufl., Art. 9 Rn. 6; *Klaus Vogel* in *Vogel/Lehner, DBA*, 4. Aufl., Einl. Rn. 4.

<sup>149</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung der Model Tax Conventions ausf. *Graetz/O’Hear*, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, *Duke Law Journal*, 1997, S. 1921 ff.; *Langbein*, The Unitary Method and the Myth of Arm’s Length, Special Report, *Tax Notes*, 1986, S. 625 ff.; *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income, *Tax Law Review*, 2012, S. 535 ff..

<sup>150</sup> Auf der Grundlage seines Berichts hatte *Carroll* bereits 1935 einen fast wortgleichen Artikel für ein Musterabkommen, das indes nie formal von der League angenommen wurde, entworfen.

## 1. Die Konstruktion des Paradigmas

### a) Entstehen der internationalen Steuerkoordination

Der Wiederaufbau Europas nach dem Ersten Weltkrieg führte durch einen Anstieg der Ertragsbesteuerung zu wirtschaftsschädlichen Doppelbesteuerungen.<sup>152</sup> Die International Chamber of Commerce (ICC) begann daher ab 1920 an einer Lösung des Problems zu arbeiten. Im selben Jahr erkannte die zur Überwindung des „balance of power“ Systems in Europa von *Woodrow Wilson* initiierte<sup>153</sup> League of Nations das Doppelbesteuerungsproblem als Hindernis zur Wiederherstellung der wirtschaftlichen Stabilität und betraute 1921 vier Ökonomen mit einer grundlegenden Untersuchung der Doppelbesteuerung und möglicher Wege zu ihrer Vermeidung. Dieser Bericht wurde dem Financial Committee der League of Nations vorgelegt 1923 und die in der ICC begonnen Verhandlungen daraufhin in der League of Nations zusammengeführt.<sup>154</sup>

### b) Der Economic Experts Report 1923

Der 1923 von den Ökonomen *Bruins, Einaudi, Seligman, und Stamp* vorgelegte Bericht war im Auftrag des Financial Committee auf der Suche nach generellen Prinzipien, die für die internationale Steuerkoordination genutzt werden können.<sup>155</sup> Die mo-

---

<sup>151</sup> Nachfolgend wird eine bündige Darstellung der komplexen und kontroversen historischen Entwicklung angestrebt, vgl. ausf. u.a. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, *Tax Law Review*, Vol. 65, 2012, 535 ff., *Graetz/O’Hear*, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, *Duke Law Journal*, 1997, S. 1021 ff., *Langbein*, Unitary Method and the Myth of Arm’s Length, *Tax Notes, Special Report*, 1986, 625 ff., *Langbein/Fuss*, The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm – Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the ‘Arm’s Length’ Standard, *The International Lawyer*, Vol. 51, 2017, S. 259 ff.

<sup>152</sup> Vgl. *Hey* in *Tipke/Lang*, 21. Aufl., § 8 Rn. 7; *Schaumburg*, *Internationales Steuerrecht*, 1993, § 15; *Vogel* in *Vogel/Lehner*, *DBA*, 4. Aufl., Einl. Rn. 2 ff.

<sup>153</sup> Vgl. zum theoretischen und geopolitischen Kontext dieses Systems kollektiver Sicherheit ausf. *Kissinger*, *Diplomacy*, 1994, Simon & Schuster Paperbacks, S. 45 ff.

<sup>154</sup> Vgl. *Lowell/Wells*, *Income Tax Policy in the 21<sup>st</sup> Century: Residence vs. Source*, *Columbia Journal of Tax Law*, 2013, S. 1, 13 ff. Dieser Übergang in den institutionellen Rahmen der League of Nations wird mit einer Politisierung der zuvor eher technisch geführten Verhandlungen in Verbindung gebracht. Ein Vergleich der Vorgehensweisen von ICC und League of Nations findet sich bei *Wells/Lowell*, *Tax Base Erosion and Homeless Income*, *Tax Law Review*, 2012, 535 ff.; *Lowell/Wells*, *Income Tax Policy in the 21<sup>st</sup> Century: Residence vs. Source*, *Columbia Journal of Tax Law*, 2013 S. 1 ff.. Auch *Graetz/O’Hear* sehen diese Tendenz zur Politisierung, vgl. *Original Intent*, 1021, 1051 ff.: „By the end of 1918, the United States had another reason to favor relief for Americans Investing abroad: A variety of American economic and diplomatic interests required that a substantial quantity of American capital be channeled to rebuild post-war Europe. The United States was owed eleven billion dollars by allied governments for wartime loans somehow Europe would need access to American dollars to pay off this debt. [...] [Given the contemporaneous reluctances for government involvement,] if Europe was going to get the dollars necessary for the repayment of its debts, the purchase of American exports, and the economic stability necessary for peace, the source would have to be private investment.”

<sup>155</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, *Economic Experts Report*, S. 2: „The terms of reference given to these four experts were fixed in March 1922 by a Sub-Committee of the Financial Committee (Doc. E.F.S. 253. A. 152); they were as follows: (1) What are the economic consequences of double taxation

derne Besteuerung richte sich zwar nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen.<sup>156</sup> Daraus folge jedoch nicht, dass der persönliche Status des Steuerpflichtigen („political allegiance or nationality“<sup>157</sup>) für die internationale Besteuerung maßgeblich sein sollte; dieser sei kein realitätsgerechtes Indiz der Verbindung von Einkünften mit einem Staat,<sup>158</sup> ebenso wenig eine nur temporäre Ansässigkeit („mere temporary residence“).<sup>159</sup> Dagegen spräche einiges für eine Anknüpfung an der dauerhaften Ansässigkeit („domicile or permanent residence“); diese stellt eine wirtschaftliche Verknüpfung zwischen Steuerpflichtigen und Jurisdiktionen her.<sup>160</sup> Die globale Verteilung von Vermögen und der folglich Einkommensströme spräche daneben für eine Berücksichtigung der Belegenheit von Vermögen („location of wealth“) bzw. der Quelle der Einkünfte („origin of income“).<sup>161</sup> Diese Befunde würde zeigen, dass die internationale Steuerkoordination ein Konflikt zwischen der Besteuerung durch den Ansässigkeits- bzw. den Quellenstaat und letztlich ein Konflikt zwischen verschiedenen Formen von „economic allegiance“ verstanden werden müsse.

„Practically, therefore, apart from the question of nationality, which still plays a minor role, the choice lies between the principle of domicile and that of location or origin. Taking the field of taxation as a whole, the reason why tax authorities waver between these two principles is that each may be con-

---

from the point of view: (a) of the equitable distribution of burdens; (b) of interference with economic intercourse and with the free flow of capital? To what extent are these consequences similar in the different types of cases commonly described as double taxation? (2) Can any general principles be formulated as the basis for an international convention to remove the evil consequences of double taxation, or should conventions be made between particular countries, limited to their own immediate requirements? In the latter alternative, can such particular conventions be so framed as to be capable ultimately of being embodied in a general convention? (3) Are the principles of existing arrangements for avoiding, double taxation, either between independent nations (e.g., the Rome Convention) or between the component portions of a federal State, capable of application to a new international convention? (4) Can a remedy be found, or to what extent can a remedy be found, in an amendment of the taxation system of each individual country, independently of any international agreement? (5) To what extent should the conventions on the subject of double taxation establish an international control to prevent fraudulent claims?“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>156</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Stamp*, Economic Experts Report, S. 18.

<sup>157</sup> *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 19.

<sup>158</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 19: „In modern times, however, the force of political allegiance has been considerably weakened. The political ties of a nonresident to the mother-country may often be merely nominal. His life may be spent abroad, and his real interests may be indissolubly bound up with his new home, while his loyalty to the old country may have almost completely disappeared. In many cases, indeed, the new home will also become the place of a new political allegiance. But it is well known that in some countries the political bond cannot be dissolved even by permanent emigration; while it frequently happens that the immigrant has no desire to ally himself politically with what is socially and commercially his real home. In the modern age of the international migration of persons as well as of capital, political allegiance no longer forms an adequate test of individual fiscal obligation. It is fast breaking down in practice, and it is clearly insufficient in theory.“

<sup>159</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 19.

<sup>160</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 19.

<sup>161</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 19.

sidered as a part of the still broader principle of economic interest or *economic allegiance*, as against the original doctrine of political allegiance. A part of the total sum paid according to the ability of a person ought to reach the competing authorities according to his economic interest under each authority. The ideal solution is that the individual's whole faculty should be taxed, but that it should be taxed only once, and that the liability should be divided among the tax districts according to his relative interests in each. The individual has certain economic interests in the place of his permanent residence or domicile, as well as in the place or places where his property is situated or from which his income is derived. If he makes money in one place he generally spends it in another.<sup>162</sup>

Diese „Doctrine of economic allegiance“, die den theoretischen Ausgangspunkt der internationalen Steuerkoordination bilden sollte, erfordere es, festzustellen, *wo* die wahren wirtschaftlichen Interessen („true economic interests“) des Steuerpflichtigen zu finden sind.<sup>163</sup> Dies erfordere es, die wahre Bedeutung („true meaning“) der „economic allegiance“ und mögliche Wege ihrer Aufteilung herauszuarbeiten.<sup>164</sup> Die Ökonomen erkennen dafür vier „fundamentale Erwägungen“ (i) die Erzeugung von Vermögen („production/acquisition of wealth<sup>165</sup>“), (ii) die Verfügung über Vermögen („disposition/consumption of wealth<sup>166</sup>“), (iii) das Innehaben von Vermögen („possession of wealth<sup>167</sup>“) sowie (iv) die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen auf Vermögen („enforceability of rights to wealth<sup>168</sup>“); Einkommen sei dabei „fließendes Vermögen“. <sup>169</sup> Diese vier Kategorien hingen mit vier Erwägungen zur Bestimmung des sachgerechten Orts

---

<sup>162</sup> Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 20.

<sup>163</sup> Vgl. Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 20.

<sup>164</sup> Vgl. Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 22.

<sup>165</sup> Vgl. Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 23: „By *production of wealth* we mean all the stages which are involved up to the point [?] wealth coming to fruition, that is, all the stages up to the point when the physical production has reached a complete economic destination and can be acquired as wealth. The oranges upon the trees in California are not acquired wealth until they are picked, and not even at that stage until they are packed, and not even at that stage until they are transported to the place where demand exists and until they are put where the consumer can use them. These stages, up to the point where wealth reaches fruition, may be shared in by different territorial authorities.“

<sup>166</sup> Vgl. Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 23: „By *disposition of wealth* we mean the stage when the wealth has reached its final owner, who is entitled to use it in whatever way he chooses. He can consume it or waste it, or reinvest it; but the exercise of his will to do any of these things resides with him and there his ability to pay taxes is apparent.“

<sup>167</sup> Vgl. Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 23: „By *possession of wealth* we refer to the fact that between the actual fruition of production into wealth and the disposing of it in consumption there is a whole range of functions relating to establishing the title to the wealth and preserving it. These are largely related to the legal framework of society under which a man can reasonably expect to make his own what has been brought into existence.“

<sup>168</sup> Vgl. Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 23: „A country of stable government and laws which will render him those services without which he could not enter into the third stage of consumption with confidence is a country to which he owes some economic allegiance. The question thus arises as to the place where these property rights are enforceable. Mere possession without the privilege of enforcing the rights to the property is of very little economic importance.“

<sup>169</sup> Vgl. Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp, Economic Experts Report, S. 24: „The economic distinction is that between income and capital, wealth as a flow being income, wealth as a fund being capital.“

der Besteuerung („proper place of taxation“) zusammen; dies sind (i) die Quelle des Vermögens, (ii) die Belegenheit von Vermögen, (iii) das Prinzip der Rechtsansprüche sowie (iv) der Wohnsitz bzw. die Ansässigkeit.<sup>170</sup> Sachverhalte, die eine internationale Steuerkoordination erforderlich machen, treten nur auf, wenn diese Faktoren in verschiedenen Staaten radiziert sind.

In Bezug auf die Quelle des Vermögens können sich dabei zum einen aus der organisatorischen Funktionstrennung innerhalb von Unternehmen Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Orts der Erzeugung von Vermögen ergeben, insbesondere wenn wichtige Personalfunktionen der Unternehmenskontrolle an verschiedenen Orten ausgeübt werden;<sup>171</sup> zum anderen sei die Erzeugung von Vermögen in einer Jurisdiktion nicht nur eine Konsequenz des Vermögenseinsatzes, sondern abhängig von Steuerungsfunktionen („human agency“).<sup>172</sup> Somit sei die Quelle von Vermögen bei der Einkommensbesteuerung der Ort, an dem die Einkünfte generiert werden („the place

---

<sup>170</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 23: „Corresponding to these four considerations would be the four points which become of significance in considering the proper place of taxation. The principle of acquisition corresponds to the place of (1) origin of the wealth; the principle of location to that of (2) the *situs* of the wealth; the principle of legal rights to the place of (3) enforcement of the rights to wealth; the principle of consumption or appropriation or disposition to the place of (4) residence or domicile.”

<sup>171</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 23: „It is not pretended that every function falls easily into one of these four classes. For example, a manager of an estate in Java may be said to be the directing brain living in Java, and some of the legal rights relating to that estate may be enforceable in Java; *on the other hand, the final control and direction may be in the hands of directors in Amsterdam*; finally, the actual recipient of a part of the profits may be a shareholder in London. *It is not easy in the last analysis to decide whether the production or origin stage can be said to end in Java or whether the brains in Amsterdam are not an essential part of all the operations concerned in production.* Moreover, before the London shareholder can get hold of the wealth, two sets of legal rights may have to be exercised: first, those relating to incorporation of the company in Amsterdam; and, secondly, those relating to the ownership by the company of the property in Java.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>172</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 23 f.: „*When we are speaking of the origin of the wealth, we refer naturally to the place where the wealth is produced, that is, to the community the economic life of which makes possible the yield or the acquisition of the wealth. This yield or acquisition is due, however, not only to the particular thing but to the human relations which may help in creating the yield.* The human agency may be: (1) The superintendent or management of the labour and organisation at the *situs*, e.g., the local manager of a tea plantation; (2) The agencies for transport over sea or land touching various territorial jurisdictions, which assist in bringing worthless objects to points at which they begin to be near their market; (3) The seat and residence of the controlling power that decides the whole policy upon which finally depends the question whether the production of the wealth will ever be a profitable production or not. It chooses the local management, decides the character of the expenditure of capital and the times and methods of cultivation, decides the markets that are to be utilized and the methods of sale and, in short, acts as the coordinating brain of the whole enterprise; (4) The selling end, that is, the place where the agents for selling ply their calling and where the actual markets are to be found. *It may be said that no one of these four elements can be omitted without ruining the efforts of the other three and spoiling the whole apparatus for the production of wealth.*” (Kursiv hinzugefügt)

where the earnings are created“).<sup>173</sup> Die Feststellung der Ansässigkeit als der Ort, an dem das Vermögen typischer Weise verwendet wird („spent or consumed or otherwise disposed of“), sei neben der Ermittlung, wo Erträge generiert („physically or economically produced“) werden, die zweite entscheidende Erwägung der internationalen Steuerkoordination.<sup>174</sup> Die weiteren Faktoren, d.h. die Belegenheit von Vermögen und das Prinzip der Rechtsansprüche, seien dagegen lediglich ergänzende Erwägungen.<sup>175</sup>

Die Feststellung der „economic allegiance“ bei der Einkommensbesteuerung bereite indes ein weiteres Problem, das unweigerlich bereits an das Problem der internationalen Verrechnungspreise und die Gegenpole des Fremdvergleichsgrundsatzes und der Formularaufteilung denken lässt: Wenn die Einkommensgenerierung grenzüberschreitend erfolgt, entsteht dem Steuerpflichtigen ein tatsächliches Einkommen erst mit dem finalen Absatz der Güter an Kunden, auch wenn die Güter zuvor in verschiedenen geographisch getrennten Schritten hergestellt wurden. Staaten, die am Ideal der Besteuerung tatsächlicher Einkünfte ausgerichtete Steuersysteme haben, müssten daher konsequenter Weise abwarten bis dieser finale Absatz erfolgt ist, um dann den gesamten Herstellungsprozess zurück zu verfolgen und jeweils einen entsprechenden Anteil am Gesamtgewinn zuzuteilen. Insbesondere Staaten, in denen für sich genommen profitable Funktionen ausgeübt wurden werden sich mit dieser Verteilung des (konsolidierten) Gesamtergebnisses nicht zufrieden geben.<sup>176</sup> Ferner sähen typische Quellstaaten („tropical or agricultural countries“), die wenig elaborierte Steuersysteme ha-

---

<sup>173</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 24.

<sup>174</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 25.

<sup>175</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 25: „Most of the discussion on double taxation has centred around these two points of origin and residence. It is clear, however, that the other two factors may sometimes become of importance, although in most cases they are significant only in reinforcing the claims of either origin or domicile.“

<sup>176</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 26: „It will be obvious that, in the case of the income tax, *if our ideal of taxation is the tax on pure income, there is no such thing as the taxation of the separate stages* until we have ascertained whether the whole sequence of operations has ended in a profit, and, if so, how much; and *then we must go back and allocate that profit over all the different operations in the countries in which they may have taken place*. In practice, such an allocation may be said almost to baffle analysis. It may well be that productive operations up to a certain point have been well and profitably conducted and that the whole of the excellent results to this point are thrown away by bad selling. Are, then, the *countries that shared in the profitable stages of the operation to receive nothing?* It may well be that the precise amount of profit to be allocated to particular countries is never finally determinable when we have such complex operations as the raising of produce, its transport to countries where it is sold and the direction of the whole of these operations from another country, with a set of legal apparatus in every one of these countries which is indispensable to the whole sequence. In so far, therefore, as *the problem of taxation is a problem of taxing income, it may well be that the determination of these different classes of economic allegiance is not merely exceedingly difficult in practice but not always exactly determinable in economic theory.*“ (Kursiv hinzugefügt)

ben, nur den Anfang des Herstellungsprozesses. Diese seien daher geneigt, den Marktwert der Waren, die ausgeführt werden, als Grundlage der Einkommensbesteuerung zu verwenden, ungeachtet des späteren tatsächlichen Gesamtergebnisses des Steuerpflichtigen aus der Weiterverarbeitung der ausgeführten Ressourcen.<sup>177</sup>

Die Ökonomen trennten daher, um nicht in jedem Einzelfall diese „unmögliche Zurückverfolgung“ des tatsächlichen Einkommens durchführen zu müssen, verschiedene Klassen von Vermögen und nahmen eine abstrakt-generelle Abwägung der jeweils für die konkrete Klasse von Einkünften typischerweise ausschlaggebenden wirtschaftlichen Umstände vor, um dadurch einem Staat, der die theoretisch überwiegende Berechtigung hat, die Einkünfte einer Klasse zur vorrangigen Besteuerung zuzusprechen. Auf jede Klasse von Vermögen wurden dafür die vier o.g. „Elemente“ zur Bestimmung der wirtschaftlichen Verbundenheit („the four elements of economic allegiance“) angewendet, wobei diese typisierte Zuordnung des Einkommens auch die persönlichen Fähigkeiten des Steuerpflichtigen einbezog, da diese Auswirkungen auf den Erfolg der Einkünfterzielung haben können und innerhalb der Einkünfteklassen wird der Einsatz von Kapital durch einen „intelligent owner“ dem Einsatz von Kapital durch einen „stupid or inefficient owner“<sup>178</sup> theoretisch gegenübergestellt, um durch die Bedeutung der einzelnen Element der „economic allegiance“ den Ort zu bestimmen, zu dem die wirtschaftlich engste Verbindung besteht.<sup>179</sup>

Für unternehmerische Einkünfte („business enterprises“)<sup>180</sup> folgte aus der Abwägung der Element der „economic allegiance“ die vorrangige wirtschaftliche Zugehörigkeit zum Quellenstaat, wobei die persönlichen Fähigkeiten graduell an Betonung gewan-

---

<sup>177</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 26 f.: „If, however, the ideas of taxation are not so advanced as to have an all-inclusive conception of income, then different considerations arise. Countries of origin, such as tropical and agricultural countries, see only the beginnings of production; recipients of the final wealth live abroad. Are such countries to be at the mercy of every kind of legal conception of income and income taxation in all these different countries with which they have relations before they know what their taxation is to be? *They would say at once: “We must take for granted the existence of the economic and legal apparatus for the rest of the world; we know what the value of the produce is when it leaves our shores in the light of the world economic organisation. All that we can do is to measure the taxation due to us from the person who takes that away by reference to that value.”* We get back, therefore, to the tax *in rem* or the specific tax upon things, as the main source of revenue by which economic allegiance in such countries can be gauged; *and they would refuse to be bothered with questions as to whether the whole of the operations ultimately resulted in a profit or a loss to some unknown foreign recipient.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>178</sup> *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 28.

<sup>179</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 27 ff.

<sup>180</sup> Diese wurden unterschieden in (i) „Mines, oil wells and the like“, (ii) „Industrial establishments of plants consisting chiefly of factories“ und (iii) „Commercial establishments with a fixed location, i.e. with a main or head office in a particular location“.

nen, wenn die Einkünfteerzielung mehr von Steuerungsfunktionen als von der Ergiebigkeit einer geographisch gebundenen Ressource oder dem bloßen Kapitaleinsatz abhängt.<sup>181</sup> Neben dieser Abgrenzung zwischen Ansässigkeitsstaat und Quellenstaat erkennen die Ökonomen bereits das Problem der internationalen Gewinnabgrenzung zwischen verschiedenen Quellenstaaten, m.a.W. das Verrechnungspreisproblem.<sup>182</sup>

Dieses Problem der Aufteilung der „economic allegiance“ zwischen verschiedenen Quellenstaaten umreißen die Ökonomen in einem Addendum.<sup>183</sup> Dieses Addendum wirft die Frage auf, wie in Fällen, in denen aus unternehmerischer Sicht eine einheitliche wirtschaftliche Aktivitäten vorliegt („different stages of what is in the last resort a single economic action“), die auf verschiedenen Staaten aufgetrennt wurde, die „economic allegiance“ der Einkünfte aufgeteilt werden sollten. Wird der Prozess der Einkünftegenerierung auf verschiedene Staaten verteilt, könne sich für die Unternehmensfunktionen „different degrees of economic allegiance“ ergeben und eine Aufteilung der Einkünfte werde erforderlich. Für diese Aufteilung müssten Kriterien entwickelt werden, was „eventuell leichter“ sei, wenn das Unternehmen identische Funktionen in verschiedenen Staaten ausübt. Ließen sich indes keine „identischen“ Aktivitäten in verschiedenen Staaten ermitteln, könnten ad hoc Kriterien herangezogen werden, etwa der Umsatz, Kapitaleinsatz, Inventarwert, Grundstückswert, die Lohnsumme, laufende Kosten, und/oder das Kreditvolumen. Der Bericht betont aber, dass die Auswahl dieser Faktoren unter Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Struktur der Unternehmensaktivitäten („the actual economic structure of the business under consideration“) zu erfolgen habe. Das Addendum verwies dafür beispielhaft auf die Formularaufteilungsregime der U.S. Bundesstaaten New York, Massachusetts und Wisconsin.

---

<sup>181</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 29 ff.

<sup>182</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 29 ff. „The distinction between the place of production and that of sale is apt to be more marked than in the preceding case of immovables, for the mineral or other products are far more commonly sold through selling agencies in different places or countries. This, however, simply means that instead of a single origin we have several places of origin — that is, instead of o (origin), we may have o1, o2, o3. It involves the question not as between origin and domicile but as between the different places of origin. This point, which becomes of special importance in all business taxation, raises the problem of the allocation of earnings — a subject to which special reference is made in the addendum to Part III, section III. [...] Inasmuch as it is still more usual for the factory to have its selling agencies in various places, the problem of the division of o into o1, o2, o3 is of somewhat greater importance than in the case of mines. [...] [In the case of commercial establishments with a fixed location, i.e. with a main or head office in a particular location] the influence of sales and the possible existence of many selling agencies or branches are of outstanding significance. The problem of the division of o into o1, o2, o3 becomes of commanding importance.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>183</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, Addendum, S. 52.

Die internationale Steueraufteilung basiert also auf einer abstrakten Abwägung der „wirtschaftlichen Verbundenheit“ unternehmerischer Einkünfte mit den beteiligten Jurisdiktionen. Diese Abwägung zog die Faktoren heran, die die Generierung der Einkünfte typischerweise beeinflussen, insbesondere auch interne Faktoren der Organisation des Unternehmens und Kontrollfunktionen. Auf dieser Grundlage wird dem Quellenstaat gegenüber dem Ansässigkeitsstaat das vorrangige Besteuerungsrecht für unternehmerische Einkünfte zugesprochen. Das Verrechnungspreisproblem wurde innerhalb dieser Ermittlung der „economic allegiance“ der Einkünfte als Gewinnaufteilungsproblem zwischen Quellenstaaten identifiziert, aber nicht gelöst.

Die Ökonomen umgingen dieses Problem im Ergebnis allerdings auch dadurch, dass sie sich gar nicht vorrangig für eine Durchsetzung der Klassifizierung und Zuteilung („classification an assignment approach“) als internationale Norm aussprachen,<sup>184</sup> sondern – wohl von *E.R.A. Seligman* beeinflusst<sup>185</sup> – für eine ausschließliche Besteuerung durch den Ansässigkeitsstaat, da nur dieser die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen zutreffend ermitteln und besteuern könne.<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> Vgl. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 45: „We have already indicated that the economic conception of income is so complex and that the legal and statutory definitions of income by different countries are so diverse that the problem of double taxation is much more seriously complicated for this class of taxes than for any other. *In theory we should, of course, consider that the [classification and assignment] method would be the soundest. But this memorandum has already shown that it is almost impossible in economic theory to get a direct assignment of a quantitative character of finally resultant income amongst all the national agents who may be said to have had a finger in the pie.* If it is theoretically difficult we may conclude that it will be no less difficult in practice unless a compromise or arbitrary assignment is adopted.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>185</sup> Vgl. zu Person und Wirken *Mehrotra*, Edwin R.A. Seligman and the Beginnings of the U.S. Income Tax, *Tax History, Tax Notes*, 2005, S. 933 ff.; *Graetz/O’Hear*, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, *Duke Law Journal*, 1997, S. 1921, 1075 ff.

<sup>186</sup> Der Bericht beschreibt vier Methoden, um Doppelbesteuerungen zu vermeiden: (i) „method of deduction for income from abroad“ (eine ausschließliche Quellenbesteuerung) die (ii) „method of exemption for income going abroad“ (eine ausschließliche Ansässigkeitsbesteuerung), die (iii) method of division of tax (eine formulare Aufteilung der Besteuerungsrechte) sowie die (iv) „method of classification and assignment of sources“ (eine differenzierende Zuordnung entspr. den Besonderheiten der jeweiligen Einkunftsart). Theoretisch sei die vierte Methode für die Aufteilung der Einkommensteuer zwar besonders geeignet, da diese sich am exaktesten der „economic allegiance“ nähere, obwohl auch die dritte Methode sachgerecht sei und vom British Imperial Government im Verhältnis zu den „Dominion Governments“ verwendet werde. Im Ergebnis favorisiert der Bericht die Methode (ii), d.h. eine reine Ansässigkeitsbesteuerung. Insbesondere für *Seligman* war diese Methode ein Mittel zur globalen Verwirklichung seiner Vorstellung von einer gerechten Besteuerung auf der Grundlage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die allein der Ansässigkeitsstaat zutreffend erfassen könne. Diese Methode trage auch Einfachheit und dadurch Praktikabilität in sich, sei indes wird sie nur zwischen ökonomisch gleichstarken Handelspartnern mit annähernd ausgeglichenen Leistungsbilanzen konsensfähig. Die fortschreitende wirtschaftliche Entwicklung der Welt würde dies indes mit der Zeit beheben („as semi-developed countries become more industrialized, with the resulting attenuation of the distinctions between debtor and creditor countries, the principle of personal faculty at the place of residence will become more widely understood and appreciated and the disparity between the two principles [i.e. taxation at residence or at source] will become less obvious, so that we may look forward to an ultimate development

### c) Der Technical Experts Report 1925

Der Economic Experts Report von 1923 wurde 1925 um einen Bericht ergänzt, den Repräsentanten der Finanzministerien der League of Nations erstellten.<sup>187</sup> In diesem wurde die Präferenz der Economic Experts für die ausschließliche Ansässigkeitsbesteuerung aufgehoben und die Methode des „classification and assignment“ als Grundlage der Erarbeitung der Musterverträge etabliert, da die sehr unterschiedlichen Zahlungsbilanzen eine reine Ansässigkeitsbesteuerung für nicht konsensfähig erwies. Dadurch wurde der Grundsatz der „economic allegiance“, auf dem die Methode des „classification and assignment“ basiert, zur Grundlage der Steuerkoordination und die Quellenbesteuerung unternehmerischer Einkünfte zur internationalen Norm. Der Technical Experts Report von 1925 enthielt auch eine erste Version eines Aufteilungsartikels, der Besteuerung unternehmerischer Gewinne in der Jurisdiktion vorsah, in der sie wirtschaftlich generiert („produced“) wurden, indes ohne ein Konzept zu definieren, wie dies dem Grunde und der Höhe nach praktisch zu ermitteln wäre.<sup>188</sup>

---

of national ideas on uniform lines towards method 2, if not as a more logical and theoretically defensible economic view of the principles of income taxation, at least as the most practical solution of the difficulties of double taxation.” Sollten allerdings die Quellenstaaten noch nicht bereit sein, ihre Quellensteuerrechte vollständig aufzugeben, sei die Methode 4 („classification and assignment“) sagerecht. Diese wird indes nochmals kritisiert: „It will be clear that under method 4 where the country of origin would tax pure and predominant origin assets, such as land and real estate, in their simple form, but would refrain from taxing shares in companies belonging to foreigners, it is open to the taxpayers by merely changing the legal entities, that is to say, by interposing a company between the property and the owner, to turn direct ownership into shareholdership.[...] It is highly undesirable to have any such powers in the hands of the taxpayer or to encourage any such tendencies.” Vgl. i.Einz. *Bruins/Einaudi/Seligman/Stamp*, Economic Experts Report, S. 41 ff.

<sup>187</sup> Vgl. *Clavier/Valnicek/Baudouin-Bugnet/Thompson/D’Aroma/Damsté/Blau*, League of Nations, Technical Experts to the Economic and Financial Committee, Double Taxation and Tax Evasion Report and Resolutions, Document F.212, February 1925 („Technical Experts Report“).

<sup>188</sup> Vgl. *Clavier/Valnicek/Baudouin-Bugnet/Thompson/D’Aroma/Damsté/Blau*, Technical Experts Report, S. 31 f.: „If the enterprise has its head office in one of the States and in another has a branch, an agency, an establishment, a stable commercial or industrial organisation, or a permanent representative, each one of the contracting States shall tax that portion of the net income produced in its own territory. Therefore, the financial authorities of the interested States shall be able to request the taxpayer to hand in general balance-sheets, Special balance-sheets and all other relevant documents. In the case of shipping enterprises, railway companies, trans-Atlantic cables, aerial navigation companies and electrical power undertakings, the principle of division is applicable, in proportion to the profits originating in a particular country, provided that there exists in that country a genuine organisation (office, agency or branch) in which business is actually carried on and that it is not — as in the case of shipping companies, for example — merely a question of vessels calling at ports.”

## 2. Übertragung des Paradigmas auf die internationale Gewinnabgrenzung

### a) Der Carroll Report 1933

Das von den Economic Experts und den Technical Experts erarbeitete System der internationalen Steuerkoordination auf der Grundlage des „classification and assignment approach“ bedurfte noch eines Mechanismus, um die wirtschaftliche Quelle unternehmerischer Einkünften geographisch zu bestimmen.<sup>189</sup> Die ersten Musterverträge der League von 1928 (sog. „Draft Treaties Ia-c“<sup>190</sup>) ließen die Frage der internationalen Gewinnabgrenzung über die grundsätzliche Verankerung des Betriebsstättenprinzips und Anerkennung von Tochterunternehmen als eigenständige Steuersubjekte hinaus unbeantwortet. Die Erwägungen im Addendum des Economic Experts Report von 1923, das Fehlen des Fremdvergleichs als Maßstab der Aufteilung von Unternehmensgewinnen in den Draft Treaties Ia-Ic sowie die anfängliche Sympathie des einflussreichen *Thomas Adams* für ein Formularaufteilungsregime<sup>191</sup> belegen, dass die grundsätzliche Entscheidung, ob im Ausgangspunkt ein Fremdvergleichs- oder ein Formularaufteilungsregime etabliert werden sollte, zu diesem Zeitpunkt weder in der League of Nations noch in ihren Mitgliedstaaten abschließend getroffen war. Der 1930 zur Schließung dieser Lücke vom Fiscal Committee der League in Auftrag gegebene und 1933 von *Mitchell Carroll* vorgelegte fünfbändige, inhaltlich komplexe Bericht „Taxation of National and Foreign Enterprises“ erarbeitete diese fehlende Grundlage der internationalen Gewinnallokation<sup>192</sup> und brachte die internationale Verankerung des Fremdvergleichsgrundsatzes als *vorrangige* Gewinnabgrenzungsmethode.<sup>193</sup>

### aa) Darstellung des Carroll Report

Der Carroll Report besteht aus zwölf Kapiteln. Das Kapitel I beschreibt das Problem der Gewinnabgrenzung („the problem of allocation“), infolge der fortgeschrittenen

---

<sup>189</sup> Vgl. a. *Green*, The Future of Source-Based Taxation of the Income of a Multinational Enterprise, Cornell Law Review, 1993, S. 18, 32.

<sup>190</sup> Es handelte sich um drei Musterverträge, die auf die unterschiedlichen nationalen Steuersysteme der potentiellen Vertragsparteien zugeschnitten waren, vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 171 f.

<sup>191</sup> Vgl. *Greatz/O’Hear*, Original Intent, Duke Law Journal, 1997, 1021, 1058, Fn. 145.

<sup>192</sup> Die ersten drei Bände enthalten eine Darstellung der Steuersysteme von 24 Staaten sowie von 3 Bundesstaaten der USA, der fünfte Band stellt Buchführungsmethoden dar. Der vierte Band entwirft das Gewinnallokationssystem und wird im Folgenden als der „Carroll Report“ bezeichnet.

<sup>193</sup> Vgl. m.w.N. a. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, 2012, 535, 560: „Carroll would later say that “the advocates of the method of separate accounting as the basic method for allocating taxable income have won a decided victory in the international sphere over the supporters of fractional apportionment” and that fractional apportionment “had been relegated to the place of a last-resort measure in the international sphere.””

Arbeit der League, die in den Draft Treaties Ia-Ic von 1928 zum Ausdruck kam,<sup>194</sup> nicht wie zuvor die Economic Experts als ein Folgeproblem eines theoretischen Modells der Steuerkoordination, sondern deskriptiv aus praktischer Sicht.<sup>195</sup> Die erforderliche Gewinnabgrenzung sei besonders schwierig, wenn industrielle Unternehmen vertikal integriert sind, insbesondere wenn sowohl die Rohstoffförderung, die Produktion als auch der Absatz in verschiedenen Staaten stattfindet, da der relative Wert der Vertriebsaktivitäten zu dem der Herstellungsaktivitäten stark divergieren könne.<sup>196</sup> Praktisch gebe es kaum zwei identische Unternehmen und die Faktoren, die zu Gewinnen führen („factors conducing to profits“) seien stets andere und insbesondere auch durch das Führungspersonal geprägt.<sup>197</sup> Auch die Unternehmensorganisation werde immer komplexer und die interne Handhabung der Einheiten des Unternehmens unterscheide sich stark.<sup>198</sup> Während die Unternehmensleitung werde zwar regelmäßig wissen, ob eine lokale Einheit sich aus der Sicht des Gesamtunternehmens „lohnt“, aber die lokale Finanzbehörde habe regelmäßig nur die Bücher der lokalen Einheit vorliegen und habe festzustellen, ob die den wahren steuerlichen Gewinn ausweisen. Wird die lokale Einheit nicht wie ein unabhängiges Unternehmen behandelt, was häufig der Fall sei, müsse die Steuerverwaltung dafür auf empirische Methoden oder Ge-

---

<sup>194</sup> Vgl. zunächst Carroll Report, Chapter XII, S. 170: „The question of fiscal jurisdiction has already been settled to a large degree by the tax laws and jurisprudence of a number of countries, by bilateral conventions for the prevention of double taxation, and proposals for its solution are found in the model Conventions for the prevention of double taxation adopted at the General Meeting of Governmental Experts in Geneva, 1928. In substance, this question of jurisdiction is settled by employing only two principles of liability — those of source and fiscal domicile.“ Sowie a.a.O., S. 173: „In general, *the source of income from carrying on an industry, commerce or profession of any kind is the establishment at which the income was produced. If the income was produced by the joint activities of establishments in two or more countries, the application of this principle presents the problem of allocating business income — i.e., determining which establishments are productive of income and how much is attributable to each.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>195</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter I, S. 11 ff.

<sup>196</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter I, S. 11: „Within these broader classifications, sub-classifications must be made of the articles involved, *because the relative importance of sales activities compared with manufacturing differs greatly.* Whereas the profits of enterprises selling automobiles, typewriters and similar articles in which there is keen competition, or branded articles which must be brought to the attention of the public through skilful advertising, depend, to a great extent, on the sales efforts, other articles, such as scientific instruments, are purchased largely because of their reputation for superior quality gained through years of careful manufacturing.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>197</sup> Vgl. ferner Carroll Report, Chapter I, S. 11: „Each enterprise reflects the brain and personality of its owner or its principal officers, and the profits depend largely on their initiative, skill and wisdom.“

<sup>198</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter I, S. 12: „Although many large enterprises scrupulously treat such subsidiary companies as independent entities, it is the practice of others to regard them in fact as mere branches of the entire concern and to incorporate their earnings in the annual accounts of the entire enterprise, just as if they accrued directly to it.“

winnzerlegung zurückgreifen.<sup>199</sup> Dabei sei die Tendenz zu beobachten, dass Steuerbehörden den relativen Wert der lokalen Aktivitäten zu überschätzen und dementsprechend Gewinne zuzuordnen,<sup>200</sup> wodurch Doppelbesteuerungsrisiken entstehen und der Wirtschaftsverkehr beeinträchtigt werden kann. Diese Beschreibung des Allokationsproblems durch den Carroll Report zeigt inzident den inneren systematischen Zusammenhang mit dem System der Quellenbesteuerung unternehmerischer Einkünfte durch den „classification and assignment approach“, der auf der Grundlage der „doctrine of economic allegiance“ entwickelt wurde und unternehmerische Einkünfte vorrangig demjenigen Staat zuordnet, in dem sie wirtschaftlich produziert wurden.<sup>201</sup>

Der Carroll Report untersucht zunächst die Rechtspraxis der Staaten, findet aber kaum Gesetze oder Rechtsprechung zu den Kriterien der internationalen Gewinnabgrenzung.<sup>202</sup> Gesetzlich seien Steuerpflichtige regelmäßig nur zur Abgabe einer Steuererklärung – oft unter Einbezug einer Gewinn- und Verlustrechnung – verpflichtet, aber den Steuerbehörden verbleibe die Aufgabe zu überprüfen, ob diese rechnerisch fehlerlosen Erklärungen eine den ausgeübten Funktionen angemessene Gewinnverteilung ergeben.<sup>203</sup> Mangels gesetzlicher Vorgaben würden Steuerverwaltungen für diese

---

<sup>199</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter I, S. 12: „The central accounting of the enterprise should show whether or not, as a whole, the enterprise has realised a profit or loss, and it is probable that every well-run concern maintains accounts for the various units which will enable it to determine whether or not each is a “paying proposition”. *The tax official in each country where there is an establishment has at his immediate disposal only the accounts (if any) of the local establishment, and it is necessary for him to ascertain whether or not they reflect the true profit attributable to that establishment.* Obviously, his task is easy if the local establishment is virtually self-contained or is an autonomous unit which is treated as such by the foreign enterprise, or if the foreign enterprise has dealt with each establishment at arm's length as if it were an independent enterprise. This entails, in some cases, allotting to it the capital normally required to carry on its activities, and, in every case, billing to it or making charges at the same rates as it would to an outsider. *Unfortunately, however, the local establishment is not so treated by the great majority of enterprises, and the tax inspector finds it necessary to adjust the accounts after securing whatever additional information is available or to make an assessment on an empirical or fractional basis.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>200</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter I, S. 12: „The natural tendency of each tax administration is to view the local establishment as exercising the most important influence in the production of profits and therefore ascribe to it a commensurate share of the income.“

<sup>201</sup> Eine explizite Einordnung in die Draft Treaties Ia-Ic von 1928 erfolgt in Chapter XII des Berichts.

<sup>202</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter II, S. 37: „[F]ew Governments have considered allocation or apportionment in their fiscal legislation, and few courts have ventured to establish criteria when called upon to interpret the general principles of the fiscal law of their country.“ Ferner Carroll Report, Chapter IV, S. 87: „In general, income-tax laws merely provide that the tax is upon the net income attributable to their jurisdiction, which is to be declared by the taxpayer, and give the administration full discretionary powers to resort to whatever measures are necessary to make an assessment.“

<sup>203</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter III, S. 40: „The balance-sheet, showing the financial situation of the branch at the end of the year, and the profit-and-loss statement, reflecting its position during the course of the year, may be arithmetically correct, yet may not reflect a proper allocation of income as between the branch and the other units of the enterprise with which it has had dealings. In other words, tax authorities state they are forced to reject the accounts as made, because the prices at which goods have

Feststellung im Allgemeinen drei Methoden einsetzen: (i) „separate accounting“, (ii) empirische Methoden und (iii) „fractional apportionment“.<sup>204</sup> Das „separate accounting“ nehme die eigenständige Buchführung der lokalen Einheit zum Ausgangspunkt der Besteuerung, was es mit sich bringen könne, die Leistungsbeziehungen mit anderen Einheiten der Gruppe („other establishments (branches or subsidiaries)“) zu überprüfen, z.B. auch („for example“) den angesetzten Verrechnungspreis.<sup>205</sup> Empirische Methoden würden häufig herangezogen werden, wenn die eigenständige Buchführung unzureichend oder falsch ist; Steuerbehörden versuchen dann, den steuerlichen Gewinn durch einen Vergleich mit anderen Unternehmen auf der Grundlage des Umsatzes, der vorhandenen Wirtschaftsgüter und anderer verfügbarer Informationen zu ermitteln.<sup>206</sup> Das „fractional apportionment“ zulezt verteile das Gesamteinkommen eines Unternehmens („unlimited fractional apportionment“) oder der an einer Transaktion beteiligten Einheiten („limited fractional apportionment“) ähnlich den empirischen Methoden anhand bestimmter Faktoren, etwa Umsatz, Wirtschaftsgüter, Lohnsumme oder ein Prozentsatz.<sup>207</sup> Keine Steuerbehörde wende allerdings ausschließlich eine dieser Methoden an; regelmäßig sei der Ausgangspunkt das „separate accounting“, wobei eine steigende Tendenz zu beobachten sei, die angesetzten Verrechnungspreise zu überprüfen,<sup>208</sup> um eine faire Verteilung der Gewinne zu erreichen („fair apportionment of profits“). Daneben wende die große Mehrheit der Staaten empirische Methoden an, wenn die Steuerbehörden nicht glauben, dass die eigenständige Buchführung das wahren Einkommen („true income of the local establishment“) ausweist.<sup>209</sup> Das „fractional apportionment“ findet der Carroll Report in einigen Staaten sogar als vorrangige Methode, sonst als subsidiäre Methode, weder „separate accounting“ noch

---

been transferred to or from the branch, or services have been rendered to or by the branch, are *such that the latter's accounts do not reflect the income properly attributable to its activities.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>204</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 45.

<sup>205</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 45 sowie S. 88: „[Separate accounting] means that the taxpayer should submit a declaration supported by separate accounts *reflecting clearly the profits of the establishment within the jurisdiction of the taxing State, resulting from its own separate activities or its joint relations with other establishments* of the same enterprise.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>206</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 45.

<sup>207</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 46 und 58 ff.

<sup>208</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 46: „The tendency is growing to look more closely into the company's own method of allocating or apportioning income as between its various branches or subsidiaries. This involves scrutinising the transactions between the local branches and the other branches or subsidiaries, and sometimes a detailed examination of the balance-sheet, profit-and-loss statement, and other accounts and correspondence kept at the head office, and possibly of the basis for apportionment of certain items of gross income or general expense as between the head office and the branch.“

<sup>209</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 54.

empirische Methode angewendet werden können;<sup>210</sup> angesichts einer zunehmenden Komplexität internationaler Wirtschaftsbeziehungen und einer steigenden Skepsis von Steuerverwaltungen gegenüber Tochtergesellschaften werde „fractional apportionment“ zunehmend herangezogen.<sup>211</sup> Differenzierte Systeme eines „unlimited fractional apportionment“ bestanden in Spanien,<sup>212</sup> in Frankreich für Einkünfte aus Wertpapieren („impôt sur le revenu des valeurs mobilières“), zwischen den Kantonen der Schweiz, in Niederländisch-Ostindien, als subsidiäre Methode in Britisch-Indien, dem Deutschen Reich und Großbritannien sowie auf Antrag für Versicherungsunternehmen in den Niederlanden.<sup>213</sup> Systeme eines „limited fractional apportionments“, bei dem nicht der Gesamtgewinn der Unternehmensgruppe, sondern regelmäßig nur ein Residualgewinn, der nicht eindeutig zugeordnet werden kann, formularmäßig verteilt werde, findet der Carroll Report in Kanada, in Österreich, staatsvertraglich zwischen Österreich

---

<sup>210</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 60: „[F]ractional apportionment may be considered a primary or basic method in Spain, in Switzerland (as regards the practice of the principal cantons), in Austria, Czechoslovakia and Hungary (under the treaties described) and in various States in the United States. France uses it in determining the quota of dividends and interest distributed by a foreign corporation which is subject to the tax on income from securities. Otherwise, fractional apportionment is a secondary method, being employed only when assessment on the basis of separate accounting, subject to verification, or various empirical methods are considered inadequate. Such is the case in France with regard to the commercial profits tax, and in Germany.”

<sup>211</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 60: „In view of the ever-growing complexity of the structure of international enterprises and the apparent difficulties encountered by many in maintaining an accounting system which will reflect the true profits of each establishment, whether conducted as a branch or a subsidiary company, there is a tendency on the part of tax officials to resort more and more to fractional apportionment. As will be discussed further on in connection with subsidiary enterprises, a number of tax administrations are disposed to regard local subsidiaries as “dummies” or fictitious entities designed to set up artificial legal barriers in the way of the assessment of true profit. In some cases, the authorities look upon the enterprise as a whole, disregard the prices at which goods have been billed from one establishment to another or at which services have been charged, and re-allocate or apportion as they see fit the income of the entire enterprise to the local branch or subsidiary. To the reconstructed accounting, some method of fractional apportionment is applied.”

<sup>212</sup> Interessant ist die Begründung des spanischen Gesetzgebers, vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 61 f.: „As many branches showed little or no profit, the Spanish Government was forced to develop another system that would subject foreign enterprises to a tax burden equivalent to that imposed on Spanish enterprises. [...] The most difficult point was the control of the prices charged by the parent enterprise to branches or subsidiaries. Except for certain articles which have a broad market, these prices are not subject to control without resorting to arbitrary methods. [...] All the *entrepreneurs* were unanimously of the opinion that, even if the profits of a branch of an enterprise were correctly accounted for, the accounting would not show the real economic significance of the branch in the entire enterprise. [...] Consequently, if the Government were to tax branches or subsidiaries in accordance with their real economic significance, it would be necessary to employ methods analogous to those employed for the division of profits between enterprises in such a group. [...] The Spanish legislature has therefore decided to apply to the taxation of the enterprise belonging to a concern the same principles of allocation as are in reality employed by the concern.”

<sup>213</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter IV, S. 61 ff.

und der Tschechoslowakei und Ungarn, zwischen der Tschechoslowakei und Polen sowie in den U.S. Bundesstaaten New York, Massachusetts und Wisconsin.<sup>214</sup>

Neben diesen Grundbefunden untersucht der Carroll Report die Verwaltungspraxis in verschiedenen Fallkonstellationen, insbesondere die Besteuerung ausländischer Unternehmen mit einer inländischen Betriebsstätte (Kapitel V<sup>215</sup>), die Besteuerung ausländischer Unternehmen mit einer inländischen Tochtergesellschaft (Kapitel VI<sup>216</sup>), die Besteuerung ausländischer Industrieunternehmen (Kapitel VII<sup>217</sup>), die Besteuerung ausländischer Banken (Kapitel VIII<sup>218</sup>), die Besteuerung ausländischer Unternehmen, die „wenig Schwierigkeiten“ bereiten (Kapitel IX<sup>219</sup>), die Besteuerung inländischer Unternehmen mit ausländischen Betriebsstätten oder Tochtergesellschaften (Kapitel X<sup>220</sup>) sowie die Besteuerung von Holding-Gesellschaften (Kapitels XI<sup>221</sup>).

Auf dieser Grundlage entwirft der Carroll Report in Kapitel XII „Prerequisites for a Regime of Allocation“<sup>222</sup> das Gewinnabgrenzungssystem zur Ausfüllung der o.g. Lücke im System der Draft Treaties Ia-Ic der League of Nations von 1928. Diese basierten auf die Dichotomie der Ansässigkeits- und Quellenbesteuerung und erfordern es, dass einer der Staaten sein Besteuerungsrecht beschränkt.<sup>223</sup> Die Draft Treaties Ia-Ic klassifizieren dafür die Einkünfte und ordnen sie einem Staat zur vorrangigen Besteue-

---

<sup>214</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter IV, S. 73 ff.

<sup>215</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter V, S. 97 ff.

<sup>216</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter VI, S. 109 ff. Grundlegend a.a.O., S. 109: „As long as the inter-company transactions are carried on under the same circumstances *and* conditions *and* on the same terms as they would be between two entirely separate and independent persons, dealing with each other in an open market, *and* in a manner which is graphically described as at “arm’s length”, the tax authorities in general respect the separate legal existence of the subsidiary company and tax it on the basis of its own declaration as supported by its properly kept separate accounts. To verify this declaration and accounts, the tax authorities may enquire into the current of business between the local subsidiary and the parent company or other subsidiary companies of the parent, which may for convenience be termed associated companies, and scrutinise carefully the results of interlocking transactions. *If this is difficult, they may resort to a comparison with similar enterprises and make an empirical assessment upon the basis of turnover, or in accordance with one or another of the empirical methods described above in discussing the allocation of profits of local branches of foreign enterprises. Such is the situation in the great majority of countries.*” (Kursiv hinzugefügt) Sowie a.a.O., S. 112: „In another group of countries, the tax authorities have justified assessing the foreign parent company itself on the grounds that, in fact, the local subsidiary and the parent form a single economic unit (*wirtschaftliche Einheit*), and in Germany this viewpoint of the administration has been upheld by the courts. In that country, another theory has been developed for the same purpose in accordance with which the foreign parent company is taxable on the grounds that the local subsidiary company is merely its organ (*Organtheorie*).”

<sup>217</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter VII, S. 116 ff.

<sup>218</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter VIII, S. 132 ff.

<sup>219</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter IX, S. 139 ff.

<sup>220</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter X, S. 157 ff.

<sup>221</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter XI, S. 165 ff.

<sup>222</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 169.

<sup>223</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 170.

zung zu. Der Carroll Report erkennt für unternehmerische Einkünfte die gemeinsame Grundstruktur der Draft Treaties Ia-c darin, das primäre Besteuerungsrecht demjenigen Staat zuzuordnen, in dem die Betriebsstätte, die die Einkünfte produziert hat, liegt und beabsichtigt auf dieser Grundstruktur ein Gewinnallokationssystem zu errichten, das fair, praktikabel, logisch und für alle Typen von Unternehmen sachgerecht ist.<sup>224</sup>

„Although the measure of relief from double taxation needs no further consideration in elaborating a regime of allocation, the general procedure followed in these [1928 draft] treaties is significant. Briefly, it consists in classifying items of income in accordance with their respective sources and stipulating the extent to which each country is to restrict its jurisdiction so as to prevent the double taxation of each item. Although the [1928] model conventions [Ia-Ic] embody different systems of relief in general and also in respect of definite items of income, *they all contain the same fundamental criterion regarding income from an industrial or commercial enterprise — namely, that the primary right to tax belongs to the country in which is situated the permanent establishment which produces the income. A regime of allocation for business income may be based upon this general proposition regardless of the nature of a country's tax.*”<sup>225</sup>

Dementsprechend war es erforderlich, ein System zu entwickeln, das die wirtschaftliche Quelle von Einkünften dem Grunde und der Höhe nach zu bestimmen vermag, insbesondere, wenn unternehmerische Einkünfte durch gemeinsame Aktivitäten in zwei oder mehr Staaten generiert wurden.<sup>226</sup> Dabei unterscheide sich die Organisation der grenzüberschreitenden Aktivitäten in Form von Betriebsstätten von derjenigen in Form von Tochtergesellschaften durch die zwischen eigenständigen Rechtssubjekten zivilrechtlich möglichen Verträge über den Leistungsaustausch.<sup>227</sup> In beiden Fällen

---

<sup>224</sup> Vgl. zu dieser Zielsetzung Carroll Report, Preface, S. 9: „In the twelfth and last chapter, the author sets forth the practical conclusions resulting from this general survey. Taking into account both the legitimate requirements of fiscal administrations and the needs of industry and international trade, he endeavours to formulate a system of allocating or apportioning the income of business enterprises which would be fair, practical, logical and suitable for all types of undertakings.

<sup>225</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 172.

<sup>226</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 173: „In general, the source of income from carrying on an industry, commerce or profession of any kind is *the establishment at which the income was produced*. If the income was produced by the joint activities of establishments in two or more countries, the application of this principle presents the problem of allocating business income — *i.e.*, determining which establishments are productive of income and how much is attributable to each.”

<sup>227</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 176: „The fundamental legal difference, however, is that each transaction between the parent company and a subsidiary company, or between two subsidiaries, should be carried out as a legal transaction between independent enterprises, whereas if the corporation carries out its activities through its own branch or branches, it does not generally in practice, nor in law, make contracts with or between such component parts of its own organisation. Strictly speaking, therefore, if a corporation produces goods at its own factory in one country and sells the goods at its branch in a second, the corporation does not realise any profit until the goods have been sold to outsiders. This is true even though the goods were billed from the factory to the branch at the independent factory price used in billing goods to outside dealers. If the branch does not sell the goods, or sells them at a loss, an adjustment can be made in the accounts of the factory, and the corporation Report its income as only the

entstehe dem Gesamtunternehmen wirtschaftlich zwar kein Einkommen bevor das Endprodukt an konzernfremde Abnehmer verkauft wird, aber wirtschaftliche Fakten hätten sich den rechtlichen Grundsätzen unterzuordnen, die den Wirtschaftsverkehr regulieren<sup>228</sup> Aus der Möglichkeit in vertragliche Beziehungen einzutreten leitet der Carroll Report Schlussfolgerungen für die Bestimmung der Quelle von Einkünften ab.

„In short, the very fact that a subsidiary company is formed to operate an establishment of any kind within a country gives rise to the necessity of carrying on business subject to the same legal requirements as any other corporate entity within the country. *The subsidiary must ordinarily have an adequate capital, and the nature of its activities and its contractual relations with outsiders and other corporate units of the enterprise will determine its income.* If its income is diverted to other units of the enterprise in any manner, the tax authorities, as a general rule, *have only to examine the inter-company transactions, appraise their terms and results in the light of sound legal and business principles, or by comparison with independent companies engaged in similar activities under similar circumstances, and recapture any profit that may be shown to have been diverted.* Obviously, if the diverted profit is retrieved after it has already been taxed as income of another unit, double taxation will result, unless the administration of the other country is willing to reduce its assessment and refund a proportionate amount of the tax.

As the conduct of business between a corporation and its subsidiaries on the basis of dealings with an independent enterprise *obviates all problems of allocation*, it is recommended that, in principle, subsidiaries be not regarded as permanent establishments of an enterprise but treated as independent legal entities; *and if it is shown that inter-company transactions have been carried on in such a manner as to divert profits from a subsidiary, the diverted income should be allocated to the subsidiary on the basis of what it would have earned had it been dealing with an independent enterprise.*<sup>229</sup>”

Tochtergesellschaften sollten also nicht als Betriebsstätten anzusehen sein, sondern ein eigenständiges Einkommen ausweisen, wobei die „Natur ihrer Aktivitäten“ und die vertraglichen Beziehungen („the nature of its activities and its contractual relations“) maßgeblich für die Bestimmung des steuerrechtlichen Einkommens sein sollte; offenbleibt indes wie das konkrete Verhältnis dieser beiden Faktoren zueinander darstellen sollte, d.h. ob sich die Natur der Aktivitäten aus den Verträgen oder aus anderen, tatsächlichen Momenten oder einer Mischung aus beidem („and“) ergeben sollte. Darüberhinaus sollten Tochtergesellschaften ein „adäquates“ Kapital ausweisen, ohne das

---

amount actually derived from sales to outsiders. On the contrary, if a corporation manufactures goods at its home factory and sells them to an independent corporation which in turn resells the goods for its own account, the second corporation must pay the first corporation for the goods, and if it does not resell the goods or sells them at a loss, it must bear the loss. If the second corporation is a subsidiary or affiliated company of the former, strictly speaking the situation should be the same.”

<sup>228</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 170.

<sup>229</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 170.

klar ist, ob sich die Adäquanz aus der „Natur ihrer Aktivitäten“ ergibt oder losgelöst davon. Ferner sollte es den Finanzbehörden verbleiben, die erfolgten Leistungsbeziehungen anhand von „vernünftigen wirtschaftlichen Grundsätzen“ oder durch einen Vergleich mit unabhängigen Dritten zu überprüfen („appraise their terms and results in the light of sound legal and business principles, or by comparison with independent companies engaged in similar activities under similar circumstances“). Zuletzt wird das (positive) Allokationsziel, den Gewinn dem Staat zuzuordnen, in dem es produziert wurde, infolge der rechtlichen Eigenständigkeit der Funktionen der Tochtergesellschaft, nur noch (negativ) als Gewinnverschiebungsproblem definiert („diversion of profits“), ohne dass die Maßstäbe für diese Feststellung im Einzelnen klar werden; die im Carroll Report als problematisch erkannte Gewinnverschiebung („in such a manner as to divert profits“) ist nämlich nicht notwendig gleichbedeutend mit der Rechtsfolge („what would have earned in dealing with an independent enterprise“) und die Maßstäbe für beide Feststellungen bleiben durchaus unklar.

Der Carroll Report argumentiert also vorrangig für die Ermittlung eines eigenständigen Steuergewinns der Tochtergesellschaften auf der Grundlage der individuellen Funktionen und Verträge, äußert sich aber weder eindeutig zum Verfahren der Feststellung dieser Funktionen und der Bedeutung der Verträge noch zur Wahl einer Verrechnungspreismethode. Dies mag an den relativ einfachen vertikalen Integrationsverhältnissen liegen, die zur Zeit der Verfassung des Berichts typisch waren und die regelmäßig nicht auf einer komplexen horizontalen Trennung von Risiken und Wirtschaftsgütern von den ausgeübten Funktionen basierte und für deren Leistungen regelmäßig Marktwerte ermittelt werden konnten. Entscheidender scheint indes, dass der Carroll Report gar nicht derart an den Einzelheiten der tatsächlichen Gewinnabgrenzung gelegen war, sondern auf einer übergeordneten Ebene die Tendenz zur Ausweitung des „fractional apportionment“ als internationaler Gewinnaufteilungsmethode gegenüber einer an den individuellen wirtschaftlichen Aktivitäten der jeweiligen Einheit orientierten Gewinnabgrenzung<sup>230</sup> zurückgedrängt werden sollte und ein Quellensteuersystem etabliert werden sollte, das die Quellensteuerrecht „strikt“ auf solche Quellen begrenzt ist, die „offensichtlich“ in der jeweiligen Jurisdiktion liegen, um eine „telesko-

---

<sup>230</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter IV, S. 40: „...reflect the income properly attributable to its activities.“  
Sowie a.a.O., S. 88: „[Separate accounting] means that the taxpayer should submit a declaration supported by separate accounts reflecting clearly the profits of the establishment within the jurisdiction of the taxing State, resulting from its own separate activities or its joint relations with other establishments of the same enterprise.“ (Kursiv hinzugefügt)

pische Ausdehnung“ der Quellenbesteuerung und die Verfolgung von Einkünften entlang der beteiligten Entitäten auf der Suche nach „vagen Verbindungen“ zu den lokalen Tätigkeiten verhindere.<sup>231</sup> Während der Carroll Report also die Grundstruktur des „classification and assignment approach“ und die mit diesem verbundene Erforderlichkeit, die wirtschaftlichen Beiträge der Unternehmensteile zu bewerten, erkennt, war er darum bemüht, ein tendenziell enges Quellensteuerkonzept durchzusetzen.<sup>232</sup>

Diese Bestrebung setzt der Carroll Report im Entwurf der Gewinnabgrenzung für Betriebsstättenkonstellationen, die weitaus differenzierter ausfällt, fort. Diese können zwar nicht in vertragliche Beziehungen eintreten, sollten aber für die internationale Gewinnabgrenzung soweit wie möglich („in so far as possible“) wie eigenständige Entitäten behandelt werden und den Gewinn zugeordnet bekommen, den sie als eigenständige Entitäten hätten generieren können.<sup>233</sup> Dies sei einfach, wenn die Aktivitäten der Betriebsstätte eigenständig ausgeübt werden und sich für ihre Produkte ein Marktpreis feststellen lasse;<sup>234</sup> Abweichungen vom Marktpreis können dann korrigiert werden.<sup>235</sup> Schwieriger liegt es, wenn die Betriebsstätte mit dem Rest des Unternehmens eng zusammenwirkt und eine einheitliche Wertschöpfung stattfindet.<sup>236</sup> Der Carroll Report generalisiert dafür zunächst die Verwaltungspraxis der Staaten für ver-

---

<sup>231</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 169 f.: „Briefly, [to formulate a general regime of allocation] entails abandoning all precepts of liability other than those of fiscal domicile and source, and requires that the concept of fiscal domicile be uniformly defined *and that the concept of source be defined and strictly limited to sources obviously within the jurisdiction of the State*. This precludes the telescopic extension of the concept of source in order to trace profits through corporations created under the laws of another country; or reaching income derived from a source in a foreign country by a corporation created or domiciled in the same or a second foreign country, because of some remote economic relation that it is deemed to have with a source in the taxing State; or deeming by statutory presumption all income derived from a business connection or sale within the State, regardless of the nature of establishments abroad which have handled the goods, to arise exclusively within the taxing country. In other words, *a State should tax a foreign corporation only in respect of income from sources clearly within its territory, and thereby avoid transgressing the jurisdiction of another State over sources of income definitely within its territory.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>232</sup> Vgl. a. Carroll, Benefits for American Investors and Enterprises Abroad: Part I, The International Lawyer, Vol. 2, No. 4, S. 692, 721: „...constant economic and fiscal “tug of war” between proponents of taxation at source and those of taxation only at the fiscal domicile of the recipient of income.”

<sup>233</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 177.

<sup>234</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 177.

<sup>235</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 178.

<sup>236</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 178: „Such establishments include primarily branches which purchase and process raw materials, factories which receive such materials and transform them into finished articles, and sales establishments which market the finished products. In other words, *establishments which create, add value to, or sell a product, the profit or loss of each of which awaits the eventual sale and depends to a greater or less degree upon the efficiency of the other establishments involved*. Instead of there taking place in each country a transaction which under the terms of the law gives rise to taxable income, a series of operations is begun in one country which does not give rise to income until the goods have been sold in another.” (Kursiv hinzugefügt)

schiedene Fallgruppen, wobei sich von funktionsadäquaten Gewinnen an die Betriebsstätte regelmäßig danach richte, (i) ob und wie sie funktional zur Gesamtwertschöpfung beiträgt („adds value“)<sup>237</sup> sowie (ii) ob sich tatsächliche Marktpreise für die ausgeübten Funktionen ermitteln lassen oder die ausgeübten Funktionen zu unternehmensspezifisch sind.<sup>238</sup> Auch die Verwaltungspraxis in Bezug auf den Umgang mit tatsächlichen (Netto-) Einkünften aus dem Absatz von Waren gegenüber dem Ansatz von wirtschaftlichen Funktionsvergütungen an die jeweilige Betriebsstätte wird betrachtet und der Ansatz einer eigenständigen Funktionsvergütung ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Einkünfte favorisiert.<sup>239</sup>

Für diese Allokation identifiziert der Carroll Report zwei grundsätzliche Theorien, die „separate accounting theory“ und die „organic unitary theory“.<sup>240</sup> Während beide Theorien dasselbe Ziel verfolgen würden, das in einer Jurisdiktion steuerbare Einkommen zu bestimmen, unterscheiden sie sich dadurch, dass das „separate accounting“ die Buchführung der lokalen Einheiten zum Ausgangspunkt dieser Bestimmung nimmt und die lokalen Einheiten soweit wie möglich als eigenständige Unternehmen ansieht, die „organic unitary theory“ dagegen sieht das Gesamtunternehmen als organische Einheit und führt folglich zu einer Einkünftermittlung auf der Grundlage des steuerlichen Ergebnisses Gesamtunternehmens; von diesem Gesamtgewinn wird den lokalen Einheiten ein Anteil zugewiesen, der ihrer relativen Bedeutung für das Gesamtunternehmen entspricht.<sup>241</sup> Die Besteuerungshoheit eines Staates beschränke sich

---

<sup>237</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 179 ff., u.a. a.a.O., S. 181: „Such an establishment adds value to the purchased goods, and a commensurate income should be ascribed to its activities.“

<sup>238</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 181 f.: „Large enterprises often maintain establishments which do not produce, add value to, or sell goods, or sell services and therefore contribute only indirectly to the realisation of profits. [...] For all such establishments, the rule should be that in principle no profit will be ascribed to them but that their expense shall be included in the general overhead of the enterprise which is apportionable in some appropriate manner. It is argued by some administrations that the same compensation should be ascribed to such establishments as would be paid to an independent enterprise rendering similar services. *Such establishments are so closely tied up with the enterprise, however, that it would be almost impossible to find an independent enterprise which would serve as a basis of comparison.* No exception to the general rule should *therefore* be made, unless the establishment actually renders services to outsiders for which compensation is received, or renders services to the enterprise which have a determinable money value.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>239</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 185: „A basis which is fair both to the State and the taxpayer could be employed which would obviate most of the difficulties previously described. It consists in regarding the factory or the sales branch as an independent enterprise and paying it the same fee or commission that would be paid to an independent enterprise for the services rendered. In this way, a fair remuneration for processing and for selling is allotted for tax purposes to each of the countries concerned, and the balance of the profit, or possibly a loss, appears in the books of the real centre of management, which we will assume to be at the plantation, mine or other principal establishment.“

<sup>240</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 187.

<sup>241</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 187.

jedoch auf Quellen, die im jeweiligen Staatsgebiet radiziert sind, nur dem Ansässigkeitsstaat stehe die Besteuerung des Gesamteinkommens zu; die anteilige Besteuerung des Gesamtgewinns im Betriebsstättenstaat erscheine daher verfehlt.<sup>242</sup> Die Ermittlung des Gesamteinkommens sei Quellenstaaten auch praktisch kaum möglich und die Verwendung von Informationen aus anderen Staaten sei nicht nur schwierig und teuer, sondern führe auch zu Streit zwischen den Staaten.<sup>243</sup> Ferner sei eine internationale Vereinbarung über die Gesamtgewinnermittlung und die Aufteilungsfaktoren unwahrscheinlich („appear almost insuperable“).<sup>244</sup> Dagegen spräche die zunehmende Verpflichtung zur Buchführung für eine Verwendung des „separate accounting“. In den verschiedenen Staaten der Welt herrschen so unterschiedlich wirtschaftliche Umstände, dass die Ertragsfähigkeit der jeweiligen lokalen Einheiten völlig unterschiedlich ist; nur das „separate accounting“ könne diese unterschiedliche Ertragsfähigkeit einzelfallgerecht erfassen. In einem Gesamtunternehmen können einzelne lokale Einheiten Gewinn generieren, während andere Verluste erzielen. Die Konsolidierung des weltweiten Gesamtergebnisses führt daher nicht zu einer Zuweisung von Gewinnen an ihre tatsächliche wirtschaftliche Quelle.<sup>245</sup>

Aus diesen Gründen favorisiert der Carroll Report grundsätzlich die Methode des „separate accounting“, hält es aber nicht für angezeigt, detaillierte Vorgaben für die Anwendung der Methode aufzustellen.<sup>246</sup> Ein etwaiger Residualgewinn, der bei der Durchführung des „separate accounting“ keinem Quellenstaat zugeordnet werden kann, fällt dem Ansässigkeitsstaat zu und wird dort besteuert.<sup>247</sup> Die empirischen Methoden, die Steuerverwaltungen anwenden, wenn die Buchführung der lokalen Einheit nicht ausreichend ist, um das steuerliche Einkommen anzubilden, sollten ebenfalls an dem Ergebnis orientiert sein, das die lokale Einheit als unabhängiges Unternehmen

---

<sup>242</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 187 f.

<sup>243</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 188.

<sup>244</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 189.

<sup>245</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 188 f.: „The apportionment of the total net income of an enterprise carrying on world-wide operations means that its profits and losses will be pooled and then distributed fairly evenly, by the use of arbitrary factors, to the various countries in which it operates, and not to the actual sources of the income. Will countries in which profits have clearly accrued agree to giving up a part or all of such profits as a result of an apportionment of the total net income or loss of the enterprise? The great majority of administrations have definitely indicated that they would not.”

<sup>246</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 189.

<sup>247</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 190: „It is considered undesirable to endeavour to prescribe detailed rules of separate accounting, because enterprises are so varied in their nature and each enterprise is likely to change so frequently its methods of operation in order to meet changing conditions that it would be unwise, if not impossible, to lace them all in the same accounting corset.”

unter vergleichbaren Umständen erzielt hätte.<sup>248</sup> Das „fractional apportionment“ sollte daneben subsidiär nur dann Anwendung finden, wenn „separate accounting“ unmöglich oder impraktikabel ist. Die internationale Gewinnabgrenzung müsse hinreichend elastisch sein, um für alle Unternehmen sachgerecht zu sein und „fractional apportionment“ sollte daher nur Anwendung finden, wenn die Steuerverwaltung und der Steuerpflichtige übereinkommen, dass diese Methode im konkreten Einzelfall sachgerecht ist. Dies sei indes nur selten der Fall, weil sich ein eigenständiger Gewinn für lokale Entitäten regelmäßig ermitteln lasse.<sup>249</sup> Um dieses eigenständige Steuerergebnis ermitteln zu können, müssen die von der Betriebsstätte ausgeübten Funktionen dargestellt werden. Der Carroll Report identifiziert hierfür zwei Ansätze, das „remuneration of services criterion“ und das „sales between independent criterion“.<sup>250</sup> Das „remuneration of services criterion“, das einer Betriebsstätte den Gewinn zuordnet, den sie als eigenständiges Unternehmen durch die Ausübung vergleichbarer Funktionen unter vergleichbaren Umständen hätte verdienen können, sei regelmäßig am fairsten und praktikabelsten, insbesondere, wenn ein Unternehmen in einem Staat eine Prinzipaleinheit und in anderen nur untergeordnete Einheiten unterhalte.<sup>251</sup> In der Prinzipaleinheit werden dann regelmäßig die Entscheidungen getroffen, die den Erfolg des Unternehmens entscheiden („make or break the enterprise“), die Risiken des Unternehmens seien dort radiziert. Dieser Unternehmensteil sei daher aus der internen Sicht der wichtigste Bestandteil des Unternehmens; die sonstigen Unternehmensteile leisten wirtschaftlich betrachtet dieser Prinzipaleinheit nur Dienstleistungen.

„[T]he real centre of management is probably at the principal establishment. The control and management, financial and technical, are centred there. At the meetings of the directors the decisions are taken which make or break the enterprise. There the risks are centred. The profit or loss results from all the activities of the enterprise taken together, but how can the part attributable to the establishment in

---

<sup>248</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 190: „In using such [empirical] methods, the tax administration should be required to limit its assessment to what would be earned by an independent enterprise engaged in similar activities and under similar circumstances.“

<sup>249</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 190: „It rarely occurs, however, that an establishment in one country receives goods from or transfers goods to other establishments or subsidiary companies or an enterprise without it being possible to determine its profits on the basis of its separate accounts and with recourse, if necessary, to some appropriate method of apportioning joint profits. In other words, the most simple and practical way of assessing the local establishment is to focus the fiscal eye on its accounts and activities in order to determine its income, rather than to start by searching through the forest of figures pertaining to the entire organisation in order to recapture items of income that may have escaped and write them back into the accounts of the local establishment, or corral all the profits and apportion a part thereof to the local establishment in accordance with some arbitrary factors.“

<sup>250</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 191 f.

<sup>251</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 192.

each country be most readily measured? *If we recognise the fact that the real centre of management, especially if it is situated at the principal productive establishment, is the most vital part of the enterprise, the most practical approach to the problem is to give it the residuum of profit or loss after allocating to each outlying secondary establishment compensation for the services it has rendered to the enterprise in accordance with what would be paid to an independent enterprise rendering such services.*<sup>252</sup>»

Der Carroll Report argumentiert also mit der internen Organisation der Wertschöpfung des Unternehmens, um eine enge Quellenbesteuerung und folglich Residualgewinnallokation an den „most vital part of the enterprise“, der sich vor allem durch Ausübung von Kontrollfunktionen und Risikotragung auszeichne, durch die Anwendung des „remuneration of services criterion“ zu begründen. Demgegenüber betrachte das „sales between independent criterion“ die Betriebsstätte als ein eigenständiges Unternehmen, das auf eigene Rechnung Waren handelt („purchases and sells the product for its own account“), m.a.W. sie fingiert einen Gefahrenübergang („fictional transfer of title“).<sup>253</sup> Wenn eine Betriebsstätte nicht autonom operiert und kaum in Leistungsbeziehungen mit anderen Unternehmensteilen eintritt, sei diese Methode kaum durchführbar, insbesondere sei regelmäßig keine eigenständige Kapitalausstattung ermittelbar.<sup>254</sup>

Die praktische Umsetzung des „remuneration of services criterion“ kann sich bei dem Vertrieb von Waren an marktüblichen Kommissionsvergütungen orientieren, da diese den Wert der Absatzleistung indizieren, wobei sich Unterschiede in der Höhe der Kommission ergeben können, je nach ausgeübten Funktionen und übernommenen Risiken.<sup>255</sup> Dieselben Erwägungen greifen bei der Förderung von Ressourcen durch eine Betriebsstätte; diese könne zwar einen Preis für die Ressourcen verlangen, der die Kosten deckt, sei aber der Höhe nach durch die angebotenen Preise von Wettbewerbern begrenzt.<sup>256</sup> Schwierigkeiten können sich beim Vertrieb von Waren mit Han-

---

<sup>252</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 192. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>253</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 192.

<sup>254</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 192 f. und S. 193: „In order to avoid fictions as much as possible, it is recommended that, as a general rule, a method of allocation should be chosen which would require the allotment of only current operating funds to a branch, and would treat a transfer of goods as a consignment rather than a sale. In other words, the preferable method is allocating income on the basis of compensation for services rendered. Income should not be allocated by presuming a sale unless the branch is sufficiently autonomous to justify the allotment of an adequate capital.“

<sup>255</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 193: „[T]he only theoretically sound way of evaluating the commission that the local branch should receive for its services is by considering what an independent agent would accept for similar services with a view to making a profit on a normal or reasonable volume of business commensurate with the capital invested, the operating costs, and the degree of risk involved; and also taking into account what other agents would require for such services.“

<sup>256</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 194.

delsmarken („trade-marked or branded articles“) ergeben, für die sich keine Vergleichswerte feststellen lassen und bei denen streitig werden kann, ob der letzte Gewinn auf die Herstellung der Waren oder auf die Werbemaßnahmen zurückzuführen sei. Der Carroll Report sieht hierfür eine Lösung durch eine Gewinnaufteilung („splitting the profit“) auf der Grundlage der Gewinnmarge, den ein unabhängiges Vertriebsunternehmen erzielen könnte.

„The relative importance of skill and effort in manufacturing and in selling is a bone of contention among the officers of almost every enterprise. The sales staff insists that, without their skill and persistence in getting customers, nothing would be sold, and consequently the factory would have no reason to exist. On the other hand, the factory staff replies that, if it were not for their ability to produce a better and cheaper article than that of competitors, or if there is no immediate competing article, an article sufficiently inexpensive and attractive to appeal to the customer in the first instance, and good enough to induce the customer to buy again and recommend the article to others, the efforts of the salesmen would be in vain. To find a practical basis of allocation and apportionment, it is necessary to consider factors more ponderable than these. It is not improbable that the company will market its product to a large extent both in its own country and abroad through independent dealers, *the price at which they purchase from the enterprise being determined without consideration of tax liability and in accordance with what each must receive to cover capital invested, expenses and incidental risks, and allowing a fair margin of profit on a reasonable volume of business. Such an independent dealer's price should be acceptable to the authorities in the country of the sales branch as a basis for splitting the profit between the manufacturing plant and that branch, subject, however, to the taxpayer showing why there should be any deviations from this price because of conditions peculiar to the country of sale.*<sup>257</sup>“

Dieses Ergebnis könne durch einen Vergleich mit den Gewinnmargen lokaler Unternehmen verprobt werden, wobei ggf. Anpassungsrechnungen erforderlich werden können, wenn der „independent dealer price“ aus Staaten gewonnen wurden, die eine andere Kostenbasis aufweisen oder sich sonstig in wirtschaftlichen Umständen unterscheiden.<sup>258</sup> Der Gewinn der Vertriebseinheit müsse ferner verhältnismäßig größer sein, wenn zusätzliche Marketingaktivitäten ausgeübt oder zusätzliche Risiken übernommen werden und umgekehrt geringer, wenn der Hersteller die Marketingkosten trägt.<sup>259</sup> Die Anwendung des „independent dealer price“ erfordere daher eine fiktive Übertragung von anteiliger Kontrolle („directive“) sowie von Kapital und Risiken, um die Betriebsstätte als eigenständiges Vertriebsunternehmen zu fingieren. Nach Abzug der Vergütung für die ausgeübten Funktionen und übernommenen Risiken der Prinzi-

---

<sup>257</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 194.

<sup>258</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 194 f.

<sup>259</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 195.

paleinheit verbleibe auch dieser Vertriebseinheit indes regelmäßig nur ein Gewinn in Höhe einer marktüblichen Kommission.<sup>260</sup> Die Ermittlung einer marktüblichen Kommission sein daher ein sachgerechte Aufteilung des gemeinsam erzielten Gewinns, die den kommerziellen Wert der Vertriebstätigkeit für das Gesamtunternehmen widerspiegeln („the commercial worth of the sales establishment to the enterprise“).<sup>261</sup>

Bei der Herstellung von Waren durch eine Einheit von untergeordneter Bedeutung, die nur die Herstellung übernimmt, sollte ebenfalls eine funktionsangemessene Vergütung ermittelt werden, die dem entspricht, was ein unabhängiges Unternehmen für solche Dienste („services“) erhalten hätte. Vertriebt die produzierende Einheit die Waren auch, sollte sie bzw. die in einem Drittstaat belegene Vertriebseinheit eine hierfür „angemessene“ Vergütung erhalten und ein etwaiges Residuum der Prinzipaleinheit zugeordnet werden. Bei der Ermittlung der funktionsangemessenen Vergütung, der produzierenden Einheit könne der Verkaufspreis der Ware herangezogen werden, um einen in Hinsicht auf das eingesetzte Kapital und die übernommenen Risiken fairen Gewinn zu bestimmen; der Steuerpflichtige hypothetisiere also – hier taucht der Begriff erstmals ausdrücklich auf – „arm’s length terms“.<sup>262</sup> Lässt sich ein Verkaufspreis nicht ermitteln, kann von Standpunkt des Herstellers auf der Grundlage der Produktionskosten ein Preis ermittelt werden, der sowohl dem Hersteller als auch dem Käufer der Waren jeweils einen funktionsangemessenen Gewinn ermöglicht („will depend on the margin of profit that he will have to allow to the dealer“).<sup>263</sup> Starre Formeln sollten für

---

<sup>260</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 195 f.: „In theory, all these expenses and losses would be borne by the branch, and some appropriate method of computing them would have to be devised. In fact, they have been borne by the whole enterprise at its real centre of management. Some of the losses might be reduced or prevented by shipping goods which cannot be sold in one country to a branch in another where the market is good, or it may remodel or scrap such goods. The decisions for such action are made by the real centre of management; the risks are borne by it. Any attempt to apportion risks in terms of deductible expenses can at best be empirical. It is clear that it is compensation for these risks incident to taking title to the goods that comprise the greater part of the discount or margin of gross profit that would be required by an independent dealer, and if it were acknowledged that in the case of a branch such risks were borne by the real centre of management, the profit allocated to the branch would be reduced to an appropriate remuneration for services rendered, in other words, an amount equivalent to that described above as a commission or fee.”

<sup>261</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 196.

<sup>262</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 197: „If the enterprise does not market any of its products so as to establish an independent factory price, it may endeavour to construct one, considering the eventual sales price, the gross profit that would have to be allowed to the dealer to cover his investment, expenses and risks, and whether this price would allow to the factory a fair profit over its investment, expenses and risks. In other words, the taxpayer imagines the terms that would be agreed to between itself and an *independent enterprise dealing at arm's length*.”

<sup>263</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 197.

diese Bestimmung nicht verwendet werden, weil sie nicht zutreffend die relative Bedeutung von Herstellung und Vertriebstätigkeit im Einzelfall darstellen können.<sup>264</sup>

Zusammenfassend stellt der Carroll Report fest, dass es verschiedentliche Methoden („various methods“) gibt, um den Gewinn eines Unternehmens international so aufzuteilen, dass jede lokale Einheit („each branch establishment“) diejenigen Einkünfte steuerlich ausweist, die sie als unabhängiges Unternehmen unter vergleichbaren Umständen erzielt hätte. Sollten die vorgeschlagenen Methoden nicht zu einer sachgerechten Abgrenzung der Gewinn führen, sollte es dem Steuerpflichtigen vorbehalten bleiben, eine andere sachgerechte Methode zu Allokation oder Aufteilung der Gewinne vorzuschlagen.<sup>265</sup> Einen konkreten Vorschlag für die Formulierung der Abkommenartikel zur internationalen Gewinnabgrenzung enthält der Carroll Report nicht.<sup>266</sup> Auf der Grundlage des Carroll Report wurde indes das Musterabkommen der League von 1935 formuliert, welches Artikel zur internationalen Gewinnabgrenzung enthielt. Dieses Musterabkommen wurde zwar formal nie von der League angenommen, aber legte die Grundlage des heutigen Verrechnungspreissystems unter Art. 9 OECD-MA.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter XII, S. 198 ff.

<sup>265</sup> Vgl. i.Einz. Carroll Report, Chapter XII, S. 202 f.

<sup>266</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 213: „As the very purpose of the allocation regime is to prevent the double taxation resulting from two countries claiming tax on the same profits on grounds of source, it is essential that the two (or more) countries in which there are establishments co-operating in the production of income should be in accord as to the method of dividing it between them. To avoid disputes, the contemplated treaty should indicate the method considered most satisfactory for a particular type of establishment, for example, the independent commission basis for the ordinary sales branch. When the circumstances are such that either the commission basis or the independent dealer price might be used, obviously the taxpayer, assuming its tax integrity to be above reproach, can best decidewhich method is most appropriate to employ. The method selected by the taxpayer must of course be acceptable to the tax authorities of the country in which the given establishment is situated. The authorities of that country should have the prior right to determine its reasonableness, in the light of the treaty provisions, because they have full jurisdiction over the activities of the establishment. It is only in the case where the method, or the rate of commission or dealer's price is clearly unreasonable that the other administration (ordinarily that of the country of fiscal domicile) should object. Obviously, if the taxpayer prefers recourse to fractional apportionment of the joint income of two or more establishments it should secure agreement from all interested administrations concerning the factors to be employed. If two or more administrations make assessments which overlap, the taxpayer should appeal, in the ordinary manner against the assessment which, according to the letter or the spirit of the convention, is excessive. If the claims of both administrations are excessive, it should be permitted to request the administration of the country of fiscal domicile to communicate with that of the other country, or if the administrations involved are both foreign, it should be allowed to request both of them to endeavour to come to an equitable settlement. If the dispute cannot thus be settled by agreement between the interested administrations, the taxpayer should be permitted to appeal, either through the Government of the country of its fiscal domicile, or directly, to some factual commission appointed by the League of Nations or to the Permanent Court of International Justice.”

<sup>267</sup> Vgl. League of Nations, Fiscal Committee: Report to the Council on the Fifth Session of the Committee C.252.M.124.1935.II.A.: „Article VI --- When an enterprise of one contracting State has a dominant participation in the management or capital of an enterprise of another contracting State, or when both enterprises are owned or controlled by the same interests, and as the result of such situation there

## **bb) Einordnung des Carroll Report**

Der Carroll Report brachte die Schließung der Lücke, die in Bezug auf die internationale Gewinnabgrenzung in den Draft Treaties Ia-Ic von 1928 bestanden hatte. Eingedenk der systematischen Grundlage der Draft Treaties Ia-Ic, unternehmerische Gewinn vorrangig demjenigen Staat zuzuordnen, in dem sie wirtschaftlich generiert wurden, basiert der Carroll Report das Gewinnabgrenzungssystem auf eine wertende Betrachtung der vorgefundenen Wertschöpfungsprozesse, damals regelmäßig vertikale Integrationsverhältnisse zur Ressourcenerschließung bzw. zur Herstellung („backward vertical“) oder zum grenzüberschreitenden Absatz von Waren („forward vertical“). Bei dieser Betrachtung der Wertschöpfungsprozesse wird regelmäßig mit dem relativen Wert der Einzelfunktionen für das Unternehmen argumentiert. Jede Einheit soll nach dem Carroll Report eine individuelle, funktionsangemessene Vergütung erhalten, nicht pauschal am konsolidierten Gesamtgewinn beteiligt werden. Dieses System der funktionsangemessenen Vergütungen auf der Grundlage eigener Steuerbilanzen bezeichnet der Carroll Report als „separate accounting approach“. Die Ermittlung der funktionsangemessenen Vergütungen unter dem „separate accounting approach“ war regelmäßig von den ermittelbaren Marktpreisen für die konkret erbrachten Leistungen beeinflusst, aber nicht zwingend auf die Ermittlung eines Marktpreises festgelegt. Die funktionsangemessene Vergütung wird vielmehr offener formuliert als diejenige, die die lokale Einheit als unabhängiges Unternehmen unter vergleichbaren Umständen erzielt hätte, was sich anhand verschiedentlich Methoden ermitteln lasse („various methods“). Diese vergleichbaren Umstände beziehen das konkrete Risiko- und Funktionsprofil und externe wirtschaftliche Umstände ein. Bei der Betriebsstättengewinnabgrenzung zeigt der Carroll Report in Bezug auf die Methodenwahl einen pragmatischen Vorrang des „separate accounting“, zeigt sich aber offen für die Anwendung empirischer Methode und in Ausnahmefällen sogar des „fractional apportionment“. Bei der Gewinnabgrenzung für Tochtergesellschaften geht der Carroll Report von einer Feststellbarkeit des Risiko- und Funktionsprofils durch die selbstständige rechtliche Inkorporation aus, zeigt sich aber in Bezug auf die Einzelheiten unbestimmt; insbesondere wird das Verhältnis der zivilrechtlichen Verträge zur „nature of the activi-

---

exists, in their commercial or financial relations, conditions different from those which would have been made between independent enterprises, any item of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to the other enterprise, shall be entered in the accounts of such former enterprise, subject to the rights of appeal allowed under the law of the State of such enterprise.”

ties“ sowie die Überprüfung anhand der „sound business principles“ nicht näher betrachtet. Ob der Methodenpragmatismus, den der Carroll Report in Bezug auf Betriebsstätten zeigt, analog für Tochtergesellschaften Anwendung finden kann, wenn sich für deren Geschäftsbeziehungen keine Vergleichswerte ermitteln lassen, bleibt unklar; war aber ggf. auf der Grundlage der einfachen vertikalen Integrationsverhältnisse, die zur Zeit des Carroll Reports typisch waren, wohl noch nicht virulent.<sup>268</sup>

## **b) Die Musterverträge der League of Nations von 1943/46**

Das Musterabkommen der League of Nations von 1935 auf der Grundlage des Carroll Report wurde vom Fiscal Committee der League of Nations zwar nicht angenommen, aber zur Grundlage der Musterverträge von 1943 („Mexico Model“) und 1946 („London Model“).<sup>269</sup> Während das Mexico Model als Muster der kapitalimportierenden Staaten dienen sollte, grundsätzlich die Quellensteuerrechte stärkte und der Vorgänger des UN-Musterabkommens gilt, war das London Model das Muster der kapitalexportierenden Staaten, durch eine starke Ansässigkeitsbesteuerung gekennzeichnet und gilt als Vorgänger des OECD-Musterabkommens. Dessen ungeachtet enthielten beide Musterabkommen in Art. VI und Art. VII des jeweiligen Protokolls beinahe identische<sup>270</sup> Artikel zur internationalen Gewinnabgrenzung<sup>271</sup> und die League of Nations veröffentlichte eine gemeinsame Kommentierung beider Vertragstexte.<sup>272</sup>

Artikel VI der Protokolle enthielt die pragmatische Methodenhierarchie für die Betriebsstättenkontellation, die der Carroll Report erarbeitet hatte. An eine Betriebsstätte sollten demnach diejenigen Einkünfte allokiert werden „which it might be expected to derive, if it were an independent enterprise engaged in the same or similar activities, under the same or similar conditions. Such net income will, in principle, be determined on the basis of the separate accounts pertaining to such establishment<sup>273</sup>“. Dies könne eine Berichtigung der „prices or remunerations entered in the books at the value which

---

<sup>268</sup> Vgl. Addressing BEPS, S. 47: „[I]nternationally agreed standards are still grounded in an economic environment characterised by a lower degree of economic integration across borders, rather than today’s environment of global taxpayers, which is characterised by the increasing importance of intellectual property as a value-driver and by constant developments of information and communication technologies.“

<sup>269</sup> Vgl. *Carroll*, Benefits for American Investors and Enterprises Abroad: Part I, *The International Lawyer*, Vol. 2, No. 4, S. 692, 721.

<sup>270</sup> Art. VII Protocol Mexico Model enthielt einen zusätzlichen Halbsatz, der Rechtsmittel („rights of appeal“) nur nach dem Recht des Ansässigkeitsstaates der Tochtergesellschaft, zuließ.

<sup>271</sup> Vgl. Art. VI und VII Protocol Mexico/London Model.

<sup>272</sup> Vgl. League of Nations Fiscal Committee London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text, C.88.M.1946.II.A. („Commentary London/Mexico Model“).

<sup>273</sup> Vgl. Art. VI Abs. 1 lit. A. London/Mexico Model.

would prevail between independent persons dealing at arm's length<sup>274</sup>“ erfordern. War dieses „separate accounting“ nicht möglich, konnte insbesondere etwa die Berichtigung der Preise nicht durch einen Fremdvergleich korrigiert werden, sollten die Einkünfte durch eine empirische Methode ermittelt werden, d.h. „by applying a percentage to the gross receipts of that establishment. This percentage is fixed in accordance with the nature of the transactions in which the establishment is engaged and by comparison with the results obtained by similar enterprises operating in the country.<sup>275</sup>“ Waren diese Methoden nicht praktikable („inapplicable“), sollte subsidär, wie im Carroll Report erarbeitet, auch ein „fractional apportionment“ Anwendung finden können, d.h. „the net business income of the permanent establishment may be determined by a computation based on the total income derived by the enterprise from the activities in which such establishment has participated.<sup>276</sup>“ Sollte diese Methodenhierarchie *nicht* zu einer „fair allocation of income“ führen, waren Steuerbehörden ermächtigt „to agree upon a method that will prevent double taxation.<sup>277</sup>“ Gerade dieser Auffangtatbestand macht deutlich, dass die Zielsetzung der Gewinnallokation nicht in der Durchsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes *per se* bestand, sondern dieser ein Mittel eines an „fairness“ und Praktikabilität ausgerichteten Systems war, das pragmatisch eigenständige steuerliche Ergebnisse entsprechend dem relativen wirtschaftlichen Gewicht der jeweiligen Beiträge für das Unternehmen ermitteln sollte.<sup>278</sup>

Für die Tochtergesellschaftskonstellation blieb es, wie im Mustervertrag von 1935, bei der etwas unergiebigem Beschränkung auf einen Fremdvergleich, ohne klare Maßgabe wie dieser tatsächlich durchzuführen ist, insbesondere wenn keine Vergleichswerte ermittelbar sind. Art. VII der Protokolle zu den Musterabkommen 1943/46 lautete:

---

<sup>274</sup> Vgl. Art. VI Abs. 1 lit. B. London/Mexico Model.

<sup>275</sup> Vgl. Art. VI Abs. 1 lit. C. London/Mexico Model.

<sup>276</sup> Vgl. Art. VI Abs. 1 lit. D. London/Mexico Model.

<sup>277</sup> Vgl. Art. VI Abs. 5. London/Mexico Model.

<sup>278</sup> Vgl. Commentary London/Mexico Model, S. 15: „From a general point of view, it is sometimes argued that, when goods are bought in a country, the profits should be divided between the two functions of purchase and sale just as they are divided between manufacture and sale. It is added that to exempt purchasing establishments of foreign enterprises would constitute a discrimination against domestic exporters. On the other hand, it has been pointed out that the act of purchasing in itself yields no profits. *Indeed, unlike producing, converting, processing, manufacturing, sorting, preserving, assembling, packing and transporting, a purchase adds no value to the thing bought. Consequently, it seems that the taxation of a so called purchasing profit by the country where the purchasing establishment is situated, except perhaps when income is attributed to a purchasing establishment on a commission basis—i.e. , as if that establishment were an independent agent working for a foreign firm—would give an extraterritorial scope to its income tax.*“ (Kursiv hinzugefügt)

„When an enterprise of one contracting State has a dominant participation in the management or capital of an enterprise of another contracting State, or when both enterprises are owned or controlled by the same interests, and, as the result of such situation, there exist in their commercial or financial relations conditions different from those which would have existed between independent enterprises, any item of profit or loss which should normally have appeared in the accounts of one enterprise, but which has been, in this manner, diverted to the other enterprise, shall be entered in the accounts of such former enterprise[, subject to the rights of appeal allowed under the laws of the State of such enterprise].<sup>279</sup>”

### **c) Der Entwurf des OECD-Musterabkommens von 1963 und das OECD-Musterabkommen von 1977**

Der Wortlaut des Art. 9 OECD-Musterabkommen wurde ohne eine erkennbare Fortentwicklung der Dogmatik der Gewinnabgrenzung entworfen. Art. 9 der Draft Double Tax Convention on Income and Capital 1963 ersetzte nur die Wendung der „diverted profits“ durch die offenerere Wendung „profits which would but [...] have not so accrued“. Ob dies eine gegenüber der bloßen Missbrauchsvermeidung durch den Ansatz von Marktpreisen weitergehende Berichtigungsmöglichkeit impliziert, ist unklar, aber eher nicht der Fall. Die Kommentierung lässt diesen Schluss zwar zu, da der Telos des Artikels mit der Erfassung der „true taxable profits arising in that country“ angegeben wird, der Fremdvergleich dafür ist, wie im Betriebsstättenfall deutlich wurde, nur ein Mittel, aber nicht notwendigerweise selbst der Maßstab für die Feststellung, was das „wahre Einkommen“ ist. Die Kommentierung hält Art. 9 für „evidently appropriate“, so dass keine Notwendigkeit zu weiteren Ausführungen gesehen wird.<sup>280</sup> Bekräftigt wird nur umgekehrt, dass die Berichtigung von Steuerbilanzen ausgeschlossen ist, wenn die Transaktionen zwischen den verbundenen Unternehmen „have taken place on normal open market commercial terms“, die Kommentierung der OECD von 1977 fügte diesem Satzteil den allein Klammerzusatz „(on an arm’s length basis)“ hinzu.<sup>281</sup>

### **d) Zusammenfassung zur Entstehungsgeschichte des Art. 9 OECD-MA**

Die Analyse der Entstehungsgeschichte des Art. 9 ergibt, dass dieser in einer Gesamtkonstruktion der Musterabkommen errichtet wurde, die ausgehend von der Theorie der „economic allegiance“ (i) von einer Quellenbesteuerung unternehmerischer Einkünfte ausgeht, (ii) die Wichtigkeit der konkreten ökonomischen Beiträge der Unternehmens-

---

<sup>279</sup> Der [letzte Halbsatz] findet sich nur in Art. VII Protocol Mexico Model.

<sup>280</sup> Vgl. OECD Draft Double Tax Convention on Income and Capital, 1963, S. 93: „[T]he article seems to call for very little comment.“

<sup>281</sup> Vgl. OECD Draft Double Tax Convention on Income and Capital, 1977, S. 88.

einheiten zur Gewinngenerierung als Grund für die Quellenbesteuerung heranzog, (iii) die Ermittlung des jeweiligen Beitragswertes der Höhe nach auf der Grundlage tatsächlicher Verhältnisse und auf Praktikabilitätsabwägungen stützen wollte, (iv) den Fremdvergleichsgrundsatz in Betriebsstättenkonstellationen nur als vorrangige Methode einer pragmatischen Methodenhierarchie etablierte, aber (v) in Tochtergesellschaftskonstellationen offenließ, wie die konkrete Gewinnabgrenzung erfolgen sollte, welche konkrete Rolle Verträge zukommen und welche Methode der Gewinnabgrenzung angewendet werden sollte, wenn Fremdvergleichswerte nicht ermittelbar sind. Diese Unklarheit bei Tochtergesellschaften war scheinbar eine Folge der – u.U. bei Erstellung des Carroll Reports zeitgemäßen – Annahme, aufgrund der rechtlichen Gestaltbarkeit der Geschäftsbeziehung zwischen den Entitäten in relativ einfachen vertikalen Integrationsverhältnissen, würden sich die ausgeübten Funktionen deutlich trennen lassen und infolge dieser Trennbarkeit der Funktionen regelmäßig auch Fremdvergleichswerte finden lassen.<sup>282</sup> Bei der Betriebsstättengewinnallokation sollte der Fremdvergleich keine Anwendung finden, wenn dieser nicht praktikabel war, etwa weil sich Fremdvergleichswerte nicht finden ließen und grundsätzlich keinerlei Gewinne an konzernspezifische Unternehmensfunktionen, deren Gewinnauswirkungen nur mittelbar sind und für die sich daher strukturell keine Vergleichswerte ermitteln lassen würden (z.B. Forschung und Entwicklung oder Marketingaktivitäten). Zuletzt sollte (vi) der Residualgewinn nach Abgeltung der Einzelfunktionen an die Muttergesellschaft allokiert werden, nicht als bloßer Reflex, sondern weil dort die wichtigsten („most vital“<sup>283</sup>) Unternehmensfunktionen, insbesondere die Kontrollfunktionen ausgeübt und die wichtigen Entscheidungen getroffen werden („which make or break the enterprise“<sup>284</sup>) und die Risiken der Unternehmensgruppe radiziert sein werden.

### **3. Befunde für die Anforderungen an das Verrechnungspreissystem**

Der historische Inhalt des Art. 9 OECD-MA ist dadurch nicht abschließend klar. Einerseits wurde das Verrechnungspreissystem bewusst in das „classification and as-

---

<sup>282</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 170: „As the conduct of business between a corporation and its subsidiaries on the basis of dealings with an independent enterprise *obviates all problems of allocation*, it is recommended that, in principle, subsidiaries be not regarded as permanent establishments of an enterprise but treated as independent legal entities; and if it is shown that inter-company transactions have been carried on in such a manner as to divert profits from a subsidiary, the diverted income should be allocated to the subsidiary on the basis of what it would have earned had it been dealing with an independent enterprise.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>283</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 192.

<sup>284</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 192.

signment“ einbettet und anhand der Maßgaben, die diesem System zugrundeliegen, insbesondere der „economic allegiance“ gewerblicher Einkünfte, erarbeitet. Dementsprechend stellte der Carroll Report eine Betrachtung der relativen Werthaltigkeiten der Unternehmensfunktionen für die interne Wertschöpfung in der Unternehmensgruppe an. Dabei wurde die Wichtigkeit der unternehmerischen Kontrollfunktionen innerhalb der Gruppe und die Risikotragung – wie im „entrepreneur“ Konzept von *Frank Knight*<sup>285</sup> – verwendet, um die Residualgewinne, die nach Abzug der Vergütungen für Funktionen von untergeordneter Wichtigkeit verbleiben, an das Stammhaus zu allokkieren. Zur Zeit des Carroll Reports waren grenzüberschreitende Unternehmensfunktionen dabei relativ einfache Formen von „backward“ oder „foreward“ vertikalen Integrationsverhältnissen, für die sich typischerweise Vergleichswerte finden ließen. Der Fremdvergleich war in diesem Kontext eine realitätsgerechte Näherung an den relativen Funktionswert für die interne Gesamtwertschöpfung.<sup>286</sup> Andererseits wurde die interne Wertschöpfung nicht ausdrücklich in Art. 9 OECD-MA aufgenommen, auch wenn dieser gegenüber den Vorgängernormen von 1943/46 nicht mehr auf die von Carroll nur im Zusammenhang mit „willkürlichen“ Preisen verwendete Formulierung „diverted profits“ rekurrierte, sondern auf „nicht realisierte“ Gewinne, welche als die „wahren Einkünfte“ der Unternehmenseinheit verstanden wurden. Es blieb offen, wie die Funktionsanalyse konkret durchgeführt und welche Verrechnungspreismethode angewendet werden sollte, wenn sich Vergleichswerte nicht finden ließen und somit die näherungsweise Realitätsgerechtigkeit des Fremdvergleichsgrundsatzes widerlegt ist. Im Betriebsstättenkontext sollte der Fremdvergleich dann keine Anwendung finden; offenblieb die Übertragung dieser Grundsätze auf Tochtergesellschaften.

Dieser Uneindeutigkeiten ungeachtet ist das übergeordnete Ziel des Carroll Reports und der auf diesem aufbauend formulierten Abkommensartikel zur internationalen Gewinnabgrenzung die Erfassung einer individuellen, funktionsadäquaten Vergütung, die sich an dem Entgelt orientiert, dass die jeweilige Unternehmenseinheit als eigens-

---

<sup>285</sup> Zur Gewinntheorie *Frank Knights* ausf. unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

<sup>286</sup> Dies gilt noch heute. Verkauft etwa ein Gesellschafter ein am Markt offen gehandeltes Wirtschaftsgut, etwa ein Auto, an seine Gesellschaft für einen Preis, der von dem tatsächlichen Marktpreis abweicht, allokkiert der Fremdvergleichsgrundsatz die Vermögensänderungen zutreffend an die Vermögenssphären, zu den sie gehören. Der Fremdvergleich erfasst in diesen einfachen Fällen zutreffend die Wertverschiebungen, m.a.W. führt zu einer Zuweisung von Wertschöpfungsanteilen an die Beteiligten. Probleme entstehen erst, wenn sich kein *tatsächlicher* Marktpreis ermitteln lässt. Wird ein Marktpreis dann simuliert, entsteht das „continuum price problem“, vgl. zu diesem i.Einz. *Langbein*, Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 625, 654 ff.

tändiges Unternehmen für die Ausübung vergleichbarer Funktionen unter vergleichbaren Umständen erzielt hätte. Die Vergleichbarkeit der Umstände wurde – eingedenk des „classification and assignment approach“ folgerichtig – durch den internen, relativen Wert der ausgeübten Funktionen für das Unternehmen geprägt. Der Carroll Report war bestrebt diesen relativen Wert möglichst realitätsgerecht abzubilden. Das von der OECD/G20 entwickelte Paradigma, die Verrechnungspreisergebnisse mit der Wertschöpfung zusammenzuführen, ist eine historisch, systematisch und teleologisch valide Anforderung an das Gewinnabgrenzungssystem des Art. 9 OECD-MA.<sup>287</sup>

### III. Leistungsfähigkeitsgerechte Besteuerung

Grundlage der nationalen Ertragsbesteuerung ist die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.<sup>288</sup> Fraglich ist, ob aus diesem Prinzip Anforderungen an die internationale Steuerkoordination folgen.<sup>289</sup> Für die Economic Experts 1923 war die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausschlaggebend für die Favorisierung die ausschließe Besteuerung im Ansässigkeitsstaat, allein dieser könne das Gesamteinkommen ermitteln und persönlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen angemessen berücksichtigen.<sup>290</sup> Der von den Technical Experts 1925 durchgesetzte „classification and assignment approach“, der Quellensteuerrechte anerkennt, durchbricht diese Grundlage eines leistungsfähigkeitsbasierten internationalen Steuersystems.<sup>291</sup> Die Quellenbesteuerung unternehmerische Einkünfte basiert auf der Idee der „economic allegiance“, die der Verteilungsgerechtigkeit zwischen Staaten dient, nicht der Verwirklichung persönlicher Gerechtigkeitserwägungen des Steuerpflichtigen.<sup>292</sup> Staaten können unternehmerische Einkünfte nicht nur besteuern, wenn dies durch Leistungsfähigkeitserwägungen gerechtfertigt ist.<sup>293</sup> Internationale Verteilungsgerechtigkeit ist ein zum Leistungsfähigkeitsprinzip komplementäres Prinzip.<sup>294</sup>

---

<sup>287</sup> Vgl. zur Entstehung und den verschiedenen Konnotationen des Paradigmas oben, Kapitel I, Abschnitt I, G.III.4.

<sup>288</sup> Vgl. i.Einz. *Hey* in Tipke/Lang, 21. Aufl., § 3 Rn. 40 ff.

<sup>289</sup> Vgl. *Schön*, Second Best, Part I, S. 72, „relevance ... for shaping the international tax order is vague and controversial“. *Elicker* in Blümich AStG, Vorbem. Zu § 1 AStG, 135. Aufl., Rn. 11 „Bedeutung ... bis heute unbeantwortet“; sowie a.a.O., Rn. 15 „grundsätzliche Zweifel an Brauchbarkeit“.

<sup>290</sup> Siehe oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.1.a.

<sup>291</sup> Siehe oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.1.b.

<sup>292</sup> Vgl. *Schaumburg* in FS Tipke, S. 125 ff.

<sup>293</sup> Vgl. *Schön*, Tax Coordination for a Second Best World (Part 1), World Tax Journal, 2009, 69, 73.

<sup>294</sup> Vgl. *Hey* in Tipke/Lang, 21. Aufl., § 3 Rn. 45. Soweit ersichtlich versucht nur *Schoueri* aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip Maßgaben für das Verrechnungspreissystem abzuleiten, vgl. *Schoueri*, Arm's Length: Beyond the OECD Guidelines, Bulletin for International Taxation, 2015, Vol. 69, No. 12: „Equality requires, however, that taxpayers may be compared, i.e. that there must be conditions to

#### IV. Trennungsgrundsatz und Veranlassungsprinzip

Der Trennungsgrundsatz bildet die Grundlage der Ertragsbesteuerung und fordert die Trennung der Vermögenssphären der Körperschaft und ihrer Gesellschafter; die Vermögenssphären werden gesondert besteuert und sind daher voneinander abzugrenzen.<sup>295</sup> Diese Trennung wird durch das Veranlassungsprinzip verwirklicht; Vermögensänderungen eines Steuerpflichtigen sind darauf zu untersuchen, ob sie durch die steuerbarer Tätigkeit des Steuerpflichtigen erwirtschaftet sind (Veranlassungsprinzip).<sup>296</sup> Nach dem wirtschaftlich geprägten Veranlassungsprinzip sind Einkünfte und Aufwendungen der Vermögenssphäre zuzuordnen, in der ihr „auslösendes Moment“ radiziert ist. Im Anwendungsbereich des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG wird der Fremdvergleichsgrundsatz als normativer Bestandteil der Veranlassungsprüfung bzw. als Beweiszeichen;<sup>297</sup> der „unbeschadet anderer Vorschriften“ anwendbare § 1 AStG basiert ausdrücklich auf dem Fremdvergleichsgrundsatz. Trennungsgrundsatz und Veranlassungsprinzip sind also abhängig von der Durchführung eines Fremdvergleichs;

---

compare taxpayers under a relevant criterion. Profits are regarded as an adequate proxy to compare taxpayers' ability to pay. This is true if companies' profits are calculated using the same rules. It would be unacceptable, under the ability-to-pay principle, to compare profits of two companies if these were computed in, for example, different currencies. One would immediately require a conversion of one currency into the other to determine which company earned more. *Transfer pricing legislation essentially deals with this. It recognizes that, while the profit reflected in the accounts of a company may be a good proxy to determine the ability to pay of a company acting in market conditions, the same is not necessarily true for companies trading with related parties.* The numbers regarding the latter do not reflect income, at least not the same income that would be realized in market conditions. *In summary, profits, as a net result of all transactions of a company, are an adequate proxy for the ability to pay as far for a company trading in market conditions.* In the absence of such conditions, profits, rather, reflect, inter alia, the bargaining power of a group entity, which may be able to compel its related parties to trade under imposed conditions, which may differ from market ones. Such bargaining power has nothing to do with the ability of the entity to create income. Companies with weak bargaining positions may, therefore, suffer losses that do not reflect their economic activities. *In these terms, the rationale behind the ALS is obvious. It may be claimed to be the key for converting transactions among related parties to transactions in market conditions.* In other words, *the very rationale of the transfer pricing legislation is to provide for income derived by companies trading with related parties to be measured according to the same parameters employed to determine the income of independent parties.* As the latter are taxed according to the profit derived from transactions in market conditions, transfer pricing legislation is intended to convert to market those profits reflecting transactions within a group. From such a perspective, one could consider that there is a reason behind the choice of the ALS, as it has been seen as an adequate key to “convert” profits of related parties into market profits, thereby allowing the principle of equality to work.” (Kursiv hinzugefügt) M.E. ist diese Argumentation im Ansatz verfehlt; das Leistungsfähigkeitsprinzip knüpft *am Ergebnis* aus Erwerbstätigkeiten (d.h. die tatsächlich hinzuerworbene Erwerbskraft) an und vergleicht diese, *nicht die Form der Erwerbstätigkeit* (d.h. der Transaktion, wie sie vom Steuerpflichtigen strukturiert wurde) oder typisierten Ergebnisses (d.h. der typische Marktgewinn). Wenn Unternehmen unterschiedlich hohe Erträge aus derselben Tätigkeit realisieren könnten, entspricht es dem Leistungsfähigkeitsprinzip dieses tatsächliche Ergebnis zu besteuern.

<sup>295</sup> Vgl. Hey in Tipke/Lang, 21. Aufl., § 11, Rn. 1, 45f.

<sup>296</sup> Vgl. Gosch in Gosch-KStG, 3. Aufl., § 8 Rn. 156 ff.

<sup>297</sup> Vgl. i.Einz. Gosch in Gosch-KStG, 3. Aufl., § 8 Rn. 288.

ferner stehen diese nationalen Ermächtigungsnormen unter dem Schrankenvorbehalt etwaig anwendbarer DBA, die regelmäßig auf Art. 9 OECD-MA basieren werden.<sup>298</sup>

## V. Dispositionsfreiheit

Tatsächliche Leistungsbeziehungen sind steuerlich prinzipiell anzuerkennen und der Besteuerung zugrunde zu legen.<sup>299</sup> Die dem Steuerpflichtigen zustehende Dispositionsfreiheit verbietet es grundsätzlich, Transaktionen, die tatsächlich erfolgt sind, für Verrechnungspreiszwecke nicht anzuerkennen.<sup>300</sup> Dies gilt auch, wenn die gewählte Struktur eine höhere Besteuerung vermeidet; kein Steuerpflichtiger ist gezwungen, absichtlich eine Steuerlast zu erzeugen. Während es außer Frage steht, dass Unternehmen bei der Gestaltung ihrer Transaktionen Dispositionsfreiheit genießen, ist im Bereich der Verrechnungspreise – außerhalb von § 42 AO<sup>301</sup> – nicht ohne Weiteres klar, woran die steuerrechtliche Beurteilung, was der konkrete Inhalt der Disposition ist, die es zu respektieren gilt, geknüpft werden muss. Einerseits könnte man aus der Rechts- und Steuersubjektfähigkeit der einzelnen gruppenangehörigen Gesellschaft folgern, dass die vertraglichen Abreden den Inhalt der Disposition determinieren. Andererseits knüpft das Steuerrecht typischerweise an wirtschaftliche Gehalte an und es entspricht gerade dem Wesen der Einkünftekorrekturen, vertragliche Abreden, zu denen auch der Preis für eine Leistung zählt, zu überlagern und durch die gesetzgeberische Wertung, die in den Einkünftekorrekturvorschriften ausgedrückt ist, zu ersetzen.

## VI. Kontinuität zwischen Gestaltungsalternativen

*Schön* zog aus seiner Untersuchung der Grundlagen der internationalen Steuerkoordination den Schluss, eindeutige Aufteilungsprinzipien, die sich rechtssicher und folgerichtig ausgestaltet lassen, seien im internationalen Steuerrecht nicht vorhanden.<sup>302</sup> Nach *Schön* ist in Ermangelung derartiger Prinzipien eine Steuerkoordination geboten, die insofern „kontinuierlich“ ist als wirtschaftlich ähnliche Aktivitäten im Ergebnis ähnlich besteuert werden und voneinander abweichende Aktivitäten entsprechende

---

<sup>298</sup> Vgl. BFH v. 11.10.2012 – I R 75/11, BStBl II 2013, 1046; BFH v. 17.12.2014 – I R 23/12, BStBl II 2016, 261; sowie BFH v. 24.06.2015 – I R 29/14, BStBl II 2016, 258. Ausf. zu den Urteilen unten, Kapitel II, Abschnitt II, B.II.

<sup>299</sup> Vgl. *Hey* in Tipke/Lang, 21. Aufl., § 11, Rn. 46.

<sup>300</sup> Vgl. *Wassermeyer*, Modernes Gesetzgebungsniveau am Beispiel des Entwurfs zu § 1 AStG, DB 2007, 535 ff.

<sup>301</sup> Vgl. zum Verhältnis der verdeckten Gewinnausschüttung zu § 42 AO *Gosch* in *Gosch-KStG*, 3. Aufl., § 8 Rn. 192 („weitgehend ungeklärtes Niemandsland“); vgl. a. *Hey*, DStR-Beih. 2014, 8 ff.

<sup>302</sup> Vgl. a. *Elicker* in *Blümich AStG*, 128. Aufl., 2015, Vorbm. Zu § 1 AStG, Rn. 11 ff. M.E. sollte die Figur der „economic allegiance“ als Leitstern einer prinzipienbasierten Steuerkoordination dienen.

ihrer Andersartigkeit unterschiedlich.<sup>303</sup> Dieser Kontinuitätsgrundsatz soll fließende Übergänge in den steuerlichen Rechtsfolgen zwischen einem Kontinuum an Strukturierungsmöglichkeiten sicherstellen, kleine Unterschiede in den steuerlichen Gestaltungen sollten nicht zu großen Sprüngen in den steuerlichen Rechtsfolgen führen.<sup>304</sup> Insbesondere die bereits angerissene Frage, ob Betriebsstätten und Tochtergesellschaften steuerlich gleichbehandelt werden sollten und vertragliche Bedingungen maßgeblich sein müssen, folgt aus diesem Ansatz. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen Gestaltungsvarianten ist die zivilrechtliche für *Schön* Haftungstrennung. *Schön* stellt daher die Frage, inwiefern steuerliche Rechtsfolgen gerade mit dieser Haftungsbeschränkung korrelieren.<sup>305</sup> Im Fall von Leistungsbeziehungen zwischen Stammhaus und Betriebsstätte wird, anders als zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, der Inhalt der Leistungsbeziehungen nicht durch die vertraglichen Abreden bestimmt,<sup>306</sup> daher gehe eine Gleichbehandlung von Leistungsbeziehungen zwischen Kapitalgesellschaften und „dealings“ mit Betriebsstätten „zu weit“.<sup>307</sup><sup>308</sup>

## VII. Spiegelbildlichkeit von Betriebsausgabenabzug und Gewinnausweis

Von besonderer Bedeutung ist der systematische Gleichlauf von Gewinn- und Verlustzuweisungen durch das internationale Gewinnabgrenzungssystem. Das Gewinnabgrenzungssystem muss auch mit „umgekehrten Vorzeichen“ funktionieren. Die OECD-Leitlinien setzen sich das Ziel, ein System zur Allokation von „income and expenses“<sup>309</sup> zu entwerfen.<sup>310</sup> Insbesondere bei der kommerziellen Entwicklung und

---

<sup>303</sup> Vgl. *Schön*, International Tax Coordination for a Second Best World (Part 1), World Tax Journal, 2009, 69, 94 ff.

<sup>304</sup> Vgl. *Schön*, Zur Zukunft des Internationalen Steuerrechts, Forum der Internationalen Besteuerung, Band 40, S. 1, 14 ff.; ausf. *Schön*, Tax Coordination for a Second Best World (Part 1), World Tax Journal, 2009, 69, 94 ff.

<sup>305</sup> Vgl. *Schön*, Zur Zukunft des Internationalen Steuerrechts, Forum der Internationalen Besteuerung, Band 40, S. 1, 19. Zu *Schön*'s Sicht auf Verträge noch unten, Kapitel III, Abschnitt I, C.IV.3.

<sup>306</sup> Vgl. *Schön*, Tax Coordination for a Second Best World (Part 1), World Tax Journal, 2009, 69, 112 ff.

<sup>307</sup> Vgl. *Schön*, Zur Zukunft des Internationalen Steuerrechts, Forum der Internationalen Besteuerung, Band 40, S. 1, 21.

<sup>308</sup> A.A. *Vincent*, Transfer Pricing and Attribution of Income to Permanent Establishments: The Case for Systematic Global Profit Splits (Just Don't Say Formulary Apportionment), Canadian Tax Journal, 2005, 409, 411 (“It only makes sense to apply the same principle in both situations”).

<sup>309</sup> OECD-Leitlinien 2010, Preface, S. 17.

<sup>310</sup> Der auch die Bundesregierung hatte in der Begründung des Entwurfes des Unternehmenssteuergesetzes 2008 das „Spiegelbildlichkeitsargument“ verwendet, um die Anwendung des „Ertragswertverfahrens“ bei Funktionsverlagerungen zu rechtfertigen. Vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 85: „Eine Lizenzierung immaterieller Wirtschaftsgüter wird schon derzeit häufig praktiziert und es entspricht internationalen Grundsätzen (OECD), den Verrechnungspreis im Ertragswertverfahren, d. h. auf Basis der voraussichtlichen Erträge aus dem überlassenen Wirtschaftsgut, zu bestimmen. Diesen Grundsätzen folgen viele Länder, auch die EU-Mitgliedstaaten. Das Ertragswertverfahren ist auch für Funktionsver-

Nutzung von immateriellen Werten können die Anfangskosten hoch sein. Finanzverwaltungen zeigen die Tendenz, Betriebsausgaben nicht zum Abzug zulassen, aber Gewinne stets ansetzen zu wollen. Das Verrechnungspreissystem muss beide Situationen erfassen.<sup>311</sup> Auf diese Reziprozität ist bei immateriellen Werten besondere Sorgfalt zu legen, wenn die vertragliche Kosten- und Risikotragung im Entwicklungsprozess nicht als maßgeblicher Faktor akzeptiert wird, sondern eher der wirtschaftlichen, internen Wertschöpfung entsprechende Faktoren für die Gewinnzuweisung maßgeblich werden sollen; durch die Faktoren – etwa wichtige Personalfunktionen – könnten dann u.U. zunächst vor allem Betriebsausgabenabzüge ins Inland „geholt“ werden.

### **VIII. Kohärenz des Verrechnungspreissystems**

Das Verrechnungspreissystem muss kohärent sein. Innerhalb des Systems müssen einheitliche Prinzipien gelten und die Maßgaben für verschiedene Konstellationen, müssen, auch wenn bereichsspezifisch ausgestaltet, in sich widerspruchsfrei sein.

### **IX. Gleichlauf mit gesellschaftsrechtlichem Kapitalerhaltungsrecht?**

Das gesellschaftsrechtliche Kapitalerhaltungsrecht arbeitet bei der Feststellung, ob es zu einer Auszahlung des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens gekommen ist, die ihren Grund im Gesellschaftsverhältnis hat (*causa societatis*), ebenfalls mit einem Vergleich von Verkehrswert und Gegenleistung bzw. fragt, ob für eine Leistung gegen eine übliche und angemessene Gegenleistungen erfolgte.<sup>312</sup> Das Gesellschaftsrecht hat indes einen anderen Schutzbereich als die verdeckte Gewinnausschüttung, § 1 AStG und Art. 9 OECD-MA, so dass es inhaltliche Überschneidungen geben kann, aber kein zwingender, materiell-rechtlicher Gleichlauf angezeigt ist.<sup>313</sup>

### **X. Maßgaben aus internationalen Handelsabkommen**

Internationale Handelsabkommen können Auswirkungen auf das Steuerrecht haben, da dieses in den grenzüberschreitenden Leistungsverkehr eingreift. Insbesondere können Steuern „diskriminierend“ wirken oder gegen das Verbot von Ausfuhrsubventio-

---

lagerungen, die häufig immaterielle Wirtschaftsgüter umfassen, anzuwenden, *sofern die zukünftigen Gewinne auf vorherige Inlandsinvestitionen, die im Regelfall auch im Inland die Ertragsbesteuerung gemindert haben, zurückzuführen sind.*“

<sup>311</sup> Vgl. Herzfeld, Profit Shifts and Profit Splits: A Western View, Tax Notes Int'l., 2015, 383, 385.

<sup>312</sup> Vgl. statt aller Baumbach/Hopt GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn. 29.

<sup>313</sup> Vgl. m.w.N. Gosch KStG, 3. Aufl., § 8 Rn. 158.

nierungen verstoßen.<sup>314</sup> Anhang I des „Agreement on Subsidies and Countervailing Measures“ (ASCM), das Teil der WTO-Architektur ist, illustriert verbotene Ausfuhrsubventionen; dazu zählt die vollständige oder teilweise Freistellung von direkten Steuern auf den Export (Annex I, lit. (e) ASCM). Die WTO-Mitgliedstaaten bestätigen in diesem Kontext, dass Ausfuhrleistungen dem „Fremdvergleichsgrundsatz“ entsprechend besteuert werden müssen.<sup>315</sup> Unbeantwortet bleibt, was der konkrete Inhalt des Fremdvergleichs ist, auf den die WTO-Mitglieder dadurch Bezug nehmen.<sup>316</sup>

## **XI. Maßgaben aus bilateralen Investitionsschutzabkommen**

Ausländische Direktinvestitionen werden regelmäßig durch bilaterale Investitionsschutzabkommen (BIT) geschützt, die auch auf direkte Steuern Anwendung finden, sofern dies nicht ausgeschlossen wurde.<sup>317</sup> Nationale Steuergesetze können daher gegen BIT verstoßen, insbesondere gegen das Gebot der „Inländergleichbehandlung“ (Art. 3 Abs. 1 DE-MV 2009), sofern das konkret anwendbare BIT eine solche Klausel vorsieht.<sup>318</sup> Rechtliche oder faktische Ungleichbehandlungen eines ausländischen Investors gegenüber einem inländischen Investor sind demnach unzulässig. Durch die unterschiedlichen Rechtsnormen die auf Inländer (die nur durch die Figur der verdeck-

---

<sup>314</sup> Vgl. i.Einz. *Ernick*, Can the WTO Save the Arm's-Length Principle?, BNA Bloomberg, International Tax, 06.08.2014, [www.bna.com](http://www.bna.com); *Schön*, Destination-Based Income Taxation and WTO Law: A Note, Max Planck Working Paper 2016-03, Januar 2016.

<sup>315</sup> Vgl. Annex I ASCM: „The Members recognize that deferral need not amount to an export subsidy where, for example, appropriate interest charges are collected. The Members reaffirm the principle that prices for goods in transactions between exporting enterprises and foreign buyers under their or under the same control should for tax purposes be the prices which would be charged between independent enterprises acting at arm's length. Any Member may draw the attention of another Member to administrative or other practices which may contravene this principle and which result in a significant saving of direct taxes in export transactions. In such circumstances the Members shall normally attempt to resolve their differences using the facilities of existing bilateral tax treaties or other specific international mechanisms, without prejudice to the rights and obligations of Members under GATT 1994, including the right of consultation created in the preceding sentence. Paragraph (e) is not intended to limit a Member from taking measures to avoid the double taxation of foreign-source income earned by its enterprises or the enterprises of another Member.“

<sup>316</sup> Vgl. a. *Ernick*, Can the WTO Save the Arm's-Length Principle?, BNA Bloomberg, International Tax, 06.08.2014: „[I]mportant questions remain unanswered. For example, what does "arm's length" mean and who gets to decide that? Transfer pricing is known for being an "art" and not a "science," involving a large number of subjective determinations. Can a tax administration simply deem its rules to be consistent with the arm's-length principle, or could it be subject to detailed fact-finding in a WTO dispute settlement procedure? What if the rules themselves are arm's-length on their face, but a tax administration, for example, consistently uses the information to be provided by the new CBCR template to make transfer pricing adjustments on audit that are consistent with formulary apportionment? Could a single instance of doing so be enough to invoke dispute settlement proceedings at the WTO or would it have to be a consistent practice?“

<sup>317</sup> Vgl. i.Einz. *Knöller*, Die Bedeutung bilateraler Investitionsabkommen für das Recht der direkten Steuern, IStR 2008, 453, 454.

<sup>318</sup> Der chinesische Mustervertrag sehe dies etwa nicht vor, m.w.N. *Knöller*, Die Bedeutung bilateraler Investitionsabkommen für das Recht der direkten Steuern, IStR 2008, 453, 456.

ten Gewinnausschüttung reguliert werden) und Ausländern (die zusätzlich nach § 1 AStG geprüft werden) angewendet werden, erscheint eine Verletzung von BITs nicht grundsätzlich ausgeschlossen, ist jedoch im konkreten Einzelfall zu prüfen.<sup>319</sup>

## **XII. Maßgaben aus Europarecht**

Europarechtliche Grundfreiheiten können bei ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen von inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhalten verletzt sein. Für Verrechnungspreisregeln wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob durch die betreffenden Regelung Verhaltensweisen verhindert werden sollen, die geeignet sind, das Recht eines Mitgliedstaats auf Ausübung seiner Steuerhoheit für die in seinem Hoheitsgebiet durchgeführten Tätigkeiten zu gefährden<sup>320</sup> bzw. ob die nationale Maßnahme, die eine Grundfreiheit beschränkt, sich speziell auf rein künstliche Gestaltungen bezieht, die darauf ausgerichtet sind, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen.<sup>321</sup> Grundsätzlich verstoßen Verrechnungspreiskontrollen nach Ansicht des EuGH nicht gegen Europarecht.<sup>322</sup> Selektive Vergünstigungen bei der Verrechnungspreisermittlung können indes Art. 107 AEUV verletzen.<sup>323</sup>

---

<sup>319</sup> Knöller, Die Bedeutung bilateraler Investitionsabkommen für das Recht der direkten Steuern, IStR 2008, 453, 456, erkennt in Art. 3 Abs. 4 DE-MV 2005 eine Verdrängung des BIT durch anwendbares DBA, was jedenfalls nicht für den Mustervertrag von 2009 gesagt werden kann, der nur „Begünstigungen“ durch DBA von der „Meistbegünstigung“ ausschließt: „(4) Die nach diesem Artikel gewährte Behandlung bezieht sich nicht auf Vergünstigungen, die ein Vertragsstaat den Investoren dritter Staaten aufgrund eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen oder sonstiger Einkünfte über Steuerfragen gewährt.“

<sup>320</sup> EuGH C-311/08 („SGI“), Rn. 60

<sup>321</sup> Vgl. EuGH C-311/08 („SGI“), Rn. 65; sowie *Englisch*, Einige Schlussfolgerungen zur Grundfreiheitskompatibilität des § 1 AStG IStR 2010, 139, 141; *Schön*, Transfer Pricing, the Arm's Length Standard, and European Union Law, Max Planck Working Papers.

<sup>322</sup> Der EuGH fordert indes Folgendes, a.a.O. Rn. 71 f.: „Eine nationale Regelung, die eine Prüfung objektiver und nachprüfbarer Umstände vorsieht, damit festgestellt werden kann, ob ein geschäftlicher Vorgang eine rein künstliche Konstruktion zu steuerlichen Zwecken darstellt, geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung der Ziele hinsichtlich der Notwendigkeit, die Ausgewogenheit der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren, und der Notwendigkeit, Steuerumgehungen zu verhindern, erforderlich ist, wenn erstens in jedem Fall, in dem der Verdacht besteht, dass ein geschäftlicher Vorgang über das hinausgeht, was die betreffenden Gesellschaften unter Bedingungen des freien Wettbewerbs vereinbart hätten, dem Steuerpflichtigen, ohne ihn übermäßigen Verwaltungszwängen zu unterwerfen, die Möglichkeit eingeräumt wird, Beweise für etwaige wirtschaftliche Gründe für den Abschluss dieses Geschäfts beizubringen. Zweitens muss sich, wenn die Prüfung solcher Umstände zu dem Ergebnis führt, dass der in Rede stehende geschäftliche Vorgang über das hinausgeht, was die betreffenden Gesellschaften unter Bedingungen des freien Wettbewerbs vereinbart hätten, die steuerliche Berichtigung auf den Teil beschränken, der über das hinausgeht, was ohne die gegenseitige Verflechtung dieser Gesellschaften vereinbart worden wäre.“

<sup>323</sup> Vgl. EU-Commission v. 07.10.2014, Press Release, IP/16/2923, State Aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion, abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2923\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm); sowie EU-Commission v. 30.08.2016, Press Release, IP/14/1105, State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Amazon in Luxembourg, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1105\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1105_en.htm).

## C. Wirtschaftspolitische Anforderungen

### I. Investitionssicherheit durch Rechtssicherheit

Ausländische Direktinvestitionen basieren auf Rentabilitätsrechnungen, zu deren Grundlagen die Steuerkosten zählen. Die Entscheidung für oder gegen eine Investition ist mit abhängig von der Vorhersehbarkeit der Steuerkosten; sind diese nicht vorhersehbar, wird das Steuerrisiko in die Rentabilitätserwartung eingepreist. Im Allgemeinen steigt Rechtssicherheit mit der Einfachheit der Normen und sinkt, wenn Normstrukturen komplex sind oder subjektive Wertungen beinhalten.<sup>324</sup> Komplexität und Subjektivität erhöhen die Streit anfälligkeit und provozieren Steuergestaltungen.<sup>325</sup> Bereits *Thomas Adams* erkannte daher Komplexität in der internationalen Steuerkoordination als einen systematischen Fehler. Für *Adams* war es wichtiger sicherzustellen, dass Regelungen einheitlich angewendet werden, als dass sie theoretisch exakt richtig sind;<sup>326</sup> Einfachheit sei auch Bestandteil einer gerechten Steuerordnung, da diese verhindert, dass sich Teile der steuerpflichtigen ihrer Steuerlast entziehen können.<sup>327</sup> Dementsprechend setzt sich der OECD-Musterkommentar das Ziel, „to clarify, standardise, and confirm the fiscal situation of taxpayers who are engaged in commercial, industrial, financial, or any other activities in other countries, through the application by all countries of common solutions to identical cases of double taxation.“<sup>328</sup> Die Bedeutung der Rechtssicherheit für internationale Wirtschaftstätigkeit wurde durch den G20-Summit in Hangzhou, China, im September 2016 gegenüber der Verteilungsgerechtigkeit und Kohärenz des internationalen Steuersystems erneut betont.<sup>329</sup>

---

<sup>324</sup> Vgl. *Durst*, Starting the Conversation: A Formulary System for Dividing Income Among Taxing Jurisdictions, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 24.05.2013.

<sup>325</sup> Vgl. *Graetz/O’Hear*, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, Duke Law Journal, 1997, S. 1021, 1097 ff. Im Bereich der Verrechnungspreise ist zwar grundsätzlich ein „Advanced Pricing Agreement“ möglich (§ 178a Abs. 1 AO). Praktisch kann dies nur für besonders wichtige, potentiell strittige Transaktionen eine Lösung sein, nicht aber der Regelfall. Vgl. ausf. *Markham*, Advanced Pricing Agreements, Past, Present and Future, Wolters Kluwer, 2015.

<sup>326</sup> Vgl. *Graetz/O’Hear*, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, Duke Law Journal, 1997, S. 1021, 1094 f.

<sup>327</sup> Vgl. *Graetz/O’Hear*, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, Duke Law Journal, 1997, S. 1021, 1097; *Desai*, New Foundations for Taxing Multinational Corporations, 2003, S. 10.

<sup>328</sup> Vgl. OECD Model Convention 2010, Introduction, Tz. 2 f.

<sup>329</sup> Vgl. IMF/OECD, *Tax Certainty*, Report for the Finance Ministers, March 2017.

## II. Neutralitätskonzepte

Die ökonomische Analyse des internationalen Steuerrechts zieht verschiedene Neutralitätskonzepte heran.<sup>330</sup> Dabei sind Investitionsneutralität und Wettbewerbsneutralität zu unterscheiden. Die Investitionsneutralitäten nehmen Bezug auf die subjektive Entscheidung des Steuerpflichtigen für eine Investition,<sup>331</sup> die Wettbewerbsneutralität dagegen auf die objektiven Steuerfolgen. Ein Steuersystem ist investitionsneutral, wenn es die Investitionsentscheidung nicht durch Verzerrung des Steuerniveaus beeinflusst und wettwerbsneutral, wenn die Folgen der Besteuerung den Wettbewerb nicht verzerren („level playing field“).<sup>332</sup> Die Beurteilung des internationalen Steuersystems entlang von Neutralität ist erst nach Erarbeitung der Grundstruktur durch die League of Nations üblich geworden, insbesondere basiert der „classification and assignment approach“ nicht auf einem spezifischen Neutralitätskonzept.<sup>333</sup>

### 1. Subjektive Investitionsneutralität

Die Beurteilung der Investitionsneutralität erfolgt anhand der klassischen Neutralitätskonzepte der Kapitalexportneutralität („capital export neutrality“, CEN) und Kapitalimportneutralität („capital import neutrality“, CIN);<sup>334</sup> ferner wurde in jüngerer Zeit das Konzept der Kapitalinhaberschaftsneutralität entwickelt („capital ownership neutrality“, CON).<sup>335</sup> Die CEN beschreibt die steuerliche Neutralität der Auslandsinvestition aus der Perspektive der Jurisdiktion aus der heraus investiert wird. Ob aus der Sicht des Ansässigkeitsstaates im In- oder Ausland investiert wird, soll ohne Folgen für die Steuerlast des Investors sein, der Kapitalexport erfolgt insofern steuerlich

---

<sup>330</sup> Kritisch *Benshalom*, Rethinking the Source of the Arm’s-Length Transfer Pricing Problem *Virginia Tax Review*, 2013, S. 425, 450: „While much of the debate has been framed through the lenses of these acronyms, in reality, countries’ tax regimes promote none of them. Furthermore, a few forceful scholars have argued that the notion that policymakers should design their countries’ tax regimes to meet abstract concepts of capital neutrality is wrong and misleading. Policymakers are invested with the duty to increase the welfares of their own countries. The way in which they should do so is complicated and may not fully cohere to any abstract concept of capital neutrality.”

<sup>331</sup> Vgl. *Knoll*, Reconsidering International Tax Neutrality, *Tax Law Review*, 2011, 99, 100.

<sup>332</sup> Kritisch *Graetz*, Taxing International Income, *Tax Law Review*, 2001, S. 261, 303 f.

<sup>333</sup> Vgl. die Dokumente der *League of Nations*; sowie etwa *Graetz/O’Hear*, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, *Duke Law Journal*, 1997, S. 1021, 1102 f.

<sup>334</sup> Vgl. *Graetz*, Taxing International Income, Tillinghast Lecture, *Tax Law Review*, 2001, 261, 270 ff.

<sup>335</sup> Vgl. *Desai/Hines*, Evaluating International Tax Reform, *National Tax Journal*, 2003, 487 ff.; *Desai/Hines*, Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting, *National Tax Setting*, 2004, S. 937 ff. Kritisch zum Konzept *Shay*, Ownership Neutrality and Practical Complications, *Tax Law Review*, 2009, 317 ff.; *Kane*, Capital Ownership Neutrality, Ownership Distortions, and International Tax, Ownership Neutrality, Ownership Distortions, and International tax Welfare Benchmarks, *Vol. Virginia Tax Law*, Vol. 26, 2006, S. 53 ff.

„neutral“.<sup>336</sup> Die CEN ist die theoretische Grundlage der Anrechnungsmethode und bewirkt eine Durchsetzung des Steuerniveaus des Ansässigkeitsstaates. Die CIN dagegen betrachtet die Steuerfolgen aus der Perspektive der Jurisdiktion in die investiert wird. Alle Investitionen innerhalb der Jurisdiktion sollen der gleichen Steuerlast unterliegen, der Kapitalimport erfolgt insofern steuerlich „neutral“.<sup>337</sup> Die CIN ist die theoretische Grundlage der Freistellungsmethode und bewirkt eine Durchsetzung des Steuerniveaus des Quellenstaates. Solange nicht weltweit sowohl die Bemessungsgrundlagen als auch die Steuersätze harmonisiert sind, lassen sich CEN und CIN nicht gleichzeitig verwirklichen.<sup>338</sup> Sowohl CEN als auch CIN betrachten also das Steuerniveau eines Steuerpflichtigen. Verrechnungspreise dagegen allokiert Bemessungsgrundlage, aber betreffen nicht den anwendbaren Steuersatz. Die klassischen Investitionsneutralitäten beurteilen diesen Fall nicht und werden daher in der Literatur nicht erkennbar auf das Verrechnungspreissystem angewendet.

Das neuere Konzept der CON beurteilt dagegen nicht nur die Auswirkungen von Kapitalexport oder -import auf das Steuersatzniveau, sondern fordert, dass die Inhaberschaft von Kapital nicht durch steuerliche Auswirkungen verzerrt werden dürfe. Grundlage dieser Idee ist, dass die Rentabilität des Einsatzes von Kapital, insbesondere von immateriellen Werten, von der Inhaberschaft abhängig sein kann. Steuerfolgen sollten die Inhaberschaft allerdings nicht beeinflussen, damit die Allokation der Wirtschaftsgüter sich im gesamtwirtschaftlichen Interesse an der größtmöglichen Produktivität ausrichten kann. Fener beruhen CEN und CIN auf der in Unternehmensgruppen nicht zutreffenden Auffassung, ausländische Direktinvestitionen seien ein Transfer von Nettovermögen zwischen Staaten. Innerhalb von Unternehmensgruppen erfolgen Transaktionen indes häufig zur Nutzung von Produktivitätsdifferenzen, zur Skalierung immaterieller Werte oder zur Änderung von Eigentum und Kontrolle über Wirt-

---

<sup>336</sup> Vgl. mit Kritik des Konzepts *Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part I, World Tax Journal, 2009, 67, 79 f.

<sup>337</sup> Vgl. mit Kritik des Konzepts *Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part I, World Tax Journal, 2009, 67, 80 f.

<sup>338</sup> Vgl. *Graetz*, Taxing International Income, Tax Law Review, 2001, 261, 270 f.; *Weisbach*, The Use of Neutralities in International Tax Policy, Coase-Sandor Institute for Law and Economics, University of Chicago, August 2014, S. 4; a.A. *Shaheen*, Interantional Tax Neutrality: Reconsiderations, Virginia Tax Review, 2007, 203 ff.; differenzierend *Knoll*, Reconsidering International Tax Neutrality, Tax Law Review, 2011, 99 ff.

schaftsgüter zwecks Erzeugung von Synergien, so dass die ausländische Direktinvestition in der Regel kein Nettotransfer ist, sondern Teil einer erhöhten Wertschöpfung.<sup>339</sup>

Auch die CON hat indes, nach der Vorstellung von *Desai/Hines* keine direkten Auswirkungen auf die Ausgestaltungen des Verrechnungspreissystems. CON lasse sich am sinnvollsten durch weltweit ausschließliche Besteuerung im Quellenstaat und Freistellung im Ansässigkeitsstaat (sog. „territorial system“) verwirklichen.<sup>340</sup> *Shay* erkannte indes, dass Verrechnungspreise auf der Grundlage des Fremdvergleichsgrundsatzes hierbei eine Komplikation darstellen, da die CON auf der Annahme basiere, dass ausländische Einkünfte („foreign income“<sup>341</sup>) einem Quellenstaat zugewiesen werden können. Der Fremdvergleichsgrundsatz berge allerdings inhärente Unsicherheiten, insbesondere wenn er auf immaterielle Werte angewendet wird. Dies ist eine Folge der unbestimmten Maßgaben des Fremdvergleichs, der Gestaltungsfreiheit des Steuerpflichtigen sowie der Informationsasymmetrie zwischen den Steuerpflichtigen und Verwaltung.<sup>342</sup> Da sich diese Unsicherheiten nicht vollständig beseitigen lassen, auch nicht durch ein Formularaufteilungsregime, sei jedenfalls erforderlich, den Steuerpflichtigen „strukturelle Limits“ zu setzen, durch aggressive Verrechnungspreisgestaltungen an Steuersatzdifferenzen zu profitieren.<sup>343</sup> *Schön* stellt daher gewissen einen Zusammenhang zwischen CON und der globalen Formularaufteilung her.<sup>344</sup>

## 2. Objektive Wettbewerbsneutralität

Sowohl CIN als auch CON betreffen partiell den Einfluss der Besteuerung auf die relative wirtschaftliche Position des Steuerpflichtigen. Daneben wird eigenständig die Wettbewerbsneutralität bemüht, um internationale Steuernormen zu beurteilen.<sup>345</sup> Diese wurde im Kontext der BEPS-Initiative wiederholt aufgegriffen, um die Notwendigkeit der Modernisierung des internationalen Steuersystems zu begründen; die OECD und das BMF zeigten sich besorgt über „unfairen“ Steuerwettbewerb, der nationale

---

<sup>339</sup> Vgl. *Desai*, New Foundations for Taxing Multinational Corporations, University of Chicago Federal Tax Conference on November 15, 2003, Working Paper, S. 12 f.

<sup>340</sup> Vgl. *Desai/Hines*, Evaluating International Tax Reform, *National Tax Journal*, 2003, 487, 494; *Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal*, 2009, 67, 80 f.

<sup>341</sup> Vgl. *Desai/Hines*, Evaluating International Tax Reform, *National Tax Journal*, 2003, 487.

<sup>342</sup> Vgl. *Shay*, Ownership Neutrality and Practical Complications, *Tax Law Review*, 2009, 317, 326 ff.

<sup>343</sup> Vgl. *Shay*, Ownership Neutrality and Practical Complications, *Tax Law Review*, 2009, 317, 330.

<sup>344</sup> Vgl. *Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, *World Tax Journal*, 2009, 67, 80 f.

<sup>345</sup> Vgl. *Devereux*, Taxation of Outbound Direct Investment: Economic Principles and Tax Policy Considerations, *Oxford Review of Economic Policy*, 2008, 698 ff.

Unternehmen gegenüber internationalen Unternehmensgruppen benachteilige.<sup>346</sup> Dies zeigt, dass die Wettbewerbsneutralität auch eine Organisationsneutralität bedingt, die speziell im Bereich der Verrechnungspreise Bedeutung erlangt. Das Steuerrecht sollte idealiter keine eigenständigen Anreize für oder gegen die Integration einer Entität bzw. der durch sie ausgeübten Funktionen in die Unternehmensgruppe setzen,<sup>347</sup> m.a.W. idealiter eine Gleichstellung verbundener und unverbundener Unternehmen bewirken.<sup>348</sup> Diese Forderung wurde erstmals deutlich im U.S. White Paper 1988 erhoben und als die Anforderung definiert, dass die Steuerlast verbundener Unternehmen dieselbe sein sollte, wie die unverbundener Unternehmen, die dieselbe Technologie wie die Unternehmensgruppe unter vergleichbaren Umständen nutzen könnten, sein sollte.<sup>349</sup> Der Fremdvergleichsgrundsatz sei nach *Green* unter Neutralitätsgesichtspunkten daher nur sinnvoll, wenn die Besteuerung der Leistungsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen nicht durch die Verbundenheit beeinflusst ist und es einen tatsächlichen Marktpreis für vergleichbare Leistungen gebe.<sup>350</sup> Über diese theoretischen Grundbefunde hinaus ist die Idee der Wettbewerbsneutralität, des „level playing field“ zwischen verbundenen und unverbundenen Unternehmen bzw. des „equal footing“<sup>351</sup> sowie die damit zusammenhängende Idee der Organisationsneutralität durchaus schwierig zu konkretisieren und operativ zu implementieren.

---

<sup>346</sup> Vgl. OECD, *New Sources of Growth: Knowledge-Based Capital, Key Analyses and Policy Conclusions*, 2013, S. 42; OECD, *Tax Policy Reform and Economic Growth*, No. 20, 2010; BMF Referententwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und –verlagerungen, 31.05.2016. Vgl. BT-Drucks. 17/13717, S. 2 (Wettbewerb werde teilweise nicht mehr vorrangig „auf der Ebene der Produkteigenschaft und der Produktqualität“ bestimmt)

<sup>347</sup> Vgl. *Berry*, *Arm’s-Length Pricing: Some Economic Perspectives*, Tax Notes, 1992 S. 731 ff. sowie *Green*, *The Future of Source-Based Taxation of the Income of a Multinational Group*, Cornell Law Review, 1993, S. 18, 45.

<sup>348</sup> Vgl. *Kofler*, *Verrechnungspreise, Einkünfteverlagerung – Gestaltung und Abwehr: Rechtsfolgen der Verrechnungspreiskorrektur*, in Achatz (Hrsg.), *Internationales Steuerrecht*, DStJG, Band 36, S. 297, 298.

<sup>349</sup> Vgl. *Rollinson/Frisch* *Recent Issues in Transfer Pricing*, OTA Paper 61, 1988, S. 5; sowie U.S. White Paper 1988, S. 82: „In general, tax rules should distort business decisions as little as possible because rules that minimize such distortions will lead to the greatest possible production efficiency. Transfer pricing rules will allow the most efficient production technology to come to the fore if, holding the cost functions constant, they result in the same tax burdens whether or not the parties are related. In other words, if unrelated parties somehow had access to the technology available to related parties, their operations should not result in more or less total taxes than would be paid by a multinational using this technology. The difficulty, of course, is the practical application of this interpretation of the arm’s length standard.”

<sup>350</sup> Vgl. *Green*, *The Future of Source-Based Taxation of the Income of a Multinational Group*, Cornell Law Review, 1993, S. 18, 46.

<sup>351</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010/2017, Tz. 1.8.

### III. Verhinderung von „staatenlosen Einkünften“

Eng mit Wettbewerbsneutralität und Organisationsneutralität verbunden ist das Ziel die Möglichkeiten zu begrenzen, staatenlosen Einkünfte („stateless income“<sup>352</sup>) zu generieren.<sup>353</sup> Die Begrenzung von staatenlosen Einkünften war das Hauptziel („principle target“) der BEPS-Initiative.<sup>354</sup> Das Verrechnungspreissystem des Fremdvergleichsgrundsatzes hat sich als besonders geeignet erwiesen, durch die „entrepreneurial flexibility“ der Risiko- und Funktionsanalyse „stateless income“ zu erzeugen.<sup>355</sup>

### IV. Effizienz der Steuererhebung

Steuererhebung dient vor allem der Staatsfinanzierung (§ 3 AO) und sollte effizient sein. Die Rechtsbefolgungskosten der Finanzverwaltungen und des Steuerpflichtigen steigen mit der Komplexität von Normstrukturen und Dokumentationsanforderungen. Diese Kosten senken dadurch die Nettoeinnahmen des Staates und sind für Unternehmen zusätzliche Kosten. Das stark einzelfallabhängige und faktenlastige Verrechnungspreissystem des Fremdvergleichsgrundsatzes ist notorisch aufwendig zu befolgen und zu verwalten.<sup>356</sup> Für die EU-Kommission waren die „hohen Kosten, die die

---

<sup>352</sup> Begriffsprägung durch *Kleinbard*, Stateless Income, Florida Tax Review, 2011, 699, 702 f.: „By “stateless income,” I mean income derived by a multinational group from business activities in a country other than the domicile (however defined) of the group’s ultimate parent company, but which is subject to tax only in a jurisdiction that is not the location of the customers or the factors of production through which the income was derived, and is not the domicile of the group’s parent company. Stateless income thus can be understood as the movement of taxable income within a multinational group from high-tax to low-tax source countries without shifting the location of externally-supplied capital or activities involving third parties. Stateless persons wander a hostile globe, looking for asylum; by contrast, stateless income takes a bearing for any of a number of zero or low-tax jurisdictions, where it finds a ready welcome.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>353</sup> Vgl. *Kleinbard*, Stateless Income, Florida Tax Review, 2011, 699, 701 f.: „Stateless income privileges multinational firms over domestic ones by offering the former the prospect of capturing “tax rents” — low-risk inframarginal returns derived by moving income from high-tax foreign countries to low-tax ones. Other important implications of stateless income include the dissolution of any coherence to the concept of geographic source, the systematic bias towards offshore rather than domestic investment, the more surprising bias in favor of investment in high-tax foreign countries to provide the raw feedstock for the generation of low-tax foreign income in other countries, the erosion of the U.S. domestic tax base through debt-financed tax arbitrage, many instances of deadweight loss, and — essentially uniquely to the United States — the exacerbation of the lock-out phenomenon, under which the price that U.S. firms pay to enjoy the benefits of dramatically low foreign tax rates is the accumulation of extraordinary amounts of earnings (about \$1.4 trillion, by the most recent estimates) and cash outside the United States.“

<sup>354</sup> Vgl. *Stack*, Testimony before Ways and Means Subcommittee on Tax Policy, 01.12.2015, S. 1.

<sup>355</sup> Zur Rolle der Verrechnungspreise bei der Generierung von staatenlosen Einkünften a. *Kleinbard*, Stateless Income, Florida Tax Review, 2011, 699, 734 ff.

<sup>356</sup> Vgl. *Shay*, Ownership Neutrality and Practical Complications, Tax Law Review, 2009, 317, 325 ff. „The difficulties with administering transfer pricing rules where comparable third party transactions are unavailable or inexact include: (1) the necessary flexibility of the transfer pricing rules to allow taxpayers to structure their affairs (as well as an arguably excessive electivity of methods), (2) the operational flexibility available to a multinational in planning and executing a transfer pricing strategy, and (3) the

Einhaltung der Verrechnungspreisvorschriften nach dem Fremdvergleichsgrundsatz verursacht“ ein Haupthindernis im heutigen Binnenmarkt und ein maßgeblicher Erwägungsgrund des Vorschlags für die GKKB.<sup>357</sup>

## V. Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen

Die gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge der Verrechnungspreisregeln für immaterielle Werte können nur grob skizziert werden.<sup>358</sup> Es handelt sich um eine schwierig einheitlich darstellbare Anforderung, sie erfasst alle realwirtschaftlichen Konsequenzen und Anreize, die eine bestimmte Ausgestaltung des Gewinnabgrenzungssystems zeitigen kann. Die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen werden häufig nur selektiv gegen oder für konkrete Vorschläge (etwa für ein Präferenzregime für immaterielle Werte) vorgetragen, selten abstrakt, umfassend und objektiv.<sup>359</sup> Allgemein lässt sich jedoch sagen, dass jede Verwendung von realwirtschaftlichen Faktoren zur Allokation von Bemessungsgrundlage, deren Allokation an einen bestimmten Staat – in Abhängigkeit vom jeweils geltenden Steuersatz – wirtschaftlich generell attraktiver bzw. unattraktiver und zum Gegenstand von Steuergestaltungen, die nicht immer der realwirtschaftlich sinnvollen Ressourcenallokation entsprechen, machen kann.<sup>360</sup>

---

taxpayer's advantages from information asymmetry and procedural electivity in documenting transfer pricing and defending transfer pricing controversies. [...] These features of transfer pricing make it rational for a taxpayer to take positions that are aggressive. To fail to do so is to leave a tax decision maker open to criticism that the tax planning has "left money on the table." The extent to which a taxpayer pushes its transfer pricing to the limit of an arm's length range is largely a function of its appetite for tax risk and whether the taxpayer (in particular a public company) can persuade its auditors that either it is not necessary to establish a reserve or that a modest reserve is sufficient. None of the preceding discussion is intended to refer to tax positions that are not fully justified from a legal and ethical perspective. Indeed, that is the point. The data evidence the outcome of these structural incentives. In light of the incentives to shift profits where there is the potential to achieve materially lower effective tax rates, the limits on the ability to enforce transfer pricing require that it be taken into account in designing our international rules.”

<sup>357</sup> Vgl. Europäische Kommission, KOM(2011) 121/4, DE, S. 4.

<sup>358</sup> Vgl. i.Einz. OECD 2010 Tax Policy Reform and Economic Growth, 2010.

<sup>359</sup> Vgl. *U.S. Joint Committee on Taxation*, Present Law and Recent Global Developments Related to Cross-Border Taxation, 24.02.2017, JCX-8-16.

<sup>360</sup> Langfristig könnten davon auch relativ immobile Produktionsfaktoren betroffen sein, etwa Personalfunktionen. Dies wird u.a. als Grund angeführt für die Einführung von Präferenzregimen für immaterielle Werte (Patentboxen; ohne solche würden Arbeitsplätze für hochqualifiziertes, innovatives Personal in Hochsteuerländern gefährdet. Vgl. *Sprague*, Testimony on behalf of Software Coalition before Ways and Means Committee, Hearing on BEPS, Dec. 1, 2015, abrufbar unter: [www.waysandmeans.com](http://www.waysandmeans.com), S. 3 (sieht "strong incentives"), ebenso *Sullivan*, Testimony before Ways and Means Committee, Hearing on BEPS, Dec. 1, 2015, abrufbar unter: [www.waysandmeans.com](http://www.waysandmeans.com), S. 2 f. Aufgrund dieser Befürchtungen hatte das U.S. Treasury Dept. sogar einen eigenen Entwurf bei der OECD/G20 eingereicht, der es verhindern sollte, durch das „Umschreiben“ der Verrechnungspreisregeln Arbeitsplätze in Niedrigsteuerländern zu drängen. Vgl. *Madara*, Treasury Propose Alternative to Addressing Cash Box Problem, Tax Analyst DOC 2014-26813.

Indes wird die Verlagerung von aktiven Unternehmensfunktionen ins Ausland tendenziell weniger kritisch gesehen; aktive Auslandsfunktionen seien für die inländischen Unternehmenstätigkeiten oft eher komplementierend als substituierend.<sup>361</sup> *Desai/Foley/Hines* haben die Auswirkungen ausländischer Direktinvestitionen auf die US-Volkswirtschaft empirisch untersucht und Indikationen dafür gefunden, dass die Unternehmensaktivität von US-Konzernen nicht durch fixe Kapazitätsgrenzen begrenzt ist. Im Gegenteil ließen sich positive Effekte auf Investitionsvolumen und Arbeitnehmervergütung nachweisen.<sup>362</sup> Wie ausgeführt ist die Rentabilität von aktiven Auslandsinvestitionen auch von der effizienten Nutzung von immateriellen Werten in ausländischen Entitäten abhängig. Das Verrechnungspreissystem sollte diese aktive Nutzung daher im gesamtwirtschaftlichen Interesse wohl nicht unnötig erschweren.

## **VI. Internationaler Steuersatzwettbewerb**

Teilweise wird vorgebracht, dass Regelungsregime unterschiedlich starke Gegenreaktionen des Steuerpflichtigen auslösen und dadurch unterschiedlich stark zu internationalem Steuersatzwettbewerb („race to the bottom“) beitragen.<sup>363</sup> So würde ein Steuersystem, das an „beobachtbaren“ wirtschaftlichen Aktivitäten anknüpft eher dazu geeignet sein, diese Faktoren über einen niedrigen Steuersatz anzulocken,<sup>364</sup> offensichtlich gilt dies vor allem für mobile Faktoren.<sup>365</sup> Steuersatzwettbewerb ist zwar vor allem durch Maßnahmen gegen schädlichen Steuerwettbewerb zu regulieren,<sup>366</sup> aber die Regeln zur Zuordnung der Bemessungsgrundlage können ggf. unterstützend wirken.

## **VII. Politische Ökonomie der Besteuerung von direkten Auslandsinvestitionen**

Die Besteuerung von Auslandsinvestitionen hat eine geopolitische Komponente, die über das finanzielle Interesse an Steueraufkommen und die realwirtschaftlichen Auswirkungen hinausgeht. Die Verbindung des Marshall-Plans der Demokratisierung Eu-

---

<sup>361</sup> Vgl. *Gretz*, *International Income Taxation*, Taxes, 2004, S. 227; differenzierend Joint Committee on Taxation des Ways and Means Committee, JCX-8-16, Feb. 2016, „Present Law and Recent Global Developments Related to Cross-Border Taxation, III. Policy Issues, S. 35 ff.

<sup>362</sup> Vgl. *Desai/Foley/Hines* *Domestic Effects of the Foreign Activities of U.S. Multinationals*, 2008, abrufbar unter [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com).

<sup>363</sup> *Singh/Mathur*, *BEPS and the Law of Unintended Consequences*, Tax Notes, 2013, 1331, 1337.

<sup>364</sup> *Singh/Mathur*, *BEPS and the Law of Unintended Consequences*, Tax Notes, 2013, 1331, 1337.

<sup>365</sup> Vgl. *Devereux/Vella*, *Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?*, Oxford Centre for Business Taxation, Nov. 2014, S. 18.

<sup>366</sup> Vgl. ausf. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5: 2015 Final Report, 2015, abrufbar unter [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance-action-5-2015-final-report\\_9789264241190-en#.WcJuJzVpEl0#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/countering-harmful-tax-practices-more-effectively-taking-into-account-transparency-and-substance-action-5-2015-final-report_9789264241190-en#.WcJuJzVpEl0#page1).

ropas mit der Wirtschaftsliberalisierung ist ein offenkundiges Beispiel. Weiterhin wird die Expansion der eigenen Unternehmen in einem geopolitischen Kontext beurteilt.<sup>367</sup>

### VIII. Konsensfähigkeit; insbesondere Koordination mit BRICS-Staaten

Das OECD-Musterabkommen basiert auf einem Vorrang der Ansässigkeitsbesteuerung und einem historisch tendenziell engen Quellensteuerkonzept bei der Gewinnabgrenzung unter Art. 7 und 9 OECD-MA.<sup>368</sup> Sowohl der UN-Mustervertrag als auch die UN-Verrechnungspreisleitlinien weiten die Quellenbesteuerungsrechte tendenziell aus, wobei die UN-Verrechnungspreisleitlinien als Auslegung eines Art. 9 OECD-MA wortgleichen Abkommensartikels besondere praktische Relevanz haben, da diese ohne einen abweichenden Abkommenswortlaut durchgesetzt werden kann. Insbesondere die mehrheitlich<sup>369</sup> nettokapitalimportierenden BRICS<sup>370</sup> haben sich zunehmend einfallreich gezeigt, den Fremdvergleichsgrundsatz den Besonderheiten ihrer Staaten entsprechend „auszulegen“.<sup>371</sup> Aber auch westliche kapitalimportierende Staaten, wollen das internationale Steuersystem seit einiger Zeit nachjustieren. Institutionell wurde diese Entwicklung seit 2002 innerhalb des OECD Forum on Tax Administration geführt, das als Mechanismus zum Austausch von Perspektiven<sup>372</sup> dienen sollte und auch nicht-OECD-Mitgliedstaaten umfasst.<sup>373</sup> Das Verhältnis von Quellen- und Ansässig-

---

<sup>367</sup> Vgl. *U.S. Joint Committee on Taxation*, Present Law and Recent Global Developments Related to Cross-Border Taxation, 24.02.2017, JCX-8-16, S. 38, Fn. 156: „There may be broader foreign policy concerns that make it more attractive for U.S. persons to own U.S. and foreign assets. For example, the growth of U.S. MNEs may help provide the United States with greater leverage on particular foreign policy issues, or may help the United States project its influence more effectively.”

<sup>368</sup> Vgl. *Sheppard News Analysis: Revenge of the Source Countries? Part 2: Royalties*, 05.10.2005, Tax Notes International, DOC 2005-19773. *Sheppard* beschreibt die Atmosphäre des IFA Summit 2005 in Buenos Aires: „The point was made more than once that developed, capital-exporting countries had stacked the accepted rules of the international tax system in their favor. [...] There was nervous laughter when one speaker implied that the United States uses the OECD to do its dirty work in preventing source taxation and other impediments to what other speakers called “fiscal imperialism.””

<sup>369</sup> Die Volksrepublik China sollte 2014 eine beinahe ausgeglichene Investitionsbilanz haben, offiziellen Zahlen liegen indes nicht vor, vgl. indes vgl. *Xing/Lu/Fan/Pang*, BEPS: China makes its mark on global tax rules and strengthens international tax enforcement, *International Tax Review*, 03.12.2014.

<sup>370</sup> Brasilien, Russland, Indien, China, Südafrika, das Akronym wurde von *Jim O’Neill* geprägt, *Goldman Sachs*, Global Economics Paper No: 66, Building Better Global Economic BRICs, 2001.

<sup>371</sup> Vgl. i.Einz. *United Nations*, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, 2013, Chapter 10, Countries Practices. Das Kapitel macht indes auch deutlich, dass die BRICS *nicht* als einheitlicher Block agieren, sondern jeweils ihre eigenen Interessen vertreten. Vgl. a. *Vann*, Current Trends in Balancing Residence and Source Taxation, 2014, Legal Studies Research Paper No. 14/107, S. 14 ff. Vgl. aber auch Communiqué of BRICS Heads of Revenue Meeting Issued in New Delhi on 18<sup>th</sup> January, 2013, abrufbar unter <http://pib.nic.in/newsite/PrintRelease.aspx?relid=91684>.

<sup>372</sup> Vgl. die Darstellung der OECD abrufbar unter [www.oecd.org/ctp](http://www.oecd.org/ctp).

<sup>373</sup> Das FTA wurde durch das CTPA ins Leben gerufen, um solche Bestrebungen zu institutionalisieren und bestenfalls frühzeitig mit zu steuern.

keitsbesteuerung sollte im BEPS-Projekt nicht neujustiert werden<sup>374</sup> Gleichwohl zeigte sich, dass die Beteiligung der G20 „neue Perspektiven“<sup>375</sup> in das Projekt einbrachte.<sup>376</sup>

Insbesondere die Positionen der Volksrepublik China und der Republik Indien sind dabei hervorzuheben, denn sie betreffen unmittelbar Transaktionsstrukturen mit immateriellen Werten.<sup>377</sup> Beide Staaten haben zahlreiche DBA abgeschlossen, die Einkünftekorrekturen dem Fremdvergleichsgrundsatz unterwerfen. Beide Staaten arbeiten daher mit der Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes, insbesondere mit der Funktionsanalyse, die den Besonderheiten des jeweiligen volkswirtschaftlichen Kontextes „angepasst“ wird, sei es um die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge, die in der Regel die lokale Entitäten als Routineunternehmen darstellen, zu durchbrechen, sei es um die Vergleichbarkeit mit vorgebrachten Markttransaktionen zu zerstören, den Wert der lokalen Funktionen zu erhöhen und/oder um zur Anwendung von Gewinnmethoden, die den tatsächlich erzielten Gewinn verteilen, zu gelangen.<sup>378</sup>

---

<sup>374</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, S. 11: „In the changing international tax environment, a number of countries have expressed a concern about how international standards on which bilateral tax treaties are based allocate taxing rights between source and residence States. This Action Plan is focused on addressing BEPS. While actions to address BEPS will restore both source and residence taxation in a number of cases where cross-border income would otherwise go untaxed or would be taxed at very low rates, these actions are not directly aimed at changing the existing international standards on the allocation of taxing rights on cross-border income.“

<sup>375</sup> Vgl. u.a. *Stig Sollund*, UN coordinator of the UN tax committee transfer pricing subgroup, zitiert bei *Moses*, Today, Shanghai; Next up, Toronto, Bloomberg International Tax Blog, 24.09.2015. „China and India’s involvement in the BEPS project have brought new ideas and concepts into the discussion that may be challenging orthodox interpretation of international rules“ *Stig Sollund*, UN coordinator of the UN tax committee transfer pricing subgroup, zitiert bei *Moses*, Today, Shanghai; Next up, Toronto, Bloomberg International Tax Blog, 24.09.2015.

<sup>376</sup> Vgl. a. *Eigelhoven/Ebering*, Das Fremdvergleichsprinzip neu interpretiert: Das „Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries“ der Vereinten Nationen, IStR 2014, 16, 21 („Interpretation des Fremdvergleichsgrundsatzes für deutsche Exportwirtschaft besorgniserregend“).

<sup>377</sup> *Indien* bedient sich daneben u.a. der Qualifikation von Tochtergesellschaften in Betriebsstätten, vgl. A.A.R. No. 661 of 2005, 13.02.2006 („Morgan Stanley Ruling“). Insgesamt seien beide Staaten ein „transformative element of the treaty policy dialogue“, so *Wells/Lowell*, Income Tax Treaty Policy in the 21<sup>st</sup> Century: Residence vs. Source, Columbia Law Review, 2013, S. 1, 35. Das UN-Steuerkommittee erklärt, beide Staaten hätten in die BEPS-Initiative „neue Ideen und Perspektiven eingebracht, die eventuell die orthodoxe Auslegung der internationalen Steuerregeln in Frage stellen“, so *Stig Sollund*, Koordinator des UN-Steuerkommittees, zitiert bei *Moses*, BNA Bloomberg International Tax Blog, 24.9.2015. Chinas und Indiens Beteiligung an der BEPS-Initiative könne in ihrer Bedeutung „kaum unterschätzt werden“, vgl. *Ault/Schön/Shay*, Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap to Reform, Bulletin for int’l Taxation, 2014, S. 275 ff.; teilweise wird das BEPS-Projekt auf die Interessen der G20 zurückgeführt, vgl. *Wilkie*, Policy Forum: BEPS one year in – Taking Stock, Canadian Tax Journal, 2014, 455, 458; bzw. China und Indiens, vgl. *Vann*, Current Trends in Balancing Residence and Source Taxation, 2014, Legal Studies Research Paper No. 14/107, S. 17.

<sup>378</sup> Vgl. i.Einz. *United Nations*, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, 2013, Chapter 10, Countries Practices.

Die Volksrepublik China erklärte offen, sie ziele auf eine Veränderung des internationalen Steuerrechts ab, das „reiche Staaten bevorzuge“<sup>379</sup>, indem bei der Aufteilung von Steuersubstrat ein „zu großes Gewicht“<sup>380</sup> auf Eigentum an immateriellen Werten gelegt werde, die häufig aus den Industriestaaten exportiert würden.<sup>381</sup> Die in den UN-Leitlinien dargestellte Country Practice zeigt, wie die SAT dies durchzusetzen gedenkt. Die dabei verwendeten Argumente kreisen um die spezifischen Standortvorteile des chinesischen Markts und ihre Auswirkungen auf den globalen Gesamtgewinn.<sup>382</sup>

Eine auf die nationale Position zugeschnittene Verrechnungspreissystematik ist auch bei der indischen Finanzverwaltung zu beobachten, die als kreativ<sup>383</sup> und aggressiv<sup>384</sup> gilt. Die indische Finanzverwaltung geht dabei insbesondere gegen die vertragliche Ausgestaltung von risikofreien Auftragsforschungsverhältnissen vor,<sup>385</sup> obwohl in

---

<sup>379</sup> Liao Tizhong, Deputy Director of the International Taxation Department of the State Administration of Taxation, der als „China’s top international tax official“ bezeichnet wird, vgl. *Moses*, Today, Shanghai; Next up, Toronto, Bloomberg International Tax Blog, 24.09.2015.

<sup>380</sup> Liao Tizhong zitiert bei *Moses*, Today, Shanghai; Next up, Toronto, Bloomberg International Tax Blog, 24.09.2015.

<sup>381</sup> Vgl. u.a. *United Nations*, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, 2013, Tz. 10.3.4.1.: „While MNEs in developed countries often have superior technology intangibles, they need the fast growing market in the developing countries and contribution of the subsidiaries in these countries to develop these markets in order to monetize the value in such intangibles. For developing countries, marketing intangibles and LSAs are often closely integrated, and due consideration is necessary to properly compensate the contribution of the subsidiaries in developing countries.”

<sup>382</sup> Vgl. u.a. *United Nations*, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, 2013, Tz. 10.3.6.1. ff. „While the TNMM may still be used when there is a lack of adequate local comparables, such as using foreign comparables with proper adjustments, as in the contract R&D example, sometimes a different method such as the Profit Split Method may be more appropriate. An example is the electronic manufacturing services (EMS) sector, where the entire, or nearly the whole manufacturing and assembly activities of a foreign EMS multinational group, have been outsourced to its Chinese affiliate. [...] China takes the view that a risk-based approach may have insufficient regard for the fact that there are sizeable assets located in China (i.e. the work force and factory plants). In many cases, the majority of the headcount of the EMS group are based in China, with only a few management personnel residing outside of China. Rather than a transactional or profits-based approach, a contribution analysis approach may be more suitable. This means that remuneration to each party involved would be commensurate with its role and contribution to the value chain in the group. In this case, the assets and the people should largely dictate where the group’s profits should stay, and a global formulary approach should be a realistic and appropriate option.” Vgl. noch ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.c.

<sup>383</sup> Vgl. a. *Gupta*, India Seeks to Move Past ‘Aggressive Assessments’, Tax Notes int’l, 2014; *Wagh*, Transfer Pricing Aspects of Marketing Intangibles: An Indian Perspective, Bulletin for International Taxation, Vol. 69, 24.07.2015.

<sup>384</sup> Vgl. *Vann*, Current Trends in Balancing Residence and Source Taxation, 2014, Legal Studies Research Paper No. 14/107, S. 15.

<sup>385</sup> <sup>385</sup> Vgl. u.a. *United Nations*, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, 2013, Tz. 10.4.4.4.: „The Indian transfer pricing administration does not agree with the notion that risk can be controlled remotely by the parent company and that the Indian subsidiaries or related party engaged in core functions, such as carrying out research and development activities or providing services are risk free entities. India believes that core function of R&D or services are located in India which in turn require important strategic decisions by management and employees of Indian subsidiaries or related party in terms of design, the direction of R&D activities or providing services and monitoring of R&D activities etc. Accordingly, the Indian subsidiary exercises control over the operational and other risks.

Indien – nach eigener Wahrnehmung – „wichtige“ Funktionen ausgeübt werden.<sup>386</sup> 2012 rief die indische Regierung daher die UN dazu auf, neue Verrechnungspreisleitlinien für immaterielle Werte zu entwerfen, da die OECD die Interessen der Entwicklungsländer nicht angemessen berücksichtige.<sup>387</sup> Insbesondere erkannte die Republik Indien keinen internationalen Konsens darüber, (i) wie ein immaterieller Wert zu definieren ist, (ii) ob rechtliches oder wirtschaftliches Eigentum an immateriellen Werten in der Funktionsanalyse entscheidend ist, (iii) welche Bedeutung der Kontrolle über Risiken und Funktionen zukommt, (iv) ob Risiken eine Nebenfolge der Funktionen und Wirtschaftsgüter ist oder eigenständig beurteilt werden sollte, und (v) die angemessene Vergütung für wirtschaftliches Eigentum und die Entwicklung von lokalen immateriellen Werten im Quellenstaat.<sup>388</sup> Vann erkannte in der BEPS-Initiative daher u.a. den Versuch, auf diese Anliegen zu reagieren sowie gleichzeitig den Bedenken aus den OECD-Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen;<sup>389</sup> auch Kleinbard erklärt sich die Eile hinter der BEPS- Initiative u.a. durch die Sorge des OECD CFA, die „Deutungshoheit“ über das internationale Verrechnungspreissystem zu verlieren.<sup>390</sup>

#### **D. Stellungnahme zu Abschnitt II**

Angeht diese vielzähligen, teilweise gegensätzlichen Anforderungen an das Verrechnungspreissystem für immaterielle Werte ist eine ideale Lösung, die alle Anforderung vollständig verwirklicht, nicht realistisch. Die Ausgestaltung des internationalen

---

In these circumstances, the ability of the parent company to exercise control over the risk — remotely and from a place where core functions of R&D and services are not located — is very limited. In these circumstances, allocation of risk to the parent MNE is not only questionable but is devoid of logical conclusion.”

<sup>386</sup> Vgl. etwa *EY Global Tax Alert*, News from Transfer Pricing, Indian tax administration issues revised circulars on transfer pricing issues related to development centers, 2.7.2013.

<sup>387</sup> Vgl. BNA Bloomberg, Tax Management Transfer Pricing Report 1069, Indian Tax Official Urges U.N. to Create Intangibles Guidance for Developing Countries, 22.03.2012.

<sup>388</sup> Vgl. BNA Bloomberg, Tax Management Transfer Pricing Report 1069, Indian Tax Official Urges U.N. to Create Intangibles Guidance for Developing Countries, 22.03.2012; sowie *EY Global Tax Alert*, News from Transfer Pricing, Indian tax administration issues revised circulars on transfer pricing issues related to development centers, 2.7.2013, abrufbar auf [www.ey.com](http://www.ey.com), S. 2 f.

<sup>389</sup> Vgl. Vann, Current Trends in Balancing Residence and Source Taxation, 2014, Legal Studies Research Paper No. 14/107, S. 15.

<sup>390</sup> Vgl. Cederwel, Making Sense of Profit Shifting: Edward Kleinbard, Tax Foundation, May 15, 2015, abrufbar unter: [www.taxfoundation.org](http://www.taxfoundation.org); sowie OECD Action Plan on BEPS, S. 10 f.: „Inaction in this area would likely result in some governments losing corporate tax revenue, the emergence of competing sets of international standards, and the replacement of the current consensus-based framework by unilateral measures, which could lead to global tax chaos marked by the massive re-emergence of double taxation. In fact, if the Action Plan fails to develop effective solutions in a timely manner, some countries may be persuaded to take unilateral action for protecting their tax base, resulting in avoidable uncertainty and unrelieved double taxation. It is therefore critical that governments achieve consensus on actions that would deal with the above weaknesses.”

Gewinnabgrenzungssysteme ist nur als Kompromisslösung zwischen diesen Anforderungen denkbar, wobei die Konsensfähigkeit zu einem gewissen Grad vermutlich nur durch „constructive ambiguity“ erreicht werden können. Paradigmatischer Leitstern eines prinzipienbasierten internationalen Verrechnungspreissystems für immaterielle Werte sollte, soweit wie möglich, die Verwirklichung der Zusammenführung von steuerlichem Gewinnausweis und tatsächlicher, interner Wertschöpfung sein, wobei insbesondere Rechtssicherheitserwägungen Einschränkungen der vollständigen konzeptionellen Erfassung der realen internen Wertschöpfung rechtfertigen werden.

## **Kapitel II – Die Bestimmung von Verrechnungspreisen für immaterielle Werte nach geltendem nationalen und internationalen Recht**

### **Abschnitt I – Definition des Transaktionsgegenstands „immaterieller Wert“**

#### **A. Einleitung – Bedeutung der Definition im transaktionsbasierten System**

Das internationale Gewinnabgrenzungssystem des Fremdvergleichsgrundsatzes basiert auf der Überprüfung konkreter – regelmäßig individueller<sup>391</sup> – Geschäftsbeziehungen. Dies macht es erforderlich, für die Verrechnungspreiskontrolle den konkreten wirtschaftlichen Gehalt der Geschäftsbeziehungen darzustellen; nur wenn die Geschäftsbeziehung dem Grunde nach einen immateriellen Wert berührt, ist der Höhe nach ein „angemessener“ Verrechnungspreis für geleistete Entwicklungsbeiträge zur Entstehung oder für den operativen Einsatz dieses konkreten immateriellen Werts zu verrechnen. Trotz der zentralen Rolle der Definition des „immateriellen Werts“ für Verrechnungspreiszwecke hat vor der BEPS-Initiative eine international konsensierte, abstrakt-generelle Definition nicht bestanden.<sup>392</sup> Im Folgenden wird die Definition des immateriellen Werts für Verrechnungspreiszwecke erarbeitet. Es wird gezeigt, dass diese ebenso wie die Definition des immateriellen Wirtschaftsgutes für die steuerliche Bilanzierung eine Zweckschöpfung<sup>393</sup> ist und durch den Zweck geprägt wird, den der Begriff bereichsspezifisch im Rahmen der Verrechnungspreiskontrolle zu erfüllen hat. Es wird dafür nachgezeichnet, wie aus dem Zweck der verschiedenen Regelungsmaterien die Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Definitionen der Bilanzierung deduziert wurden, um darzulegen, dass eine eigenständige Definition für Verrechnungspreiszwecke weder „bemerkenswert“<sup>394</sup> noch „systematisch nicht gerechtfertigt“<sup>395</sup> ist, sondern infolge der abweichenden Teleologie notwendig und folgerichtig.

---

<sup>391</sup> Vgl. zur Zusammenfassung mehrerer Geschäftsbeziehungen BMF VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.13; sowie BMF v. 19.5.2014, Schreiben betr. Glossar „Verrechnungspreise“, BStBl. I S. 838 – Gruppenbildung: „Geschäftsvorfälle, die gemessen an Funktionen und Risiken wirtschaftlich vergleichbar sind, können für die Erstellung von Aufzeichnungen zu Gruppen zusammengefasst werden, wenn die Gruppenbildung nach vorher festgelegten und nachvollziehbaren Regeln vorgenommen wird und wenn die Zusammenfassung auch bei Geschäften zwischen fremden Dritten üblich ist. Eine Zusammenfassung ist auch zulässig bei ursächlich zusammenhängenden Geschäftsvorfällen und bei Teilleistungen im Rahmen eines Gesamtgeschäfts, wenn es für die Prüfung der Angemessenheit weniger auf den einzelnen Geschäftsvorfall, sondern mehr auf die Beurteilung des Gesamtgeschäfts ankommt.“

<sup>392</sup> Vgl. das offen-deskriptive Kapitel VI der OECD-Leitlinien 1995/2010.

<sup>393</sup> BFH Beschluss v. 7.8.1998, GrS 2/99, BStBl. II 1999, 551; DStR 2000, 1682 (1684).

<sup>394</sup> Der Betrieb, Meldung, OECD veröffentlicht Dokumente zu Verrechnungspreisen, 2012, S. 14 ff.

<sup>395</sup> *Ditz/Pinkernell/Quilitzsch* BEPS-Reformvorschläge zu Lizenzgebühren und Verrechnungspreisen bei immateriellen Wirtschaftsgütern aus Sicht der Beratungspraxis, IStR 2014, 45, 49.

## **B. Vorhandene Definitionen und ihre Zweckbestimmungen**

### **I. Der Vermögensgegenstand im deutschen Handelsbilanzrecht**

#### **1. Der Zweck der Handelsbilanzierung**

Die handelsgesetzliche Buchführungspflicht der §§ 238 ff. HGB hat grundsätzlich drei Funktionen: Informationsfunktion, Gläubigerschutzfunktion und Gewinnverteilungsfunktion;<sup>396</sup> sie dient ferner der Beweissicherung und Beweisführung, der Selbstinformation des Kaufmanns, als Grundlage der Ermittlung der Vermögens- und Gewinnverteilung und allgemein der Information der von der Vermögenslage betroffenen Marktteilnehmer, insbesondere der Information von (potentiellen) Kapitalgebern.<sup>397</sup>

#### **2. Die Definition des „immateriellen Vermögensgegenstands“**

Die handelsrechtliche Buchführung basiert daher gemäß § 246 Abs. 1 S. 2 HGB auf dem vollständigen Ansatz sämtlicher „Vermögensgegenstände“ in der Bilanz des Eigentümers, sofern die Vermögensgegenstände nicht einem anderen wirtschaftlich zuzurechnen sind. Gemäß § 266 Abs. 2 lit. A sind „immaterielle Vermögensgegenstände“ des Anlagevermögens, selbst geschaffene gewerbliche Schutzrechte und ähnliche Rechte und Werte, entgeltlich erworbene Konzessionen, gewerbliche Schutzrechte und ähnliche Rechte und Werte sowie Lizenzen an solchen Rechten und Werten, Geschäfts- oder Firmenwert, sowie geleistete Anzahlungen.<sup>398</sup> Eine allgemeine Legaldefinition des „Vermögensgegenstandes“ enthält das HGB auch nach Verabschiedung des BilMoG nicht;<sup>399</sup> Rechtsprechung des BGH zur Auslegung des Begriffes ist praktisch nicht vorhanden.<sup>400</sup> Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Inhalt nicht endgültig geklärt sei und der mit Rücksicht auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung, die Verkehrsauffassung sowie unter Beachtung der Zielsetzung der Handelsbilanz ausgelegt wird.<sup>401</sup>

---

<sup>396</sup> Vgl. *Thiel/Lüdtke-Handjery*, Bilanzrecht, 6. Aufl., Rn. 270 ff.; sowie BT/Drucks. 16/10067 („A. Problem und Ziel“).

<sup>397</sup> Vgl. *Ballwieser* in Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., § 238 Rn. 1.

<sup>398</sup> Vgl. i.Einz. *Reiner/Haußer*, in Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., § 266 Rn. 27.

<sup>399</sup> Vgl. *Elliott/Krämer* in: Beck'scher Bilanzkommentar, 8. Aufl., § 247 Rn. 10.

<sup>400</sup> Vgl. *Thiel/Lüdtke-Handjery*, Bilanzrecht, 6. Aufl., Rn. 438.

<sup>401</sup> Vgl. *Winnefeldt*, Bilanzhandbuch, 4. Aufl., Rn. 415; sowie Arbeitskreis „immaterielle Werte in Rechnungswesen“ der Schmalenbach-Gesellschaft, BB 2008, 1813,1814.

Im Vordergrund steht dabei das in Vermögensgegenständen verkörperte, eigenständige Schuldendeckungspotential.<sup>402</sup> Dies folge aus der Gläubigerschutzfunktion der Handelsbilanz,<sup>403</sup> da im Insolvenzfall ist eine vollständige Unternehmensveräußerung nicht immer möglich sei,<sup>404</sup> und ist somit Ausfluss der statischen Bilanzauffassung.<sup>405</sup> Der Vermögensgegenstand müsse daher vor allem eigenständig einem einzelnen Erwerber zugewendet können,<sup>406</sup> d.h. unternehmensextern in Geld transformiert werden können<sup>407</sup> bzw. selbstständig verkehrsfähig sein.<sup>408</sup> Die Erfassung des Firmen- und Geschäftswertes ist für den Gesetzgeber daher ausdrücklich nur „im Wege einer Fiktion“<sup>409</sup> möglich. Im Ergebnis wird der Vermögensgegenstand definiert als alle Sachen, Rechte und sonstigen wirtschaftlichen Vorteile, die selbstständig erfasst und im Rechtsverkehr einzeln übertragen werden können, deren Erlangung sich der Kaufmann etwas kosten lässt, die nach der Verkehrsauffassung einer gesonderten Bewertung zugänglich sind<sup>410</sup> bzw. als jeder wirtschaftliche Gegenstand, der künftigen Nutzen bringt und dadurch Schuldendeckungspotential hat, d.h. alle tatsächlichen wirtschaftlichen Positionen, die durch selbstständige Veräußerbarkeit zur Schuldendeckung genutzt werden können.<sup>411</sup>

### **3. Die handelsbilanzielle Ansatzfähigkeit immaterieller Vermögensgegenstände**

Entgeltlich erworbene immaterielle Vermögensgegenstände werden mit den Anschaffungskosten angesetzt. Aus § 248 Abs. 2, § 255 Abs. 2 Satz 4, Abs. 2a, § 266 Abs. 2 A. I., § 268 Abs. 8, § 285 Nr. 22, § 288 Abs. 1, § 314 Abs. 1 Nr. 14 HGB folgt ein Aktivierungswahlrecht für selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens. Das Aktivierungswahlrecht stärke die Informationsfunktion der

---

<sup>402</sup> Vgl. *Winnefeldt*, Bilanzhandbuch, 4. Aufl., Rn. 415; *Thiel/Lüdtke-Handjery*, Bilanzrecht, 6. Aufl., Rn. 436; *Brönner/Bareis/Hahn/Maurer/Poll/Schramm*, Bilanz nach Handels- und Steuerrecht, 10. Aufl., S. 68; *Wöhe/Mock*, Handels- und Steuerbilanz, S. 89; *Henrichs* in *Tipke/Lang*, 21. Aufl., § 9, Rn. 122; *Kleindiek* in *Staub HGB* § 246 Rn. 8;

<sup>403</sup> Vgl. *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., S. 88.

<sup>404</sup> Vgl. *Wöhe/Mock*, a. Handels- und Steuerbilanz, S. 89.

<sup>405</sup> Vgl. *Brönner/Bareis/Hahn/Maurer/Poll/Schramm*, Bilanz nach Handels- und Steuerrecht, 10. Aufl., S. 68.

<sup>406</sup> Vgl. *Wöhe/Mock*, Handels- und Steuerbilanz, S. 90; ob dies durch Einzelverkehrsfähigkeit, Einzelveräußerbarkeit, Einzelverwertbarkeit oder Einzelvollstreckbarkeit zu erfolgen hat, ist nicht eindeutig in geklärt, hat indes Auswirkungen auf den Begriff „immateriellen Vermögensgegenstände“, vgl. i. Einz. *Ballwieser* in *Münchener Kommentar zum HGB*, 3. Aufl., § 246 HGB, Rn. 13 ff.

<sup>407</sup> Vgl. Arbeitskreis „immaterielle Werte im Rechnungswesen“ der Schmalenbach-Gesellschaft, BB 2008, 1813, 1814.

<sup>408</sup> Vgl. *Elliott/Krämer* in *Beck'scher Bilanzkommentar*, 8. Aufl., § 247 Rn. 13

<sup>409</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/10067, S. 42.

<sup>410</sup> Vgl. *Thiel/Lüdtke-Handjery*, Bilanzrecht, 6. Aufl., Rn. 434 ff.

<sup>411</sup> Vgl. *Winnefeldt*, Bilanzhandbuch, 4. Aufl., Teil X, Rn. 415, *Kleindiek* in *Staub HGB* § 246 Rn. 8.

Handelsbilanz. Nicht in die Bilanz aufgenommen werden dürfen selbst geschaffene Marken, Drucktitel, Verlagsrechte, Kundenlisten oder vergleichbare immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens. Die Bewertung erfolgt gemäß § 255 HGB durch Ansatz der Herstellungskosten,<sup>412</sup> die „bei dessen Entwicklung“ anfallen. Entwicklung ist „die Anwendung von Forschungsergebnissen oder von anderem Wissen für die Neuentwicklung von Gütern oder Verfahren oder die Weiterentwicklung von Gütern oder Verfahren mittels wesentlicher Änderungen; Forschung ist die „eigenständige und planmäßige Suche nach neuen wissenschaftlichen oder technischen Erkenntnissen oder Erfahrungen allgemeiner Art, über deren technische Verwertbarkeit und wirtschaftliche Erfolgsaussichten grundsätzlich keine Aussagen gemacht werden können.“ Können Forschung und Entwicklung nicht verlässlich voneinander getrennt werden, ist eine Aktivierung ausgeschlossen.<sup>413</sup> Wird ein selbstgeschaffener immaterieller Vermögensgegenstand aktiviert, ist der Gesamtbetrag der Forschungs- und Entwicklungskosten des Geschäftsjahrs sowie der davon auf den aktivierten Vermögensgegenstand entfallende Betrag im Anhang auszuweisen ebenso der Gesamtbetrag der nach § 268 Abs. 8 HGB nicht ausschüttbaren Beträge.

## **II. Das Wirtschaftsgut im deutschen Bilanzsteuerrecht**

### **1. Der Zweck der Steuerbilanzierung**

Die Ertragsteuern belasten den Erwerbserfolg des Steuerpflichtigen. Die Gewinnermittlung ist die Grundlage der Ermittlung des „Einkommens“ (§ 2 EStG). Das Einkommen ist Ausdruck des Erwerbserfolgs und der hinzuerworbenen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen.<sup>414</sup> Die Ermittlung des Erwerbserfolgs in Form des Gewinns, erfolgt bei gewerbetreibenden im Wege des Betriebsvermögensvergleichs. Die steuerliche Bilanzierung ermittelt das Betriebsvermögen und macht es vergleichbar – zwischen den Wirtschaftsjahren eines Steuerpflichtigen (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, § 4

---

<sup>412</sup> „Herstellungskosten“ sind die Aufwendungen, die durch den Verbrauch von Gütern und die Inanspruchnahme von Diensten für die Herstellung eines Vermögensgegenstands, seine Erweiterung oder für eine über seinen ursprünglichen Zustand hinausgehende wesentliche Verbesserung entstehen. Dazu gehören die Materialkosten, die Fertigungskosten und die Sonderkosten der Fertigung sowie angemessene Teile der Materialgemeinkosten, der Fertigungsgemeinkosten und des Werteverzehrs des Anlagevermögens, soweit dieser durch die Fertigung veranlasst ist. Bei der Berechnung der Herstellungskosten dürfen angemessene Teile der Kosten der allgemeinen Verwaltung sowie angemessene Aufwendungen für soziale Einrichtungen des Betriebs, für freiwillige soziale Leistungen und für die betriebliche Altersversorgung einbezogen werden, soweit diese auf den Zeitraum der Herstellung entfallen. Forschungs- und Vertriebskosten dürfen nicht einbezogen werden.

<sup>413</sup> Vgl. i.Einz. *Tiedchen* Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, § 255 HGB, Rn. 105 ff.

<sup>414</sup> Vgl. statt aller *Thiel/Lüdtke-Handjery*, Bilanzrecht, 6. Aufl., , Rn. 289.

Abs. 1 S. 1 EStG, § 8 Abs. 2 KStG) und zwischen verschiedenen Steuerpflichtigen. Steuerliche Bilanzierung dient der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nach objektiven Kriterien sowie einer leistungsfähigkeitsgerechten Besteuerung;<sup>415</sup> das Informationsbedürfnis des Markts oder Gläubigerschutzgedanken spielen dagegen keine Rolle.<sup>416</sup>

## 2. Definition des „immateriellen Wirtschaftsguts“

Die wohl noch h.M. folgert aus dem Maßgeblichkeitsgrundsatz des § 5 Abs. 1 S. 1 EStG grundsätzlich die Gleichsetzung des Begriffs des Wirtschaftsguts mit dem des Vermögensgegenstands.<sup>417</sup> Dies macht insofern Sinn, als dass der Begriff des Vermögensgegenstands unter Einfluss der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ausgelegt wird, deren grundsätzliche Geltung für die steuerliche Bilanzierung der Maßgeblichkeitsgrundsatz anordnet. Unter Verweis auf den Maßgeblichkeitsgrundsatz wurde gar die Auffassung vertreten, der Begriff des Wirtschaftsguts könne nicht von dem des Vermögensgegenstandes abweichen.<sup>418</sup> Auch der BFH hatte zunächst einen grundsätzlichen Gleichlauf der Begriffe erkennen wollen,<sup>419</sup> in der neueren Rechtsprechung wird dies indes nicht mehr erwähnt.<sup>420</sup> Ungeachtet des Gleichlaufpostulats hatte der BFH bereits zuvor unter Bezug auf die eigenständigen Zwecke der steuerlichen Bilanzierung eine Auslegung des Begriffs entwickelt, die über den des Vermögensgegenstandes hinausreicht oder hinter diesem zurückbleibt.<sup>421</sup> So wurden etwa Anteile an einer Personengesellschaft stets als Vermögensgegenstände, jedoch infolge der transparenten Besteuerung nie als Wirtschaftsgüter angesehen.<sup>422</sup> Insbesondere legt der BFH Betonung auf die besondere Bewertbarkeit eines Vorteils, so dass die eigenständige Verkehrsfähigkeit bzw. selbstständige Verwertbarkeit des Vermögensgegenstandes

---

<sup>415</sup> Vgl. statt aller *Thiel/Lüdtke-Handjery*, Bilanzrecht, 6. Aufl., , Rn. 303.

<sup>416</sup> Vgl. *Brönner/Bareis/Hahn/Maurer/Poll/Schramm*, Bilanz nach Handels- und Steuerrecht, 10. Aufl., S. 69; *Hennrichs* in *Tipke/Lang*, 21. Aufl., 21. Aufl., § 9 Rn. 48.

<sup>417</sup> Vgl. *Hey* in *Tipke/Lang*, 20. Aufl., § 17 Rn. 91.

<sup>418</sup> Vgl. *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, S. 8; kritisch *Hennrichs* in *Tipke/Lang*, 21. Aufl., § 9 Rn. 122. Vertreter dieser Auffassung gelangen dennoch zu einem abweichenden Begriffsverständnis, indem der Gleichlauf zwar im Ausgangspunkt angenommen wird, so dann aber das Erfordernis der „selbstständigen Verwertbarkeit“ des Vermögensgegenstandes geschwächt wird und die „besonderen steuerlichen Sachgesetzlichkeiten“ betont werden, wodurch eine Abweichungen zwischen „übereinstimmenden Inhalten der Begriffe“ entstehen könne, so insb. *Krumm* in *Blümich EStG*, 135. Aufl., § 5 Rn. 303a.

<sup>419</sup> Vgl. BFH Beschluss v. 7.8.1998, GrS 2/99, BStBl. II 1999, 551; DStR 2000, 1682 (1684).

<sup>420</sup> Vgl. BFH v. 26.11.2014 – X R 20/12, BFHE 248, 34, Tz. 23 ff.

<sup>421</sup> Vgl. m.w.N. *Weber-Grellet* in *Schmidt EStG*, § 5 Rn. 93 ff., sowie *Krumm* in *Blümich EStG*, 121. Aufl., § 5 Rn. 303 („uneinheitliche“ Rechtsprechung).

<sup>422</sup> Dazu m.w.N. *Krumm* in *Blümich EStG*, 121. Aufl., § 5 Rn. 303.

des nur eingeschränkt gegeben sein muss.<sup>423</sup> Daher ist der Firmen- und Geschäftswert nicht erst im Wege der Fiktion ein (einlagefähiges<sup>424</sup>) steuerliches Wirtschaftsgut.<sup>425</sup>

Nach der Rechtsprechung des BFH ist der Begriff des Wirtschaftsguts „weit zu fassen“ und „auf Grundlage einer wirtschaftlich Betrachtungsweise“ auszulegen.<sup>426</sup> Steuerliche Wirtschaftsgüter sind daher alle Gegenstände im Sinne des § 90 BGB (Sachen und Rechte) sowie sonstigen wirtschaftlichen Vorteile, einschließlich tatsächlicher Zustände und konkreter Möglichkeiten, deren Erlangung sich der Kaufmann etwas kosten lässt, die einzeln oder in Zusammenhang mit dem Betrieb übertragen werden kann und die nach der Verkehrsauffassung einer besonderen Bewertung zugänglich sind.<sup>427</sup> Nicht erforderlich ist die Einzelveräußerbarkeit, ausreichend ist die Übertragbarkeit zusammen mit dem Betrieb oder jedenfalls die wirtschaftliche Verwertbarkeit.<sup>428</sup> Die erforderliche „besondere Bewertbarkeit“ ergibt sich aus einem eigenständigen „Nutzungs- und Funktionszusammenhang“<sup>429</sup> bzw. nach Ansicht des BFH daraus, dass ein gedachter Erwerber des ganzen Betriebs in dem Vorteil einen „greifbaren Wert“ sehen würde, für den er ihm Rahmen des Gesamtkaufpreises einen ins Gewicht fallenden, besonderen Kaufpreisanteil ansetzen würde.<sup>430</sup> So kommt es zu einem gewissen ineinandergreifen des „sich etwas kosten lassen würde“ und der „besonderen Bewertbarkeit“ durch die „Greifbarkeit“<sup>431</sup> des Vorteil; dieser muss also derart als „Einzelheit ins Gewicht fallen“<sup>432</sup>, dass sich der immaterielle Vorteil „nicht in den

---

<sup>423</sup> Vgl. m.w.N. *Weber-Grellet* in Schmidt EStG, § 5 Rn. 95 f.

<sup>424</sup> Vgl. BFH v. 24.03.1987 – I R 202/83, BStBl. II 1987, 705: „Dies folgt aus der Notwendigkeit der Abgrenzung der gesellschaftsrechtlichen von der betrieblichen Sphäre einer Kapitalgesellschaft. Insofern tritt das Aktivierungsverbot des § 5 Abs. 2 EStG zurück. [...] Der Geschäftswert eines Einzelunternehmens ist auch ein einlagefähiges Wirtschaftsgut. Zwar hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher nur bilanzierungsfähige Wirtschaftsgüter als einlagefähig angesehen und dabei die Bilanzierungsfähigkeit nach Bilanzrecht beurteilt. [...] Da § 4 Abs. 1 EStG den Begriff "Wirtschaftsgut" für Einzelunternehmen, Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften einheitlich und ohne Rücksicht auf die konkrete Bilanzierungsfähigkeit im Einzelfall verwendet, kann die Forderung nach inhaltlicher Übereinstimmung der Begriffe "Wirtschaftsgut" und "Vermögensgegenstand" nur bedeuten, daß sich die Einlagefähigkeit eines Wirtschaftsgutes (Vermögensgegenstand) nach dessen allgemeiner Bilanzierungsfähigkeit richtet. Allgemein gesehen ist jedoch auch der selbstgeschaffene Geschäftswert bilanzierungsfähig. Er kann gesellschaftsrechtlich Gegenstand einer Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten sein.“

<sup>425</sup> Dazu m.w.N. *Krumm* in Blümich EStG, 126. Aufl., § 5 Rn. 631 ff.

<sup>426</sup> Vgl. BFH v. 26.11.2014 – X R 20/12, BFHE 248, 34, Tz. 23.

<sup>427</sup> Vgl. BFH v. 26.11.2014 – X R 20/12, BFHE 248, 34, Tz. 23.

<sup>428</sup> Vgl. m.w.N. *Weber-Grellet* in Schmidt EStG, § 5 Rn. 95.

<sup>429</sup> Vgl. m.w.N. *Weber-Grellet* in Schmidt EStG, § 5 Rn. 95 sowie *Hennrichs* in Tipke/Lang, 21. Aufl., § 9 Rn. 125.

<sup>430</sup> Vgl. *Petersen/Wohlgemuth/Zwirner*, Beck'sches Steuerberater-Handbuch, 14. Aufl., ABC der Bilanzierung, Wirtschaftsgut, Rn. 895.

<sup>431</sup> BFH Beschluss v. 7.8.1998, GrS 2/99, BStBl. II 1999, 551; DStR 2000, 1682 (1684).

<sup>432</sup> BFH Beschluss v. 7.8.1998, GrS 2/99, BStBl. II 1999, 551; DStR 2000, 1682 (1684).

allgemeinen Firmen und Geschäftswert verflüchtigt<sup>433</sup>“. <sup>434</sup> Auf den rechtlichen Schutz des immateriellen Wirtschaftsgutes kommt es dabei nicht an,<sup>435</sup> ebenso wenig auf die Nutzbarkeit über mehrere Veranlagungszeiträume.<sup>436</sup>

### 3. Die steuerliche Ansatzfähigkeit immaterieller Wirtschaftsgüter

Gemäß § 5 Abs. 2 EStG ist für immaterielle Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens ein Aktivposten nur anzusetzen, wenn sie „entgeltlich erworben“ wurden. Eine von *Moxter* begründete Mindermeinung verneint einen „entgeltlichen Erwerb“, wenn ein immaterielles Wirtschaftsgut von einem anderen konzernangehörigen Unternehmen erworben wurde.<sup>437</sup> In jedem Fall muss der Erwerb von der eigenen „Herstellung“ abgegrenzt werden, vor allem wenn Auftragsentwicklungsverhältnisse vorliegen. *Krumm* erkennt für diese Abgrenzung eine Leitbildfunktion der Unterscheidung zwischen unechter Auftragsproduktion – die den Auftragnehmer zum Hersteller macht – und echter Auftragsproduktion – bei der der Auftraggeber der Hersteller des immateriellen Wirtschaftsgutes ist.<sup>438</sup> Diese Abgrenzung erfordere eine wertenden Betrachtung der Möglichkeiten zur Einflussnahme des Auftraggebers auf den Produktionsvorgang und auf die Zuweisung der wirtschaftlichen Verantwortung, insbesondere der Risikotragung, im Rahmen des Produktionsprozesses.<sup>439</sup> Unerheblich ist dagegen, ob das Entgelt marktüblich ist, also ein Vollerwerb oder eine gemischte Schenkung vorliegt.<sup>440</sup>

---

<sup>433</sup> Vgl. *Moxter*, Bilanzrechtsprechung, S. 6.

<sup>434</sup> Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei *Hennrichs* in Tipke/Lang, 21. Aufl., § 9 Rn. 130 f. Übersicht über immaterielle Wirtschaftsgüter etwa in H 5.5 EStH 2010.

<sup>435</sup> Vgl. BFH Urteil v. 08.09.2011 – IV R 5/09 (Tz. 17 m.w.N.).

<sup>436</sup> Vgl. i.Einz. BFH v. 26.11.2014 – X R 20/12, BFHE 248, 34, Tz. 29 ff.

<sup>437</sup> Vgl. *Moxter*, StuW 1989, 232 ff.; *Seifried*, DB 1990, 1478 ff.; *Löcke*, BB 1998, 415 ff.

<sup>438</sup> Vgl. m.w.N. *Krumm* in Blümich EStG, 135. Aufl., § 5 Rn. 534.

<sup>439</sup> Vgl. i.Einz. BMF, Schreiben betr. ertragsteuerliche Behandlung von Film- und Fernsehfonds, BStBl. I 2003, 406. Das BMF stellt ferner auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten ab, die *Produktionsprozesse zu kontrollieren*. So sei erforderlich, dass der Hersteller „wesentliche Einflussnahmemöglichkeiten auf die Filmproduktion hat und die wirtschaftlichen Folgen verantwortet oder bei Koproduktionen mitverantwortet. Dies ist der Fall, wenn die Einflussnahmemöglichkeiten des Fonds unmittelbar Auswirkungen auf die gesamte Durchführung des Projekts bis zur Fertigstellung des Wirtschaftsguts haben und sich zeitlich über die Phase vor Beginn der Dreharbeiten, die Dreharbeiten selbst und die Phase nach Abschluss der Dreharbeiten (Post-Production) erstrecken. Diese Voraussetzungen sind für jeden Film gesondert zu prüfen. [...] Eine ausreichende Einflussnahmemöglichkeit ist gegeben, wenn der Fonds rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, wesentliche Teile des Konzepts zu verändern. Das kann auch dann bejaht werden, wenn Entscheidungsalternativen für die wesentlichen Konzeptbestandteile angeboten werden; dies sind alle wesentlichen Maßnahmen der Filmproduktion, insbesondere die Auswahl des Filmstoffs, des Drehbuchs, der Besetzung, die Kalkulation der anfallenden Kosten, der Drehplan und die Finanzierung. Allein die Zustimmung zu den vom Initiator vorgelegten Konzepten oder Vertragsentwürfen bedeutet keine ausreichende Einflussnahme. Die Gesellschafter müssen vielmehr über die wesentlichen Vertragsgestaltungen und deren Umsetzung tatsächlich selbst bestimmen können. [...] Die Einflussnahmemöglichkeiten dürfen auch faktisch nicht ausgeschlossen sein.“

<sup>440</sup> Vgl. m.w.N. *Krumm* in Blümich EStG, 135. Aufl., § 5 Rn. 540.

### **III. Der Begriff des Vermögenswertes der IFRS**

#### **1. Der Zweck des IFRS-Abschlusses**

Zweck der International Financial Reporting Standards (IFRS) ist es, Informationen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie Veränderungen in der Vermögens- und Finanzlage eines Unternehmens bereit zu stellen, die für einen weiten Adressatenkreis bei wirtschaftlichen Entscheidungen nützlich sind.<sup>441</sup> Zu dem Adressatenkreis gehören aktuelle und potentielle Investoren, Arbeitnehmer, Kreditgeber, Lieferanten und andere Gläubiger, Kunden, Regierungen sowie deren Institutionen und die Öffentlichkeit.<sup>442</sup> Die von den Adressaten zu treffenden wirtschaftlichen Entscheidungen erfordern eine Beurteilung der Fähigkeit des Unternehmens, Zahlungsmittel und Zahlungsmitteläquivalente zu erwirtschaften, ferner des Zeitpunktes und der Wahrscheinlichkeit ihres Entstehens.<sup>443</sup> Dem IFRS-Abschluss liegen das Konzept der Periodenabgrenzung sowie die Annahme der Unternehmensfortführung zugrunde.<sup>444</sup> Qualitative Anforderungen an den Abschluss sind Verständlichkeit, Relevanz, Wesentlichkeit, Verlässlichkeit, Glaubwürdigkeit der Darstellung, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, Neutralität, Vorsicht, Vollständigkeit, Vergleichbarkeit sowie die Vermittlung eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bildes („true and fair view“), wobei eine Abwägung von Kosten und Nutzen der Abschlusserstellung sowie der qualitativen Anforderungen an den Abschluss untereinander möglich sei.<sup>445</sup>

#### **2. Definition des „immateriellen Vermögenswerts“**

Der Begriff der Vermögenswerte wird durch das International Accounting Standards Board Framework (IASB) in Anbetracht der Informationsbedürfnisse des Adressatenkreises des IFRS-Abschlusses für wirtschaftliche Entscheidungen zunächst durch das einem Vermögenswert innewohnende Potential beschrieben, direkt oder indirekt zum Zufluss von Zahlungsmitteln und Zahlungsmitteläquivalenten an das Unternehmen zu führen. Dieses Potential eines künftigen wirtschaftlichen Nutzens könne sich in der Leistungserstellung als Teil der laufenden Geschäftstätigkeit des Unternehmens auswirken, in der Konvertibilität in Zahlungsmittel oder Zahlungsmitteläquivalente

---

<sup>441</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, Rahmenkonzept, Rn. 12.

<sup>442</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, Rahmenkonzept, Rn. 9 ff.

<sup>443</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, Rahmenkonzept, Rn. 15.

<sup>444</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, Rahmenkonzept, Rn. 22 f.

<sup>445</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, Rahmenkonzept, Rn. 24-46.

oder in der Fähigkeit, den zukünftigen Mittelabfluss zu verringern.<sup>446</sup> Dies wird konkretisiert in der IAS-38-Definition des Vermögenswertes als einer Ressource, die aufgrund von Ereignissen in der Vergangenheit von einem Unternehmen beherrscht wird, und von der erwartet wird, dass dem Unternehmen durch sie ein künftiger wirtschaftlicher Nutzen zufließt<sup>447</sup>. „Beherrscht“ wird eine Ressource durch ein Unternehmen, wenn es die Verfügungsgewalt über den künftigen wirtschaftlichen Nutzen hat, also in der Lage ist, sich den künftigen wirtschaftlichen Nutzen zu verschaffen und den Zugriff Dritter auf diesen Nutzen beschränken kann.<sup>448</sup> Ein immaterieller Vermögenswert wird definiert als ein identifizierbarer, nicht-monetärer Vermögenswert ohne physische Substanz.<sup>449</sup> Als „Identifizierbar“ gilt ein solcher Vermögenswert, wenn er „separierbar“ ist, also einzeln oder zusammen mit einem anderen identifizierbaren Vermögenswert bzw. einer Verbindlichkeit vom Unternehmen getrennt und verwertet werden kann, sei es durch Verkauf, Übertragung, Lizenzierung, Vermietung oder Tausch. Für die Identifizierbarkeit reicht es aus, dass der immaterielle Vermögenswert aus vertraglichen Rechten oder qua Gesetz entsteht, unabhängig davon, ob diese Rechte vom Unternehmen übertragbar oder separierbar sind.<sup>450</sup> Der künftige wirtschaftliche Nutzen kann in Erlösen aus dem Verkauf von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen, Kosteneinsparungen oder anderen Vorteilen bestehen, die sich aus der Verwendung des Vermögenswertes ergeben.<sup>451</sup>

### **3. Die Ansatzfähigkeit immaterieller Vermögenswerte**

Die „Ressourcen“, die als „immaterielle Vermögenswerte“ qualifizieren, sind in der Bilanz anzusetzen, wenn es „wahrscheinlich“ ist, dass dem Unternehmen der erwartete künftige wirtschaftliche Nutzen aus dem Vermögenswert zufließen wird, und die Anschaffungs- oder Herstellungskosten verlässlich bewertet werden können.<sup>452</sup> Die Wahrscheinlichkeit des Zuflusses muss anhand von „vernünftigen und begründeten Annahmen“ beurteilt werden. Dabei hat das Unternehmen zwar eigenes Ermessen, hat

---

<sup>446</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, Rahmenkonzept, Rn. 53.

<sup>447</sup> Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 8.

<sup>448</sup> Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 13; zur Wechselwirkung von Realisationsgrundsatz und den Begriffen Vermögensgegenstand bzw. Wirtschaftsgut vgl. *Wassermeyer* Auswirkungen der neueren Entscheidungen des Großen Senats zum Bilanzsteuerrecht, DB 2001, 1053, 1053 f.; zur Abweichung der IFRS/IAS vom Realisationsgrundsatz (auch nur realisierbare Erträge) vgl. *Krumm* in Blümich EStG, 121. Aufl., § 5 Rn. 241.

<sup>449</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 8.

<sup>450</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 12.

<sup>451</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 17.

<sup>452</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 21.

indes externen, substanziellen Hinweisen zu dem Grad an Sicherheit des künftigen Zuflusses größeres Gewicht beizumessen.<sup>453</sup> Erfolgt demnach der Bilanzansatz, ist der immaterielle Vermögenswert mit seinen Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bewerten.<sup>454</sup> Nicht angesetzt werden darf ein selbst geschaffener Geschäfts- oder Firmenwert.<sup>455</sup> Bei grundsätzlich ansetzbaren selbst geschaffenen immateriellen Vermögenswerten unterscheiden die IAS 38 ebenso wie das HGB eine Forschungsphase und eine Entwicklungsphase, um den Schwierigkeiten zu begegnen, wann ein „identifizierbarer“ Vermögenswert besteht, der einen künftigen wirtschaftlichen Nutzen erwarten lässt, sowie für die verlässliche Bestimmung der Herstellungskosten.<sup>456</sup> Kann ein Unternehmen die Forschungsphase nicht von der Entwicklungsphase eines internen Projekts zur Schaffung eines immateriellen Vermögenswerts trennen, sind die Aufwendungen abzusetzen, nicht zu kapitalisieren, da nicht hinreichend nachgewiesen ist, dass ein immaterieller Vermögenswert existiert, der einen voraussichtlichen künftigen wirtschaftlichen Nutzen erzeugen wird.<sup>457</sup> Aus der Entwicklung entstehender immaterieller Vermögenswert ist nur anzusetzen, (i) wenn er soweit realisiert ist, dass er „genutzt oder verkauft“ werden kann, (ii) das Unternehmen beabsichtigt und (iii) fähig ist, ihn fertig zu stellen und zu nutzen oder zu verkaufen, (iv) die Art und Weise des künftigen wirtschaftlichen Nutzen nachgewiesene werden kann, (v) die dafür erforderlichen technischen, finanziellen, und sonstigen Ressourcen verfügbar sind, und (vi) das Unternehmen fähig ist, die während der Entwicklung zurechenbaren Kosten verlässlich zu bewerten.<sup>458</sup> In der Entwicklungsphase könne das Unternehmen in der Regel den immateriellen Vermögenswert identifizieren und den erwarteten wirtschaftlichen Nutzen nachweisen.<sup>459</sup> Ebenso wie § 248 Abs. 2 S. 2 HGB dürfen selbst geschaffene

---

<sup>453</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 23.

<sup>454</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 24.

<sup>455</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 49: „Ein selbst geschaffener Geschäfts- oder Firmenwert wird nicht als Vermögenswert angesetzt, da dieser keine durch das Unternehmen kontrollierte identifizierbare Ressource (d.h. er ist weder separierbar noch aus vertraglichen oder gesetzlichen Rechten entstanden) handelt, deren Herstellungskosten verlässlich bemessen werden können.“

<sup>456</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 51-52.

<sup>457</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 55.

<sup>458</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 57.

<sup>459</sup> Vgl. Wiley, IFRS 2013, IAS 38, Rn. 58: „Beispiele für Entwicklungsaktivitäten sind: (a) der Entwurf, die Konstruktion und das Testen von Prototypen und Modellen vor Beginn der eigentlichen Produktion oder Nutzung; (b) der Entwurf von Werkzeugen, Spannvorrichtungen, Prägestempeln und Gussformen unter Verwendung neuer Technologien; (c) der Entwurf, die Konstruktion und der Betrieb einer Pilotanlage, die von ihrer Größe her für eine kommerzielle Produktion wirtschaftlich ungeeignet ist; und (d) der Entwurf, die Konstruktion und das Testen einer ausgewählten Alternative für neue oder verbesserte Materialien, Vorrichtungen, Produkte, Verfahren, Systeme oder Dienstleistungen“

Markennamen, Drucktitel, Verlagsrechte, Kundenlisten sowie ihrem Wesen nach ähnliche Sachverhalte nicht angesetzt werden.<sup>460</sup>

#### **IV. Zwischenergebnis**

Diese Betrachtung der Bilanzierungszwecke und der bilanziellen Grundeinheiten zeigt, dass diese Zweckschöpfungen ihrer jeweiligen Regelungsanliegen sind und nur insofern übereinstimmen als auch die zugrundeliegenden Regelungsziele übereinstimmen. Verrechnungspreise sind zwar Teil der steuerlichen Einkünfteermittlung und somit Teil der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, erfolgen aber technisch gerade *außerhalb* der Steuerbilanz, als zweiter Schritt der Gewinnermittlung, ohne Bezug zu bilanziellen Positionen, als außerbilanzieller Ansatz eines auf einen bestimmten Betrag (d.h. den Unterschiedsbetrag zwischen dem tatsächlich geleisteten Entgelt und dem zutreffenden steuerlichen Verrechnungspreis) lautenden Korrekturpostens.<sup>461</sup> Die Einkünftekorrektur bezieht sich nur auf das Leistungsentgelt, nicht auf die Ermittlung des im Unternehmen gebundenen Vermögens zwecks Betriebsvermögensvergleichs. Verrechnungspreise haben eine von dieser vorsichtigen Bilanzierung zur Ermittlung des im Unternehmen gebundenen Betriebsvermögens und dem Realisationsgrundsatz abweichende, zusätzliche Funktion, die internationale Allokation von Erträgen aus ausgeübten Funktionen und dadurch internationaler Verteilungsgerechtigkeit bei der Aufteilung der Bemessungsgrundlage sicherzustellen. Die Bestimmung eines „angemessenen“ Leistungsentgelts für Geschäftsbeziehungen die „immaterielle Werte“ berühren kann sich auf solche Werte beziehen, die bei der steuerlichen Bilanzierung als immaterielle Wirtschaftsgüter gelten (würden), ist aber nicht darauf beschränkt, nur Geschäftsbeziehungen, die steuerliche Wirtschaftsgüter berühren, auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen. Der immaterielle Wert des Verrechnungspreisrechts ist vielmehr nur eine denkbare Beschreibung des wirtschaftlichen Gehalts von tatsächlich erfolgten Geschäftsbeziehungen. Gegenstand der Überprüfung von Verrechnungspreisen ist jede Geschäftsbeziehung, d.h. alle „wirtschaftlichen Vorgänge“ auf der Grundlage schuldrechtlicher Vereinbarungen (§ 1 Abs. 4 AStG). Diese weit zu verstehenden „wirtschaftlichen Vorgänge“ sind nicht auf solche Geschäftsvorfälle zu reduzieren, die steuerbilanzielle Wirtschaftsgüter, handelsrechtliche Vermögensgegenstände oder Vermögenswerte nach IFRS berühren. Ungeachtet

---

<sup>460</sup> Vgl. Wiley, IAS 38, § 64 (2008).

<sup>461</sup> Vgl. BMF, VG-Verfahren, BStBl. I 2003, 570, Tz. 5.3.

dieser theoretischen Eigenständigkeit erhöht der regelmäßig fehlende bilanzielle Ansatz die praktischen Schwierigkeiten, die immateriellen Werte für Verrechnungspreis-zwecke zu identifizieren, einer Partei zuzuordnen und zu bewerten.

## **V. Definition des „immateriellen Werts“ für Verrechnungspreis-zwecke**

### **1. Zweck des internationalen Verrechnungspreissystems**

Die Einkünftekorrekturnormen des nationalen Steuerrechts haben im Rahmen des Betriebsvermögensvergleichs allgemein den Zweck, nicht betrieblich veranlasste Wertveränderungen zu eliminieren, so dass der Gewinn zutreffend nur betriebliche Geschäftsvorfälle ausweist, einschließlich der stillen Reserven.<sup>462</sup> Dadurch wird die objektive Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen zutreffend erfasst.<sup>463</sup> Die internationale Koordination der Gewinnabgrenzung durch den Fremdvergleichsgrundsatz des nationalen (§ 1 AStG) und internationalen Rechts (Art. 9 OECD-MA) verfolgt darüber hinaus den Zweck, die internationale Verteilung von Besteuerungssubstrat zu regulieren, wobei der Leitgedanke das im System des „classification and assignment approach“ des OECD-Musterabkommens angelegte Ziel darstellt, die geographische Zusammenführung von steuerlichem Gewinnausweis und tatsächlicher Wertschöpfung zu erreichen, was – nach hier vertretener Auffassung – eine zutreffende Ausgestaltung der „economic allegiance“ gewerblicher Einkünfte bedeutet.<sup>464</sup>

In Bezug auf die dabei verwendeten Begrifflichkeiten lässt sich im deutschen Verrechnungspreisrecht eine Entwicklung nachzeichnen, bei der das BMF zunächst (nicht abschließend) auf „immaterielle Wirtschaftsgüter“ abhob, um mögliche Geschäftsbeziehungen zu beschreiben. Seit dem UntStRefG 2008 wird bei der Beschreibung des Transferpakets bei Funktionsverlagerungen gesetzlich auf „immaterielle Wirtschaftsgüter und sonstige Vorteile“ Bezug genommen. Die VG-Funktionsverlagerung des BMF verwendeten erstmals den Oberbegriff „immaterielle Werte“, der nunmehr auch in der offiziellen deutschen Übersetzung des Final BEPS Reports verwendet wird.<sup>465</sup>

---

<sup>462</sup> Vgl. *Heinicke* in Schmidt EStG, 2012, § 4 Rn. 300.

<sup>463</sup> Vgl. *Hey* in Tipke/Lang, 21. Aufl., § 11, Rn. 45.

<sup>464</sup> Vgl. ausf. oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.

<sup>465</sup> Die deutsche Übersetzung der OECD ist abrufbar unter [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/gewahrleistung-der-ubereinstimmung-zwischen-verrechnungspreisergebnissen-und-wertschopfung\\_9789264274297-de#.WcOsijVpEI0](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/gewahrleistung-der-ubereinstimmung-zwischen-verrechnungspreisergebnissen-und-wertschopfung_9789264274297-de#.WcOsijVpEI0).

## **2. Vorhandene Definitionen im deutschen Verrechnungspreisrecht**

### **a) Die Verwaltungsgrundsätze 1983 des BMF**

Die Verwaltungsgrundsätze 1983 des BMF<sup>466</sup> enthalten in Zusammenhang mit dem Erwerb von Gütern oder Waren, die unter Nutzung von „immateriellen Wirtschaftsgütern“ hergestellt wurden, zwar keine Definition, aber eine nicht abschließende Aufzählung. Demnach sind immaterielle Wirtschaftsgüter gewerbliche Schutzrechte, Geschmacksmusterrechte, Urheberrechte, nicht geschützte Erfindungen oder sonst die Technik bereichernde Leistungen, Sortenschutzrechte, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sowie „ähnliche Rechte oder Werte“<sup>467</sup>. Die Verwaltungsgrundsätze geben keine Hinweise dafür, worin die „Ähnlichkeit“ der aufgezählten „Rechte und Werte“ im Einzelnen besteht. Zwar von immateriellen Wirtschaftsgütern gesprochen wird, aber nicht erkennbar ein definitorischer Gleichlauf mit bilanziellen Wirtschaftsgütern angestrebt. Abschnitt 5 der Verwaltungsgrundsätze 1983 trägt den Titel „Nutzungsüberlassung von Patenten, Know-how oder anderen immateriellen Wirtschaftsgütern; werden solche „Wirtschaftsgüter“ zur Nutzung überlassen, sei der „Fremdpreis“ für die „tatsächlich zur Nutzung überlassenen einzelnen immateriellen Wirtschaftsgüter“ anzusetzen.<sup>468</sup> Die Verwaltungsgrundsätze beschreiben also nur einzelne, denkbare Geschäftsbeziehungen, nicht abstrakt-generell die Bandbreite aller denkbaren Geschäftsbeziehung und die potentiell in diesen berührten immateriellen Wirtschaftsgüter. Eine über die Handhabe dieser engen Klassen von Transaktionen hinausgehende Aussage lässt sich den Verwaltungsgrundsätzen 1983 nicht entnehmen.

### **b) Die Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze 1999**

Die Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze 1999<sup>469</sup> adressieren ebenfalls allgemein die Überführung „immaterieller Wirtschaftsgüter“ zwischen Stammhaus und ausländischer Betriebsstätte sowie speziell im Kontext von Explorationen. Die Betriebsstätten-VG 1999 liefern ebenfalls keine abstrakt-generelle Definition, sondern fordern nur die Aufdeckung der stillen Reserven durch den Ansatz eines Fremdvergleichspreises, d.h. des Preises, den unabhängige Dritte unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen ver-

---

<sup>466</sup> BMF v. 23.2.1983, Schreiben betr. Grundsätze für die Prüfung der Einkünfteabgrenzung bei international verbundenen Unternehmen (Verwaltungsgrundsätze), BStBl. I S. 218 („BMF, VG 1983“).

<sup>467</sup> Vgl. BMF, BMF, VG 1983, Tz. 3.1.2.3.

<sup>468</sup> Vgl. BMF, BMF, VG 1983, Tz. 5.1.1., 5.2.1.

<sup>469</sup> Vgl. BMF v. 24.12.1999, Schreiben betr. Grundsätze der Verwaltung für die Prüfung der Aufteilung der Einkünfte bei Betriebsstätten international tätiger Unternehmen (Betriebsstätten-Verwaltungsgrundsätze), BStBl. I 1999, 1076 („Betriebsstätten-VG 1999“).

einbart hätten, im Zeitpunkt der Überführung. Die Überführung eines immateriellen Wirtschaftsgutes liege vor, soweit es zur Nutzung oder Verwertung durch die Betriebsstätte bestimmt ist. Darunter falle auch Fertigungs- und Produktions-Know-how, das bei der Verlagerung von Produkten oder Produktionslinien in der ausländischen Betriebsstätte Verwendung findet.<sup>470</sup> Bei Explorationsbetriebsstätten gilt als Zeitpunkt der Überführung der Eintritt in die wirtschaftliche Fündigkeit; das bis zu diesem Zeitpunkt dem inländischen Stammhaus zuzurechnende immaterielle Wirtschaftsgut (etwa ein Abbaurecht oder Erdöl-/Erdgasgewinnungsrecht) gilt als in die ausländische Betriebsstätte überführt, da es sonach zur Nutzung und Verwertung in der ausländischen Betriebsstätte bestimmt ist.<sup>471</sup> Als Fremdvergleichspreis für das selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgut gilt dabei indes nur sämtlicher Aufwand, der bis zum Beginn der Entwicklungs- und Produktionsphase für das jeweilige im ausländischen Staat belegene Konzessionsgebiet beim inländischen Stammhaus angefallen ist.<sup>472</sup> Auch die Betriebsstätten-VG adressieren somit nur punktuell einen Teilbereich der möglichen Inhalte von Transaktionen für „immaterielle Wirtschaftsgüter“, die gesondert überführt werden können, indem es zur Nutzung oder Verwertung durch die Betriebsstätte bestimmt wird. Etwas unklar ist die Verwendung des „soweit“<sup>473</sup>, da das Eigentum an bilanziellen „Wirtschaftsgütern“ nicht aufgeteilt werden kann; unklar ist schon daher, ob die steuerbilanzielle Definition des immateriellen Wirtschaftsguts gemeint ist oder etwas Abweichendes. Naheliegend ist zwar, dass sich das „soweit“ auf den Inhalt der Transaktion bezieht, also umschreibt „in wie weit“ eine Nutzungsberechtigung eingeräumt wurde; da die Betriebsstätte jedoch eine Betriebsstättenbilanz zur Gewinnermittlung erstellt, ist eine „soweit-Überführung“ nicht wirklich schlüssig.

### **c) Die Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung 2003**

Auf der Grundlage von § 90 Abs. 3 AO hat das BMF mit Zustimmung des Bundesrates die Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung (GAufzV) erlassen.<sup>474</sup> Die GAufzV konkretisiert die Aufzeichnungspflichten des § 90 Abs. 3 AO, die sich auf die

---

<sup>470</sup> BMF, Betriebsstätten-VG 1999, Tz. 2.6. lit. c).

<sup>471</sup> BMF, Betriebsstätten-VG 1999, Tz. 4.7.2.

<sup>472</sup> BMF, Betriebsstätten-VG 1999, Tz. 4.7.2.

<sup>473</sup> BMF, Betriebsstätten-VG 1999, Tz. 2.6. lit. c).

<sup>474</sup> Vgl. Verordnung zu Art, Inhalt und Umfang von Aufzeichnungen im Sinne des § 90 Abs. 3 der Abgabenordnung (Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung - GAufzV), BGBl. 2003 Teil I Nr. 56, S. 2296. Siehe auch den Diskussionsentwurf des BMF zur Änderung der GAufzV vom 21.02.2017. Interessanterweise sollen nach dem Diskussionsentwurf die „Wertschöpfungsbeiträge“ nicht mehr „im Verhältnis zu den nahestehenden Personen“ erfolgen, sondern reaktiv allgemein nur noch dessen „Wertschöpfungsbeiträge“.

Darstellung der Geschäftsvorfälle, die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen der Vereinbarung, die verwendete Verrechnungspreismethode und die verwendeten Fremdvergleichsdaten beziehen (sog. Sachverhalts- und Angemessenheitsdokumentation). Gemäß § 4 Nr. 2 GAufzV müssen die Aufzeichnungen über die Geschäftsbeziehung einerseits eine Übersicht über Art und Umfang der Geschäftsbeziehung und dieser zugrundeliegenden Verträge und ihrer Veränderung enthalten, andererseits ebenfalls eine „Zusammenstellung (Liste) der wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgüter, die dem Steuerpflichtigen gehören und die er im Rahmen der Geschäftsbeziehung zu Nahestehenden nutzt oder zur Nutzung überlässt.“ Anders als in den VG 1983 und den Betriebsstätten-VG 1999 werden auch solche immaterielle Wirtschaftsgüter einbezogen, die selbst nicht überlassen werden können. Das „Wirtschaftsgut“ muss nicht gesondert übertragbar sein, sondern nur kontrolliert bzw. wirtschaftlich besessen werden können.<sup>475</sup> Hier deutete sich eine erste Weitung der Begrifflichkeit an.

#### **d) Die Verwaltungsgrundsätze-Verfahren 2005**

Die Verwaltungsgrundsätze-Verfahren des BMF<sup>476</sup> enthalten Konkretisierungen der Sachverhaltsdokumentation, zu der der Steuerpflichtigen aus der GAufzV verpflichtet ist. Die wesentlichen „immateriellen Wirtschaftsgüter“, die in die Zusammenstellung (Liste) aufgenommen werden müssen, liegen nach Ansicht des BMF „unabhängig von ihrer Bilanzierungsfähigkeit zumindest dann vor, wenn sie registriert oder Gegenstand eines gesonderten schuldrechtlichen Vertrages oder nicht nur untergeordneter Teil einer Leistungsbeziehung<sup>477</sup>“ sind. Deswegen könne auch Know-how in der Liste zu berücksichtigen sein. In welchen Fällen immaterielle Wirtschaftsgüter „wesentlich“ sind, lasse sich nicht unabhängig vom Einzelfall feststellen. Es sei zu prüfen, ob das immaterielle Wirtschaftsgut nach den Verhältnissen des betreffenden Unternehmens für dessen Geschäftstätigkeit erhebliche Bedeutung hat (z.B. ein Patent, auf dem die Produktionstätigkeit des Unternehmens ganz oder teilweise beruht).<sup>478</sup> Die VG-Verfahren 2005 behalten somit zwar die Begrifflichkeit des immateriellen Wirt-

---

<sup>475</sup> In dem Diskussionsentwurf des BMF zur Änderung der GAufzV vom 21.02.2017 wird nicht mehr von „immateriellen Wirtschaftsgütern“, sondern von „immateriellen Werten“ gesprochen, vgl. a.a.O. § 4 Nr. 2 lit. b).

<sup>476</sup> BMF v. 12.4.2005, Schreiben betr. Grundsätze für die Prüfung der Einkünfteabgrenzung zwischen nahestehenden Personen mit grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen in Bezug auf die Ermittlungs- und Mitwirkungspflichten, Berichtigungen sowie auf Verständigungs- und EU-Schiedsverfahren (Verwaltungsgrundsätze-Verfahren), BStBl. I 2005, 570 („VG-Verfahren 2005“).

<sup>477</sup> BMF, VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.11.3.

<sup>478</sup> Vgl. BMF, VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.11.3.

schaftsgutes bei, stellen für die Sachverhaltsdokumentation, die Art und Umfang der Geschäftsbeziehung darstellen soll, ausdrücklich nicht auf Bilanzierungskonzepte ab, sondern vorrangig auf die Leistungsbeziehung zwischen verbundenen Unternehmen. Diese Leistungsbeziehung wird eingebettet in den Gesamtkontext der Wertschöpfungskette, die als „der gesamter Leistungserstellungsprozess“ der Unternehmensgruppe verstanden wird.<sup>479</sup> So entsteht ein breites Konzept von Leistungsaustauschen, die Gegenstand der Geschäftsbeziehung sein können, solange diese „immateriellen Wirtschaftsgüter“ dem Steuerpflichtigen „gehören“.

#### **e) Gewinnpotenziale und Transferpakete bei Funktionsverlagerungen**

Durch das UntStRefG 2008 wurden die Steuerfolgen von grenzüberschreitenden „Funktionsverlagerungen“ innerhalb einer Unternehmensgruppe verschärft.<sup>480</sup> Gesetzgeberisches Ziel war es, dazu beitragen, die Besteuerung in Deutschland geschaffener „Werte“ sicherzustellen, wenn „immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile“ (Know-how, patentiertes oder nicht patentiertes technisches Wissen, Markenrechte und -namen, Kundenstamm usw.) ins Ausland verlagert werden.<sup>481</sup> Für den Gesetzgeber war es „nicht zu rechtfertigen, wenn immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile, die mit Hilfe deutscher Infrastruktur erstellt wurden, ohne angemessene Besteuerung des

---

<sup>479</sup> Vgl. § 4 Nr. 3 lit. b), sowie BMF a.a.O., Tz. 3.4.11.5. Wertschöpfungsprozess wird indes in Anwendung der Marktalogie des „Fremdvergleichsgrundsatzes“ verstanden, nicht als einheitliche wirtschaftliche Aktivität, die sie aus Sicht der Unternehmensleitung ist. Vgl. a.a.O.: „Die Wertschöpfung (der Wertschöpfungsbeitrag) eines Konzerns, Unternehmens bzw. eines Unternehmensbereichs ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Wert, den der Abnehmer für eine erhaltene Leistung zu zahlen bereit ist (Marktpreis der erbrachten Leistung), und den vom Leistungserbringer bezogenen Vorleistungen. Die Wertschöpfung lässt sich auch aus den Kosten der Leistungserbringung zuzüglich eines Gewinnzuschlags errechnen. Die Wertschöpfungsbeiträge umfassen das Ergebnis aller Aktivitäten, die mit der Herstellung von Produkten und der Erbringung von Dienstleistungen, deren Absatz und Übermittlung an den Kunden sowie dem Kundendienst in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen (z. B. Einkauf, Produktion, Lagerhaltung, Auslieferung der Produkte, Dienstleistungserbringung, Marketing, Vertrieb und Kundendienst) und zur Aufrechterhaltung und Unterstützung der vorgenannten Leistungen dienen (z. B. Forschung und Entwicklung, Beschaffungsmanagement, Personalwirtschaft, Kommunikationswesen, Unternehmensführung und -organisation, Rechnungswesen, Finanzierung). Der Wertschöpfungsbeitrag des Steuerpflichtigen ist häufig bereits aus der Funktions- und Risikoanalyse und der dazugehörigen Angemessenheitsdokumentation ersichtlich. Ist dies nicht der Fall, muss der Steuerpflichtige im Rahmen seiner rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten eine Beschreibung der betreffenden Wertschöpfungskette vorlegen. Während bei einer Funktions- und Risikoanalyse auf einzelne Konzerngesellschaften abgestellt wird, bezieht sich eine Wertschöpfungsanalyse regelmäßig auf gesellschaftsübergreifende Prozesse innerhalb des Konzerns.“

<sup>480</sup> Vgl. § 1 Abs. S. 9-12 AStG 2008.

<sup>481</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 84. A.a.O. heißt es auch: „Wie die Erfahrung der vergangenen Jahre zeigt, geht es bei Funktionsverlagerungen in erster Linie um Vertrieb und Produktion; Forschungs- und Entwicklungsabteilungen werden dagegen erfahrungsgemäß eher selten verlagert. In Zusammenhang mit Vertriebs- und Produktionsverlagerungen werden dagegen häufig immaterielle Wirtschaftsgüter wie Know-how, patentiertes oder nicht patentiertes technisches Wissen, Markenrechte und -namen, Kundenstamm usw. übertragen oder überlassen.“

inländischen Wertschöpfungsbeitrages im Ausland genutzt werden.<sup>482c</sup> Die Regeln der Funktionsverlagerung zielen also auf eine Durchsetzung der wirtschaftlichen Quellenbesteuerung unternehmerischer Aktivitäten (d.h. der „economic allegiance“) ab.

Gemäß § 1 Abs. 3 S. 9 AStG 2008 ist der Verrechnungspreis für die Verlagerung einer „Funktion“<sup>483c</sup>, einschließlich der dazugehörigen Chancen und Risiken und mit übertragenen Wirtschaftsgütern und sonstigen Vorteile, für das Transferpaket als Ganzes zu ermitteln. Die Ermittlung von Einzelverrechnungspreisen ist nur anzuerkennen, wenn der Steuerpflichtige glaubhaft macht, dass keine wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgüter und Vorteile Gegenstand der Funktionsverlagerung waren.<sup>484</sup> Wird für das Transferpaket ein einheitlicher Verrechnungspreis bestimmt, so ist der Einigungsbereich des § 1 Abs. 3 S. 5-6 AStG unter Berücksichtigung der Gewinnpotenziale aus dem Transferpaket zu ermitteln. Die Gewinnpotenziale sind gemäß § 1 Abs. 4 FVerlV die aus der verlagerten Funktion zu erwartenden Reingewinne nach Steuern (Barwert), auf die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter nicht unentgeltlich verzichten würde und für die ein solcher Geschäftsleiter aus Sicht des übernehmenden Unternehmens bereit wäre, ein Entgelt zu zahlen. Die Gewinnpotenziale sind gemäß § 3 Abs. 2 FVerlV unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auf der Grundlage einer Funktionsanalyse vor und nach der Funktionsverlagerung unter Berücksichtigung tatsächlich bestehender Handlungsmöglichkeiten zu ermitteln und beinhalten auch Standortvorteile oder -nachteile und Synergieeffekte. Infolge der Mittelwertvermutung des § 1 Abs. 3 S. 7 AStG kommt es zu einer hälftigen Teilung der Gewinnpotenziale, wenn kein anderer Wert innerhalb des nach § 7 FVerlV zu bestimmenden Einigungsbereichs glaubhaft gemacht wird.

Durch diese grundsätzliche Transferpaketbetrachtung, die Ermittlung eines Verrechnungspreises für das Transferpaket als Ganzes unter Berücksichtigung der Gewinnpotenziale und der dabei greifenden Mittelwertvermutung wurden die Regeln der Funktionsverlagerung, denen der Gesetzgeber nur „klarstellende und präzisierende Wirkung“ beimaß, vielfach kritisiert. In definitorischer Hinsicht wurde teilweise geltend gemacht, dass im Ergebnis die Gewinnpotenziale wie immaterielle Werte behandelt

---

<sup>482</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 84.

<sup>483</sup> Vgl. zum Begriff § 1 Abs. 1 FVerlV: „Eine Funktion ist eine Geschäftstätigkeit, die aus einer Zusammenfassung gleichartiger betrieblicher Aufgaben besteht, die von bestimmten Stellen oder Abteilungen eines Unternehmens erledigt werden. Sie ist ein organischer Teil eines Unternehmens, ohne dass ein Teilbetrieb im steuerlichen Sinn vorliegen muss.“

<sup>484</sup> Richtiger wäre die Verwendung eines „oder“ anstelle des „und“.

werden, da in Deutschland erst künftige Gewinne bereits im Verlagerungszeitpunkt zur Besteuerung heranziehe, wie dies bei immateriellen Werten unter Geltung des Fremdvergleichsgrundsatzes erfolge. Durch die Erfassung des Gewinnpotenzials „verabschiede“ sich der Gesetzgeber von der „Besteuerung (nur) der Wirtschaftsgüter und ihrer Übertragung“<sup>485</sup> bzw. gehe das Gesetz über die Besteuerung stiller Reserven hinaus. Diese Kritik überzeugt indes nicht. Während der Grundsatz der Einzelbewertung ein Bilanzierungsprinzip sein mag, ist die Einkünftekorrektur auf der Grundlage des Fremdvergleichsgrundsatzes gerade keine bilanzielle Operation, sondern eine Durchbrechung des Realisationsgrundsatzes zwecks außerbilanziellen Ansatzes einer auf einen Geldbetrag lautenden Position, die nicht durch die Bilanzierungsgrundsätze, sondern allein durch die Tatbestandsmerkmale der Einkünftekorrekturnormen<sup>486</sup> determiniert wird. Der Fremdvergleichsgrundsatz bewertet den Gesamthalt einer Geschäftsbeziehung und erfordert daher keine Einzelbewertung oder Qualifikation der Transaktionsgegenstände als steuerliche Wirtschaftsgüter oder handelsbilanzielle Vermögensgegenstände.<sup>487</sup> Das Gewinnpotenzial wird durch die Funktionsverlagerungsregeln ferner nicht selbst zum Transaktionsgegenstand, sondern fließt nur in die Verrechnungspreisermittlung der Höhe nach ein, es bleibt bei der Bewertung des Leistungsgegenstandes der Geschäftsbeziehung aus Sicht beider beteiligten Entitäten. Markttransaktionen sind nicht nur bei der Qualifikation als Wirtschaftsgut entgeltspflichtig. Die Bezugnahme auf Wirtschaftsgüter und sonstige Vorteile ist realitätsgerecht.<sup>488</sup> Sie erhebt die Gewinnpotenziale selbst nicht zu Wirtschaftsgütern, sondern bezieht diese nur bei der Bewertung der Leistungsbeziehung ein. Die dabei greifende Vermutung einer hälftigen Teilung wird ferner international als eine „pragmatische“<sup>489</sup> Herangehensweise gesehen. Die Funktionsverlagerung geht zwar dann über die Be-

---

<sup>485</sup> Frotscher, Funktionsverlagerung, Berliner Steuergespräche, 2007, Handout, S. 4, abrufbar unter [www.berlinersteuergespraech.de/app/download/6912846/25BSG\\_Frotscher\\_Handout.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=de](http://www.berlinersteuergespraech.de/app/download/6912846/25BSG_Frotscher_Handout.pdf+&cd=1&hl=de&ct=clnk&gl=de).

<sup>486</sup> Vgl. ausf. Wassermeyer, Einkünftekorrekturnormen im Steuersystem, IStR 2001, S. 633 ff.

<sup>487</sup> Vgl. Greil/Naumann, Funktionsverlagerungen – Praxistest in der Betriebsprüfung, IStR 2015, 429 ff. Der Einzelbewertungsgrundsatz verlangt, wenn überhaupt, nur die regelmäßig gesonderderte Bewertung der *einzelnen Geschäftsbeziehungen*, nicht aber der *einzelnen Bestandteile* der Geschäftsbeziehungen, vgl. Wassermeyer Flick/Wassermeyer/Baumhoff AStG, 80. Aktualisierung, § 1 Rn. 253. Vgl. international auch *Internal Revenue Service (IRS)*, National Office Technical Advice Memorandum, Nov. 10, 2008, No. 200907024, TAM-108926-08 zu einem „Network“.

<sup>488</sup> Vgl. a. Oestreicher/Hundeshagen, Weder Wirtschaftsgut noch Unternehmen – die Bewertung von Transferpaketen anlässlich grenzüberschreitender Verlagerung von Unternehmensfunktionen, IStR 2009, 145 ff. („[Im] Ansatz ökonomisch überzeugend“).

<sup>489</sup> Ross Taxation and Pricing of Intangibles, Singapore Management University, Paper No: 2016-S-44, 2016, S. 44.

steuerung der stillen Reserven hinaus, wenn man als Bezugsrahmen des „Unterschiedsbetrags zwischen Buchwert und höherem gemeinen Wert (Verkehrswert)<sup>490</sup>“ allein den im deutschen Markt geltenden gemeinen Wert (Verkehrswert) anerkennt; dies wäre mit der internationalen Einkünftekorrektur auf der Grundlage des Fremdvergleichsgrundsatzes nicht vereinbar, der ein eigenständiges Instrument der internationalen Verteilung von Bemessungsgrundlage aus Geschäftsbeziehungen darstellt.<sup>491</sup> Die Bezugnahme auf die Ertrags Erwartungen beider Parteien, in Fällen, in denen tatsächlicher Fremdvergleichswerte nicht ermittelt werden und ein hypothetischer Fremdvergleich durchgeführt werden muss, ist in der Logik des Fremdvergleichsgrundsatzes angelegt, der auf der Figur des doppelten ordentlichen Geschäftleiters basiert.<sup>492</sup>

Die Gesetzgebung der UntStRefG 2008 sieht das Ziel der Regelungen zu Funktionsverlagerungen darin, die Besteuerung in Deutschland geschaffener „Werte“ sicherzustellen, wenn „immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile<sup>493</sup>“ ins Ausland verlagert werden. Dabei wird eine Anpassung der Verrechnungspreise nicht auf Wirtschaftsgüter beschränkt. Für Verrechnungspreis Zwecke sind bei der Anwendung des § 1 AStG alle Werte<sup>494</sup> zu berücksichtigen, die in Deutschland geschaffen wurden und durch die Verlagerung ins Ausland gelangen können, die also transaktionsfähig sind. Richtig ist, dass der Fremdvergleichsgrundsatz als Ersatzrealisationstatbestand dabei nur auf bereits vorhandene Werte zugreifen darf, nicht erst zukünftig entstehende;<sup>495</sup> (immaterielle) Werte die inexistent sind, können nicht Bestandteil einer Geschäftsbeziehung sein. Andererseits müssen jedoch auch sonstige Vorteile, die noch nicht zu einem Wirtschaftsgut konkretisiert sind, in die Verrechnungspreisermittlung einfließen, wenn fremde Dritte ihre Übertragung bei der Preisfindung berücksichtigen würden.<sup>496</sup> Dies ist ökonomisch und teleologisch überzeugend<sup>497</sup> und gilt auch für Bestimmung der Grenzpreise im Rahmen des hypothetischen Fremdvergleiches unter Berücksichtigung der Standortvorteile, die nur dann hälftig geteilt werden, wenn keine

---

<sup>490</sup> Vgl. *Hennrichs* in *Tipke/Lang*, 21. Aufl., § 9, Rn. 420.

<sup>491</sup> Vgl. *Wittendorff*, *Shadowlands: The OECD on Intangibles*, Tax Notes International, 2012, 935 ff.

<sup>492</sup> Vgl. u.a. *BMF VG-Funktionsverlagerung*, 2010, Tz. 3.10.1., Rn. 182 f.

<sup>493</sup> *BT/Drucks. 16/4841*, S. 84.

<sup>494</sup> *BT/Drucks. 16/4841*, S. 84.

<sup>495</sup> Vgl. *Hey* *Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008*, *BB* 2007, 1303, 1308.

<sup>496</sup> Vgl. *BMF, VG-Funktionsverlagerung*, Tz. 2.1.3, Rn. 29.

<sup>497</sup> Vgl. a. *Oestreicher/Hundeshagen*, *Weder Wirtschaftsgut noch Unternehmen – die Bewertung von Transferpaketen anlässlich grenzüberschreitender Verlagerung von Unternehmensfunktionen*, *ISTR* 2009, 145 ff. („[Im] Ansatz ökonomisch überzeugend“).

tatsächlichen Fremdvergleichswerte gefunden werden und der Steuerpflichtigen nicht glaubhaft gemacht kann, dass der Mittelwert in einer Marktsituation nicht realisierbar gewesen wäre. Durch diese widerlegbare Berücksichtigung der Gewinnpotenziale nur wenn und soweit keine Vergleichswerte bestehen, wird vermutet, dass es für die Realisation der Standortvorteile der Wirtschaftsgüter und sonstigen Vorteile, die Gegenstand der Funktionsverlagerung sind, bedarf, so dass es zwar überraschend erscheint, die Standortvorteile in die Ermittlung des Einigungsbereichs einzubeziehen, da diese aber nur durch die verlagerte Funktion gehoben werden können und es nachweisbare keine Zuordnung der Standortvorteile durch tatsächliche Fremdvergleichswerte gibt, ist das System des § 1 AStG schlüssig und mit Art. 9 OECD-MA vereinbar,<sup>498</sup> insbesondere verstoßen gesetzliche Vermutungen nicht gegen Art. 9 OECD-MA.<sup>499</sup>

#### **f) Die Betriebsstättengewinnabgrenzungsverordnung 2014 und die Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung 2016**

Die Selbstständigkeitsfiktion des § 1 Abs. 5 AStG erfordert es, der Betriebsstätte in einem ersten Schritt, dieser die Funktionen zuzuordnen, die durch ihr Personal ausgeübt werden, ferner diejenigen „Vermögenswerte des Unternehmens“, die sie zur Ausübung ihrer Funktionen benötigt, die Chancen und Risiken des Unternehmens, die sie auf Grund der ausgeübten Funktionen und zugeordneten Wirtschaftsgüter übernimmt, sowie ein angemessenes Dotationskapital. Anders als § 1 Abs. 3 S. 1 AStG bei der Funktionsanalyse („eingesetzte Wirtschaftsgüter“) und § 1 Abs. 3 S. 9 („Wirtschaftsgüter und sonstige Vorteile“), verwendete das Gesetz für die Betriebsstättengewinnabgrenzung den Begriff des „Vermögenswertes“. Gemäß § 2 Abs. 6 Betriebsstättengewinnabgrenzungsverordnung (BsGaV) sind „Vermögenswerte“ im Sinne des § 1

---

<sup>498</sup> Vgl. ähnlich nunmehr auch der Final BEPS Report im Kontext von „local market features“, Tz. 1.148. A.A. wohl *Baumhoff/Ditz/Greinert*, Die Besteuerung von Funktionsverlagerungen nach der Funktionsverlagerungsverordnung vom 12.8.2008, DStR 2008, 1945, 1950, indes ohne Diskussion, wie die Standortvorteile ohne die Verlagerung der Funktion realisierbar sein sollen, oder der Folgen des Fehlens von Vergleichsdaten für die Zuweisung dieser Vorteile aus denen ersichtlich sein würde, dass der Markt die Standortvorteile alleine dem Quellenstaat zuweist. Richtig ist, dass die OECD-Leitlinien 1995 das Konzept der Funktionsverlagerung nicht besprechen, *dies.* a.a.O. S. 1952, woraus indes nicht gefolgert werden kann, dass die OECD dieses Konzept ablehnt, es war schlicht nicht antizipiert, dass dieses Problem in einem regelungsbedürftigen Umfang auftritt, das Fehlen ist daher kein Ausdruck der Ablehnung, ähnlich *Cauwenbergh/Lucas*, The New German Transfer Pricing Rules on Cross-Boader Relocation of Function: A Preliminary Analysis, European Taxation, Oct. 2008, S. 514, 514 („lack of detailed guidance in this field“). Es ist mE indes *nicht schlüssig* die sog. „Funktionsverdoppelung“ aus dem Anwendungsbereich auszunehmen. Mglw. wird hier der *Kapitalexport gefördert*, und die Ausnahme als gerechtfertigt angesehen, da kein deutsches Steuersubstrat verlagert wird, sondern nur neues im Ausland erwirtschaftet wird, vgl. VG-Funktionsverlagerung Tz. 2.1.3, Rn. 28 f.

<sup>499</sup> Vgl. OECD-Musterkommentar, 2014, Art. 9, Tz. 4.

Abs. 5 AStG alle „Wirtschaftsgüter und Vorteile, insbesondere alle immateriellen Werte einschließlich immaterieller Wirtschaftsgüter“. Die VG-Betriebsstättengewinnaufteilung des BMF<sup>500</sup> stellen ferner klar, dass es „auf Definitionen der nationalen und internationalen Bilanzierungsstandards es ebenso wenig [ankommt] wie auf die Erfassung in der Hilfs- und Nebenrechnung, d. h. ein Vermögenswert in diesem Sinne kann einer Betriebsstätte auch dann zuzuordnen sein, wenn er nicht als Bestandteil der Hilfs- und Nebenrechnung zu erfassen ist. Die tatsächliche Bilanzierung und die Bilanzierbarkeit von Wirtschaftsgütern sind für die Zwecke der Betriebsstättengewinnermittlung nicht entscheidend, denn auch nicht bilanzierte oder nach § 248 Abs. 1 HGB nicht bilanzierungsfähige Wirtschaftsgüter können für anzunehmende schuldrechtliche Beziehungen und für die entstehenden Einkünfte von Bedeutung sein.“<sup>501</sup>

### **g) Zwischenergebnis**

Das nationale Recht und die Verwaltungsvorschriften des BMF verwenden keine einheitliche Terminologie für die Beschreibung des immateriellen Transaktionsgegenstands für Verrechnungspreiszwecke. Es zeigte sich jedoch die konsequente Entwicklung, die Eigenständigkeit gegenüber Bilanzierungskonzepten zunehmend ausdrücklich zu betonen und diese Eigenständigkeit durch die Verwendung des Begriffes des „immateriellen Wertes“ darzustellen. Während zunächst nur Geschäftsbeziehungen, die „immaterielle Wirtschaftsgüter“ betreffen, adressiert wurden,<sup>502</sup> und § 4 Nr. 2 GAufzV bei der Verrechnungspreisdokumentation nur die Zusammenstellung (Liste) der wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgütern, die dem Steuerpflichtigen gehören und die er im Rahmen der Geschäftsbeziehung zu Nahestehenden nutzt oder zur Nutzung überlässt fordert, führte UntStRefG 2008 zur gesetzlichen Verankerung der Funktionsanalyse sowie der Funktionsverlagerung, wobei bei der Funktionsanalyse die „eingesetzten Wirtschaftsgüter“, bei der Funktionsverlagerung dagegen die „immateriellen Wirtschaftsgüter und Vorteile“ Beachtung finden müssen. Bei der Selbstständigkeitsfiktion, die infolge der Umsetzung des AOA durch das AmtshilfeRLUMsG<sup>503</sup> für die Betriebsstättengewinnabgrenzung erforderlich ist, sind Vermögenswerte anzu-

---

<sup>500</sup> BMF vom 22.12.2016, Grundsätze für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die Aufteilung der Einkünfte zwischen einem inländischen Unternehmen und seiner ausländischen Betriebsstätte und auf die Ermittlung der Einkünfte der inländischen Betriebsstätte eines ausländischen Unternehmens nach § 1 Absatz 5 des Außensteuergesetzes und der Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung (Verwaltungsgrundsätze Betriebsstättengewinnaufteilung – VG BsGa).

<sup>501</sup> BMF, VG BsGa, Tz. 2.2.6.

<sup>502</sup> Vgl. BMF, BMF, VG 1983, Tz. 5.1.1., 5.2.1.

<sup>503</sup> BGBl. I 2013, 1809.

setzen, die durch die BsGaV als Wirtschaftsgüter und Vorteile und immaterielle Werte einschließlich immaterielle Wirtschaftsgüter definiert werden.<sup>504</sup> Zutreffend begründen die VG-BsGa 2016 diese Verwendung mit dem Zweck der Verrechnungspreiskontrolle, durch den Fremdvergleichsgrundsatz einen angemessenen Preis für die zwischen verbundenen Entitäten erfolgte Geschäftsbeziehung anzusetzen.

Aus dieser Betrachtung lassen sich einige Verallgemeinerungen des Begriffs der immateriellen Werte für die Verrechnungspreisermittlung ableiten. Die Verrechnungspreiskontrolle des Fremdvergleichsgrundsatzes hat den Zweck, tatsächlich erfolgte Transaktionen zwischen verbundenen Unternehmen angemessen zu verpreisen. Bezugspunkt ist die Geschäftsbeziehung. Der Inhalt einer Geschäftsbeziehung ist nicht abhängig von Vorschriften zur Bilanzierung, wie sich u.a. aus § 241 BGB ergibt.<sup>505</sup> Gegenstand des Schuldverhältnisses ist jede Leistung des Schuldners, wobei Leistung als jede Zuwendung eines wirklichen oder vermeintlichen Vorteils, der typischerweise, aber nicht notwendig, Vermögenswert hat<sup>506</sup> definiert wird. Voraussetzung ist allein, dass der Inhalt der Leistung bestimmbar ist.<sup>507</sup> Daraus lässt sich die Folgerung ziehen, dass für Verrechnungspreiszwecke der immaterielle Wert in einer Geschäftsbeziehung jeder immaterielle Vorteil ist, der bestimmbar, transaktionsfähig (kontrollierbar und zuwendbar) und potentiell werthaltig ist.<sup>508</sup> Die bewusste Übertragung einer identifizierbaren Werthaltigkeit wird unter fremden Dritten nur gegen Entgelt erfolgen<sup>509</sup> und bedeutet eine Verschiebung von Wert i.S.d. „economic allegiance“.

### 3. Rechtsvergleich USA: § 1.482-4(b) U.S. Treasury Regulations

Die Einkünftekorrekturnorm des Sec. 482 IRC<sup>510</sup> „Allocation of income and deductions among taxpayers“, enthält einerseits zur Definition des Anwendungsbereiches des

---

<sup>504</sup> Da der Begriff der Vermögenswerte als Oberbegriff der „Wirtschaftsgüter und Vorteilen“ verwendet wird, sollte sich die Funktionsanalyse des 1 Abs. 3 AStG sowie die „Zusammenstellung (Liste)“ bei der Verrechnungspreisdokumentation mE begrifflich ebenfalls auf „immaterielle Werte“ beziehen, nicht nur auf „immaterielle Wirtschaftsgüter“. Die o.g. BMF-Schreiben zeigen allerdings, dass auch die Begrifflichkeit der „Wirtschaftsgüter“ für die Verrechnungspreisanalyse *weit* verstanden wird.

<sup>505</sup> Bezug auf § 241 BGB auch bei *Pohl* in Blümich AStG, 125. Aufl., § 1, Rn. 179.

<sup>506</sup> *Grüneberg* in Palandt BGB, 2011, § 241 Rn. 4.

<sup>507</sup> Vgl. *Grüneberg* in Palandt BGB, 2011, § 241 Rn. 3.

<sup>508</sup> Ähnlich *J.S. Wilkie*, The Definition and Ownership of Intangibles, World Tax Journal, 2012, Vol. 4., No. 3., (unter Tz. 1.1.).

<sup>509</sup> Ähnlich *J.S. Wilkie*, The Definition and Ownership of Intangibles, World Tax Journal, 2012, Vol. 4., No. 3., (unter Tz. 1.1.), *Wilkie* zieht daraus den Schluss, ein „intangible“ existiere erst durch die Möglichkeit dieses wirtschaftlich zu „besitzen“, a.a.O unter Tz. 4.1.1.

<sup>510</sup> Die Vorschrift lautet i.Einz.: „In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute,

sog. „Commensurate with income standard“, der „any transfer (or license) of intangible property“ erfasst, einen Verweis auf die Definition des Sec. 936(h)(3)(B) IRC.<sup>511</sup> Ferner enthalten die U.S. Treasury Regulations<sup>512</sup> unter Sec. 482 IRC eine eigenständige Definition des „intangible property“ bzw. des „intangible“ für Verrechnungspreis-zwecke, die fast inhaltsgleich mit der Definition der Sec. 936 IRC ist. Gemäß § 1.482-4(b) U.S. Treasury Regulations ist ein „intangible“ ein „asset that comprises any of the following items and has substantial value independent of the service of any individual – (1) patents, inventions, formulae, processes, designs, patterns, or know-how; (2) copyrights and literary, musical, or artistic compositions; (3) trademarks, trade names, or brand names; (4) franchises, licences, or contracts; (5) methods, programs, systems, procedures, campaigns, surveys, studies, forecasts, estimates, customer lists, or technical data; and (6) other similar items. For purpose of this section 482, an item is considered similar to those listed in paragraph (b)(1) through (5) of this section if it derives its value not from its physical attributes but from its intellectual content or other intangible properties.“ Die „other similar items“ werden ferner dahingehend verallgemeinert, es handle sich um alle „interests that could be acquired commercially in arm’s length, unrelated third-party transactions<sup>513</sup>“.

#### **4. Definitionen in internationalen Verrechnungspreismaterialien**

##### **a) Die OECD-Leitlinien 1979, 1995 und 2010**

Die OECD-Leitlinien 1979 enthalten ein Kapitel III „transfers of technology and trademarks<sup>514</sup>“. Zur Bestimmung des Anwendungsbereichs dieses Kapitels wird der Begriff „intangible property“ als u.a. „industrial property rights (such as patents, know-

---

apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.”

<sup>511</sup> Die Vorschrift lautet: „The term “intangible property” means any (i) patent, invention, formula, process, design, pattern, or know-how; (ii) copyright, literary, musical, or artistic composition; (iii) trademark, trade name, or brand name; (iv) franchise, license, or contract; (v) method, program, system, procedure, campaign, survey, study, forecast, estimate, customer list, or technical data; or (vi) any similar item, which has substantial value independent of the services of any individual.”

<sup>512</sup> Die Treasury Regulations sind rechtlich verbindlich, wenn und soweit sie nicht „arbitrary and capricious“ sind, vgl. u.a. *Altera v. Comm.* 145 T.C. 91 (2015).

<sup>513</sup> Vgl. *Green*, Issues of Double Taxation in the US-German Context Under New German Transfer Pricing Legislation Relating to Transfer Pricing and Doubling of Business Functions, Caplin&Drysdale Attorneys, Washington D.C., S. 3.

<sup>514</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 76 ff.

how, trademarks, trade names, designs or models) as well as literary and artistic property rights (copyrights)” definiert.<sup>515</sup> Das Kapitel VI der OECD-Leitlinien 1995 enthielt genereller gefasst „special considerations for intangible property“ und wurde durch die Revision der OECD-Leitlinien 2010 nicht verändert. Dieses Kapitel VI ist auf alle Geschäftsbeziehungen mit Bezug zu „intangible property“ anwendbar. Das „intangible property“ wird einerseits durch das Erfordernis einer Nutzung in „commercial activities“ als „commercial intangibles“ eingegrenzt und andererseits in die Subkategorien „trade intangibles“ und „marketing intangibles“ unterteilt.<sup>516</sup> Das Kapitel VI versteht alle „commercial intangibles“, die keine „marketing intangibles“ sind, als „trade intangibles“. Die „trade intangibles“ werden in der Leistungserstellung eingesetzt, „marketing intangibles“ dagegen im Vertrieb (sog. „customer-facing intangibles“).<sup>517</sup> Der Begriff „intangible property“ umfasse – in Anlehnung an die OECD-Leitlinien 1979 – auch Nutzungsrechte an „industrial assets“ sowie „literary and artistic property rights, and intellectual property such as know-how and trade secrets“<sup>518</sup>, da solche „intangibles“ Wirtschaftsgüter („assets“) seien und substantiellen Wert haben können, auch wenn dieser nicht in der Unternehmensbilanz ausgewiesen ist. Ferner können wesentliche Risiken mit ihnen verbunden sein.<sup>519</sup> Die OECD-Leitlinien trennen also ebenfalls seit 1995 ansatzweise die Frage der Verrechnungspreisbestimmung von der Frage der Bilanzierung.

Die Kategorie der „commercial intangibles“ wird nicht abschließend als „patents, know-how, designs, and models that are used for the production of a good or the provision of a service, as well as intangible rights that are themselves business assets transferred to customers or used in the operation of business (e.g. computer software)“ definiert. „Trade intangibles“ seien oft das Ergebnis teurer und risikoreicher Forschungs- und Entwicklungstätigkeit.<sup>520</sup> „Marketing intangibles“ sind insbesondere „trademarks and trade names that aid in the commercial exploitation of a product or service, customer lists, distribution channels, and unique names, symbols, or pictures

---

<sup>515</sup> Das Kapitel III der OECD-Leitlinien 1979 besprach detailliert indes nur Transaktionen zur Überlassung von „patents, know-how and trademarks“, da diese Transaktionen den Steuerbehörden „die meisten Probleme“ bereiten würden, a.a.O., Tz. 76.

<sup>516</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.2 ff.

<sup>517</sup> Vgl. i.Einz. OECD TPGL 2010, Tz. 6.3.-6.12., insbesondere Tz. 6.8.

<sup>518</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.2.

<sup>519</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.2.

<sup>520</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.3.

that have an important promotional value for the product concerned<sup>521</sup>”. Den durch die Definition erforderlichen erheblichen Wert (“important promotional value”) erhalten sie durch durch eine Vielzahl an Faktoren, u.a. „the reputation and credibility of the trade name or the trademark fostered by the quality of the goods and services provided under the name or the mark in the past, the degree of quality control and ongoing R&D, distribution and availability of the goods or services being marketed, the extent and success of the promotional expenditures incurred in order to familiarise potential customers with the goods or services (in particular advertising and marketing expenditures incurred in order to develop a network of supporting relationships with distributors, agents, or other facilitating agencies), the value of the market to which the marketing intangibles will provide access, and the nature of any right created in the intangible under the law.<sup>522</sup> Die OECD-Leitlinien 1995/2010 orientieren sich also vorrangig an praxistypischen Fallgestaltungen. Eine gewisse Verallgemeinerung des Inhaltes besteht in der Feststellung, dass auch Know-how und Geschäftsgeheimnisse „commercial intangibles“ sein können, da diese „*proprietary information or knowledge that assists or improves a commercial activity*“ sind, obwohl diese nicht wie Patente usf. registriert und geschützt sind.<sup>523</sup>

Auch wenn die Revision der OECD-Leitlinien 2010 das Kapitel VI nicht änderte, wurde der in den Verhandlungen über die Steuerfolgen von internationalen „Business restructurings“ alle immateriellen Werte als potentieller Gegenstand von Geschäftsbeziehungen identifiziert. Das neue Kapitel IX der OECD-Leitlinien basiert auf dieser diese Sichtweise und erklärt den potentiellen Transaktionsinhalt von Umstrukturierungen zu jedem „transfer of something of value“, was ein Wirtschaftsgut („asset“) oder ein „ongoing concern“ sein könne.<sup>524</sup> Die Kategorie der „intangible assets“ wird in diesem Zusammenhang etwas vage als „might potentially [including] rights to use industrial assets such as patents, trademarks, trade names, designs or models, as well as copyrights of literary, artistic or scientific work (including software) and intellectual property such as know-how and trade secrets. They may also include customer lists, distribution channels, unique names, symbols or pictures.<sup>525</sup>“ Der Übergang eines “ongoing concern”, d.h. ein Transfer von „assets, bundled with the ability to perform

---

<sup>521</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.4.

<sup>522</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.4.

<sup>523</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.5.

<sup>524</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.74.

<sup>525</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.80.

certain functions and bear certain risks<sup>526</sup>”, habe alle „valuable elements” bei der Preisermittlung einzubeziehen, die unter unabhängigen Dritten vergütet worden wären, wobei eine Gesamtbetrachtung („on an aggregate basis“) der „interrelated assets, risks, or functions“ erforderlich sein könne, um den Transferwert verlässlich abzubilden.<sup>527</sup>

### **b) Die Definition des Discussion Draft 2012 der OECD Working Party No. 6**

Die Verhandlungen innerhalb des OECD CFA über die steuerliche Behandlung der Funktionsverlagerungen zwischen 2005-2010,<sup>528</sup> die zunehmende Sensibilität für das Ausmaß von Steuergestaltungen infolge der Finanzkrise 2007/08 und einsetzende unilaterale Gegenreaktionen hatten deutlich gemacht, dass weder die Definition des immateriellen Wertes noch dessen Zuordnung für Verrechnungspreiszwecke befriedigend durch die OECD-Leitlinien 1995 gelöst wurde. Der 2012 von der OECD Working Party No. 6 vorgelegte Entwurf für die Revision des Kapitels VI<sup>529</sup> stellte den Zweck des Fremdvergleichsgrundsatzes heraus, die „conditions of a transaction“ zu beurteilen, woraus folge, dass entscheidend ist, ob durch eine Geschäftsbeziehung „economic value“ übertragen wird, unabhängig davon aus welchen „items or activities“ dieser „economic value“ entsteht.<sup>530</sup> Auf dieser Grundlage entwickelt der Discussion Draft eine Definition des immateriellen Werts für Verrechnungspreiszwecke.

„[T]he word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset<sup>1</sup>, and which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities. Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a matter involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction.

<sup>1</sup>As used in this paragraph, a financial asset is any asset that is cash, an equity instrument, a contractual right or obligation to receive cash or another financial asset or to exchange financial assets or liabilities, or a derivative. Examples include bonds, bank deposits, stocks, shares, forward contracts, futures contracts, and swaps.<sup>531</sup>”

### **c) Die Definition des OECD/G20 Final BEPS Report 2015**

Der BEPS-Abschlussbericht hält an der Grundannahme fest, die „key consideration“ der Verrechnungspreisanalyse sei die Frage, ob durch eine Geschäftsbeziehung „eco-

---

<sup>526</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.93.

<sup>527</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.94.

<sup>528</sup> Vgl. zum Projekt ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

<sup>529</sup> OECD, Discussion Draft, Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions, 2012 („Intangibles Draft 2012”).

<sup>530</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 2.

<sup>531</sup> OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 40.

conomic value“ übertragen werde.<sup>532</sup> Der Abschlussbericht zieht demgegenüber konsequentere Folgen aus den Problemen einer „zu engen“ oder „zu weiten“ Definition. Die „zu enge“ Definition könne praktisch dazu führen, Transaktionsbestandteile, die zwischen unverbundenen Parteien eine Vergütung ausgelöst hätten, nicht in die Verrechnungspreiskontrolle einfließen zu lassen, während die „zu weite“ Definition umgekehrt die Gefahr berge, für steuerliche Gewinnermittlung Leistungsbestandteile anzunehmen, die zwischen unverbundenen Parteien keine Vergütung ausgelöst hätten.<sup>533</sup> Dieser stärkere Fokus auf das Marktverhalten führt zu einer gegenüber dem Intangibles Draft 2012 leicht ergänzten Definition des immateriellen Werts.

„[T]he word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset,<sup>14</sup> which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances. Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a case involving intangibles should be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction.

<sup>14</sup>As used in this paragraph, a financial asset is any asset that is cash, an equity instrument, a contractual right or obligation to receive cash or another financial asset or to exchange financial assets or liabilities, or a derivative. Examples include bonds, bank deposits, stocks, shares, forward contracts, futures contracts, and swaps.<sup>534</sup>”

Derartige „intangibles“ können bei einer Verrechnungspreisanalyse zu berücksichtigen sein, obwohl sie nicht bilanziert sein müssen. Oft werden Entwicklungskosten als Betriebsausgaben abgezogen worden sein, nicht kapitalisiert, und doch können immaterielle Werte vorliegen, die erhebliche wirtschaftlichen Wert erzeugen und deshalb bei der Ermittlung von angemessenen Leistungsentgelten Berücksichtigung finden müssen.<sup>535</sup> Darüberhinaus kann das Zusammenwirken von verschiedenen immateriellen Werten, die gemeinsam eingesetzt werden („a collection of intangibles“), über die Einzelbewertung hinausgehenden wirtschaftlichen Nutzen vermitteln, der nicht aus der bilanziellen Einzelbewertung hervorgehen würde. Ob ein immaterieller Wert also vorliegt, kann zwar durch die Bilanzierung indiziert werden, aber ist *eigenständig* für

---

<sup>532</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.2. Der Abschnitt „A. Identifying Intangibles“ wurde schon durch das „Action 8: 2014 Deliverable“ finalisiert; hier wird dennoch nur der Final BEPS Report besprochen. Im Zusammenhang mit der Zuordnung der „intangibles“ wird unten deutlich mit den verschiedenen Dokumenten argumentiert, da sie sich unterscheiden.

<sup>533</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.5; sowie OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 39.

<sup>534</sup> Final BEPS Report, Tz. 6.6. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>535</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.7.

Verrechnungspreiszwecke zu prüfen.<sup>536</sup> Diese eigenständige Definition bedeutet auch, dass die gesetzliche oder vertragliche Schützbarkeit zwar den Wert eines immateriellen Werts beeinflussen kann, aber für dessen Vorliegen dem Grunde nach unerheblich ist. Ebenso wenig ist erforderlich, dass der immaterielle Wert einzeln übertragbar sein müsste, es ist ausreichend, wenn dieser nur zusammen mit anderen Wirtschaftsgütern gemeinsam übertragen werden kann.<sup>537</sup> Kann der immaterielle Wert indes selbst nicht übertragen werden, etwa immaterielle Standortbesonderheiten eines geographischen Markts, liegt allenfalls ein externer Faktor vor, der in die Vergleichbarkeitsanalyse und dadurch in die Wahl der Verrechnungspreismethode einfließen kann.<sup>538</sup>

Der Final BEPS Report schränkt die Folgen dieser weiten Definition des immateriellen Werts ferner dadurch ein, die Definition sei strikt von der Ermittlung des konkreten Verrechnungspreises zu trennen. Nicht jeder immaterielle Wert erfordert eine eigenständige Vergütung und nicht jeder immaterielle Wert rechtfertigt die Zuordnung von „premium returns“ an dessen wirtschaftlichen Eigentümer. Immaterielle Werte können ganz unterschiedlich zur Wertschöpfung beitragen.<sup>539</sup> Sorgfältig sei im Einzelfall zu prüfen, ob ein immaterieller Wert vorliegt und ob dieser Bestandteil der konkreten Geschäftsbeziehung wurde.<sup>540</sup> Jeder immaterielle Wert, der in die Verrechnungspreisermittlung einbezogen wird, ist spezifisch durch die Funktionsanalyse zu identifizieren, ebenso die Art und Weise seines Beitrags zur Wertschöpfung in der konkreten Geschäftsbeziehung, die konkreten Funktionen und Risiken in Bezug auf die Entwicklung und kommerzielle Nutzung des spezifischen immateriellen Werts und dessen Zusammenwirken mit anderen Werten.<sup>541</sup> Eine nur vage Darstellung des Vorhandenseins und der Auswirkungen von immateriellen Werten genügt nicht.<sup>542</sup>

Die Eigenständigkeit der Definition des immateriellen Werts bringt zwei weitere Implikationen mit sich. Erstens ist die Definition, die helfen soll, die Angemessenheit von Leistungsentgelten unter Art. 9 OECD-MA überprüfen, nicht maßgeblich für andere Steuerzwecke, insbesondere auch nicht für die Besteuerung von Lizenzgebühren gemäß Art. 12 OECD-MA, ebenso wenig wie die Definition der Lizenzgebühren im

---

<sup>536</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.7.

<sup>537</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.8.

<sup>538</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.9.

<sup>539</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.10.

<sup>540</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.11.

<sup>541</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.12.

<sup>542</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.12.

Sinne des Art. 12 OECD-MA ihrerseits die Definition des immateriellen Werts für Zwecke des Art. 9 OECD-MA determiniert.<sup>543</sup> Zweitens ist eine Kategorisierung der immateriellen Werte zwar denkbar, insbesondere eine Trennung von „Marketing intangibles“ und „Trade intangibles“ wie sie in den OECD-Leitlinien 2010 enthalten war, allerdings ist mit dieser Kategorisierung keine Rechtsfolge verbunden; die Identifikation eines immateriellen Werts einer dieser Klassen entbindet nicht von der Einzelfallprüfung der wirtschaftlichen Umstände im Wege der Funktionsanalyse.<sup>544</sup>

#### **aa) Kritik an der Definition des Final BEPS Report in der Literatur**

Diese im Final BEPS Report entwickelte Definition wurde teils kritisiert in Hinsicht auf (i) die Bezugnahme auf den Fremdvergleichsgrundsatz bei der Begriffsbestimmung, (ii) die Eigenständigkeit der Definition, insbesondere die Loslösung von Art. 12 OECD-MA, (iii) die Unbestimmtheit der Anforderungen an die Kontrollierbarkeit sowie (iv) der Ausschluss der Einzelübertragbarkeit des immateriellen Werts.<sup>545</sup>

Die Bezugnahme auf den Fremdvergleichsgrundsatz für die Frage, ob dem Grunde nach ein immaterieller Wert vorliegt, wird teils für „nicht nachvollziehbar“ befunden; die OECD vermische die Feststellung eines angemessenen Preises für eine Leistung mit der Ermittlung des Transaktionsinhaltes.<sup>546</sup> Dieser Einwand überzeugt nicht.<sup>547</sup> Die Funktionsanalyse, die den vollständigen Transaktionsinhalt und dadurch die Grundlage der Ermittlung des angemessenen Verrechnungspreises ergibt, ist Teil des Gesamtsystems „Fremdvergleichsgrundsatz“. Die Frage, wann ein vergütungspflichtiger Vorteil vorliegt, wird nur durch eine Analyse des Transaktionsinhalts erkennbar. Selbst die weniger weite Definition des steuerlichen „Wirtschaftsguts“ hebt darauf ab, ob der Kaufmann sich die Erlangung des Vorteils etwas kosten lassen würde. Die Übertragung eines wirtschaftlichen Wertes, die durch den Fremdvergleichsgrundsatz angemessen vergütet werden soll, wird durch die Bezugnahme auf die Bereitschaft für die Erlangung des Vorteils ein Entgelt zu entrichten, sachgerecht verobjektiviert.<sup>548</sup>

---

<sup>543</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.13.

<sup>544</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.15 f.

<sup>545</sup> Vgl. u.a. die umfassenden Stellungnahmen zu den Diskussionsentwürfen der OECD Working Party No. 6, abrufbar unter [www.oecd.org/ctp/transfer-pricing](http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing).

<sup>546</sup> Vgl. *Ditz/Pinkernell/Quilitzsch* BEPS-Reformvorschläge zu Lizenzgebühren und Verrechnungspreisen bei immateriellen Wirtschaftsgütern aus Sicht der Beratungspraxis, *ISr* 2014, 45, 49.

<sup>547</sup> Vgl. a. *Koch*, Die neue OECD-Definition immaterieller Werte für Verrechnungspreiszwecke – Hat die OECD ihre selbst gesteckten Ziele erreicht?, *ISr* 2015, 199, 201.

<sup>548</sup> Vgl. a. *Koch*, Die neue OECD-Definition immaterieller Werte für Verrechnungspreiszwecke – Hat die OECD ihre selbst gesteckten Ziele erreicht?, *ISr* 2015, 199, 201.

Vereinzelt wird die Abkoppelung der Definition des immateriellen Wertes von der Definition der „royalties“ für Zwecke des Art. 12 OECD-MA<sup>549</sup> kritisch gesehen.<sup>550</sup> Es sei kaum je der Fall, dass Zahlungen für die Nutzung eines immateriellen Wertes nicht als Lizenzgebühr im Sinne des Art. 12 Abs. 1 OECD-MA qualifiziert, und umgekehrt sei kaum der Fall, dass Lizenzgebühren im Sinne des Art. 12 OECD-MA nicht für einen immateriellen Wert im Sinne der Verrechnungspreise geleistet werden; daher sei es nicht einleuchtend, dass Art. 12 OECD-MA keinen Einfluss auf Art. 9 OECD-MA habe soll.<sup>551</sup> Dieses Argument ist indes allein auf eine praktische Häufigkeit basiert und wird nicht durch ein zwingendes theoretisches Zusammenwirken der Normen begründet. Ein zwingender Gleichlauf ergibt sich insbesondere nicht aus der eigenständigen Anpassungsmöglichkeit von gezahlten Lizenzgebühren gemäß Art. 12 Abs. 4 OECD-MA,<sup>552</sup> der zwar in seinem Anwendungsbereich *lex specialis* zu Art. 9 OECD-MA ist, aber darüberhinaus die Anwendung des Art. 9 OECD-MA nicht berührt.<sup>553</sup>

Ferner wird problematisiert, dass die OECD offenlasse, welche Anforderungen an die Kontrollierbarkeit zu stellen sind, ob also die tatsächliche Kontrolle ausreicht oder eine wie auch immer geartete rechtliche Rechtsposition bestehen muss,<sup>554</sup> damit der wirtschaftliche Vorteil als immaterieller Wert qualifiziert. Zutreffend wird jedoch von diesen Stimmen darauf hingewiesen, dass die Ausübung der tatsächlichen, wirtschaftlichen Kontrolle ausreichen muss, wodurch indes Rechtsunsicherheit entstehen kann.

---

<sup>549</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 2 OECD-MA: „The term “royalties” as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience.”

<sup>550</sup> Vgl. Wang, A tentative Improvement: Comments on OECD Discussion Draft on the Transfer Pricing of Intangibles, *International Transfer Pricing Journal*, 2013, S. 136, 137.

<sup>551</sup> Vgl. Wang, A tentative Improvement: Comments on OECD Discussion Draft on the Transfer Pricing of Intangibles, *International Transfer Pricing Journal*, 2013, S. 136, 137.

<sup>552</sup> Vgl. Art. 12 Abs. 4 OECD-MA: „Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the royalties, having regard to the use, right or information for which they are paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention.”

<sup>553</sup> Vgl. OECD, *Model Tax Convention, Commentary*, 2010, Art. 12, Tz. 23.

<sup>554</sup> So Koch, *Die neue OECD-Definition immaterieller Werte für Verrechnungspreiszwecke – Hat die OECD ihre selbst gesteckten Ziele erreicht?*, *IStR* 2015, 199, 201. Zuvor zahlreiche Stellungnahmen zu den Diskussionsentwürfen der OECD von 2012 und 2013, abrufbar unter [www.oecd.org/ctp/transfer-pricing](http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing).

Stark angegriffen wurde zuletzt der Ausschluss des Tatbestandsmerkmals der Einzelübertragbarkeit aus der Definition des immateriellen Werts.<sup>555</sup> Hinter dieser Kritik steht die seit dem 2nd OECD CFA Roundtable 2005 im Zusammenhang mit Funktionsverlagerungen geführte Auseinandersetzung über die Vergütungspflichtigkeit der Übertragung von Goodwill und Going-concern, die in Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 ansatzweise entschieden wurde. Nachdem die grundsätzliche Kritik an der Vergütungspflichtigkeit von Goodwill und Going-concern nicht verfrucht wurde, wurde diese Kritik an der Definition auf die praktische Ebene gezogen, der spezifische Goodwill oder Going-concern könne auch negativ sein und müsse jedenfalls der konkreten Entität, die als Überträgerin dieses immateriellen Werts in der Geschäftsbeziehung angesehen wird, wirtschaftlich zugeordnet werden können und transferiert worden sein.<sup>556</sup>

### **bb) Stellungnahme zu Definition und Kritik**

Der Final BEPS Report betont angesichts des abweichenden Zwecks zutreffend, dass bilanzielle Definitionen nicht maßgeblich für den Begriff des immateriellen Wertes für Verrechnungspreiszwecke sind, sondern allein die wirtschaftliche Logik des Fremdvergleichsgrundsatzes darüber entscheidet, welche Transaktionsgegenstände dem Grunde nach eine Vergütung auslösen;<sup>557</sup> Art. 9 Abs. 1 OECD-MA bezieht sich auf „profits which would have been realized [by a related party in an arm’s length transaction] but [...] have not so accrued“. Die OECD bringt diese Erwägungen zutreffend in der Verwendung der Begrifflichkeit des „intangibles“ – im Gegensatz zu „intangible property“ oder „intangible assets“ – zum Ausdruck.<sup>558</sup> Der theoretischen Richtigkeit der weiten Definition stehen indes durchaus Rechtssicherheitsbedenken gegenüber.

---

<sup>555</sup> Vgl. aus deutscher Sicht u.a. *Bärsch/Luckhaupt/Schulz* Bestimmung angemessener Verrechnungspreise in Zusammenhang mit IWG –Eine kritische Analyse, Ubg 2014, 37, 38.

<sup>555</sup> Vgl. *Ditz/Pinkernell/Quilitzsch* BEPS-Reformvorschläge, BEPS-Reformvorschläge zu Lizenzgebühren und Verrechnungspreisen bei immateriellen Wirtschaftsgütern aus Sicht der Beratungspraxis, IStR 2014, S. 45 ff.

<sup>556</sup> Vgl. exemplarisch die Stellungnahme von KPMG International zum Revised Discussion Draft, September 2013, abrufbar unter [www.oecd.org/ctp/transfer-pricing](http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing).

<sup>557</sup> Vgl. a. *Bärsch/Luckhaupt/Schulz* Bestimmung angemessener Verrechnungspreise in Zusammenhang mit IWG –Eine kritische Analyse, Ubg 2014, 37, 38 („konsequente Umsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes“), sowie *Schmidtke* Maßnahme 8 des BEPS-Aktionsplans – Der Fremdvergleichsgrundsatz und BEPS, IStR 2015, 120, 122 („hilfreiche Konkretisierung des Fremdvergleichsgrundsatzes“); *Wehnert* Verrechnungspreise und immaterielle Wirtschaftsgüter, IStR 2007, 558, 559; *J.S. Wilkie*, The Definition and Ownership of Intangibles, World Tax Journal, 2012, Vol. 4., No. 3., (unter Tz. 5.3.2.); *Gomes* Defining goodwill for transfer pricing, Transfer Pricing International Journal, BNA, 2012, S. 1, 2 („transfer pricing is different than accounting“).

<sup>558</sup> Vgl. *Greiner* in *Wassermeyer/Baumhoff*, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen, 2014, Rz. 6.550 sowie *Naumann/Groß* Verrechnungspreisaspekte immaterieller Werte – der OECD-Bericht zu Maßnahme 8 des Action Plan on BEPS, IStR 2014, 906, 908.

#### **d) Die Definition der UN-Leitlinien 2017**

Die UN-Leitlinien 2017 bestätigen die im Final BEPS Report entwickelte Definition des immateriellen Werts.<sup>559</sup> Rechtliche oder bilanzielle Definitionen seien nicht maßgeblich, können jedoch einen „informative starting point“ bilden; gesetzliche oder vertragliche Schützbarkeit des immateriellen Werts sei keine Voraussetzung für die Anerkennung, könne aber die Bewertung beeinflussen.<sup>560</sup> Als Beispiele für nicht geschützte immaterielle Werte werden „best practices, internal procedures, human capital, non-contractual relations to customers or suppliers and network effects“<sup>561</sup> genannt. Die UN-Leitlinien greift ferner die Fallgruppen der „marketing“ und „trade intangibles“ auf, ohne an diese konkrete Rechtsfolgen zu knüpfen. Interessanterweise relativieren die UN-Leitlinien indes die Bedeutung der Definition eines immateriellen Werts, da sich der Inhalt der Geschäftsbeziehung aus der gesamten Funktions- und Vergleichbarkeitsanalyse ergebe.<sup>562</sup> Die UN-Leitlinien sehen „wenig Unterschiede“ zwischen der Qualifikation eines Leistungsbestandteils als immateriellem Wert und einer sonstigen Leistung, die im Kontext von Vorteilen, die als immaterielle Werte qualifizieren, erbracht werden. Folgen dessen sind, dass ohne Qualifikation der Leistung als Übertragung oder Nutzung von immateriellen Werten die Geschäftsbeziehung durch den „Kontext“ als anderen Transaktionen „nicht vergleichbar“ dargestellt und infolgedessen hypothetische Verrechnungspreismethoden angewendet werden können, die stärker auf das tatsächlich realisierte Ergebnis der Unternehmensgruppe aus der Transaktion abheben, wobei der Leistungswert der lokalen Entitäten durch den „Kontext“ der immateriellen Vorteile erhöht wird.<sup>563</sup> Die UN-Leitlinien fügen sich somit in den Ansatz des UN-Musterabkommens ein, die Quellenbesteuerungsrechte zu stärken.

#### **C. Fallgruppendifkussion**

Im Folgenden werden einige problematische Sachverhaltskonstellationen besprochen, um die Brauchbarkeit der verrechnungspreisspezifischen Definition in praxisrelevanten Grenzbereichen zu untersuchen. Die Auswahl beschränkt sich auf Fallgruppen, die

---

<sup>559</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2017, Tz. B.5.2.3.

<sup>560</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2017, Tz. B.5.2.9.

<sup>561</sup> UN-Leitlinien 2017, Tz. B.5.2.10.

<sup>562</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2017, Tz. B.5.2.1.: „However, whether a particular item falls within the definition of intangibles or not will have little consequence for the analysis, since the principles in Chapters B.1, B.2 and B.8 will apply in any event.“

<sup>563</sup> Vgl. exemplarisch für diese Herangehensweise, UN-Leitlinien 2017, China Country Practice.

dogmatische Probleme aufwerfen.<sup>564</sup> Diese Fallgruppen haben oft einen Bezug zu den organisationstheoretischen Gründen für die Internalisierung der Leistungsbeziehung.

### **I. Know-how und „Assembled Workforces“**

Know-how gehört in der unternehmerischen Praxis zu den wichtigsten immateriellen Werten einer Unternehmensgruppe. Know-how ist ein Sammelbegriff für die Gesamtheit des ungeschützten Wissens, das die konkrete unternehmerische Tätigkeit gewinnbringend ermöglicht bzw. in der Worten des BMF jedes „nicht geschützte, die Technik bereichernde Wissen oder eine ähnliche Leistung<sup>565</sup>“. Know-how kann sich u.a. auf die Produkte oder Dienstleistungen, die Kundenbeziehungen, das Marketing und/oder die interne Unternehmensorganisation sowie Managementkonzepte beziehen. Während es nicht ein Frage gestellt wird, dass Know-how dem Grunde nach einen immateriellen Wert darstellt, kann der Zeitpunkt des Entstehens, die Zuordnung an eine konkrete Entität, die Feststellung einer Übertragung von Know-how, die Bewertung sowie die Interaktion mit anderem Know-how der Gruppe erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Vielfach wird das Management selbst den Eindruck haben, das Know-how sei relativ diffus in der Organisation des Gesamtunternehmens verteilt, nicht konkret allokiert. Ferner folgt aus der rechtlichen Nichtgeschütztheit, dass das Know-how einer Unternehmensgruppe oft unauflöslich mit dem Personal der Gruppe verbunden ist. Infolgedessen *kann* die Überlassung von Arbeitnehmern zu einem Know-how-Transfer führen, der gesondert entgeltspflichtig ist, wenn neben der Arbeitnehmerleistung eine eigenständige Übertragung oder Nutzungsüberlassung von Know-how erfolgt, etwa in Bezug auf Pläne, Muster, Formeln, Verfahren, die unter fremden Dritten eine eigenständige Vergütung ausgelöst hätte.<sup>566</sup> Fraglich ist, ob *daneben* die Gesamtheit zusammenwirkender, spezialisierter Arbeitnehmer selbst als eigenständiger

---

<sup>564</sup> Dogmatisch unproblematisch sind vor allem Fallgruppen, in den rechtlich geschützte und gesondert übertragbare Vorteile betroffen sind, z.B. Patente oder Marken. In diesen Fallgruppen kann gleichwohl die Zuordnung an bestimmte Entitäten der Unternehmensgruppe und die Bewertung der Vorteile bzw. ihr Einfluss auf die „Geschäftsbeziehung“ tatsächlich schwer zu beurteilen sein. Beispielsweise ist die Überlassung eines egetragen Konzernnamens eine entgeltpflichtige Leistung, vgl. BFH I R 12/99, BStBl II 2001, 140, aber die Bewertung der erforderlichen „Lizenzgebühr“ ist schwer zu ermitteln, ebenso das Entstehen weiterer möglicherweise entgeltpflichtiger Leitungsbestandteile, etwa die durch die Führung des Konzernnamens beeinflusste Marktwahrnehmung, die sich in günstigeren Konditionen für Leistungen von Dritten äußern kann, unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der internen Organisations i.S. harter/weicher Patronatserklärungen anderer Konzernentitäten, vgl. zu Zinssätzen *Horst*, Debt Guarantee Fees and the Arm's-Length Standard, Tax Notes Int'l., 2013, 537. Zusätzlich können tatsächliche Zuordnungsschwierigkeiten entstehen, insb. bei rechtlich ungeschützten immateriellen Werten, etwa bei Geschäftschancen oder Geschäftsgeheimnissen.

<sup>565</sup> Vgl. BMF VG-1983, Tz. 5.1.3.

<sup>566</sup> Vgl. BMF VG-Arbeitnehmerentsendung, BStBl. I 2001 S. 796, Tz. 4.2.

immaterieller Wert zu qualifizieren sein (sog. „assembled workforce“). Das U.S. Steuerrecht betrachtet die „workforce in place“ gemäß Sec. 197(d)(I)(C)(i) IRC jedenfalls als ein abschreibungsfähiges „section 197 intangible“, wenn diese entgeltlich erworben wurde, etwa im Rahmen einer Betriebsübernahme. Auch nach deutschem Zivilrecht gehen die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich auf den Betriebserwerber über, den Arbeitnehmern steht ein Widerspruchsrecht zu (§ 613a BGB), wodurch es durchaus denkbar ist, dass fremde Dritte für den Erwerb der Arbeitnehmerschaft bzw. der arbeitsvertraglichen Leistungsansprüche ein gesondertes Entgelt zu zahlen bereit wären, wie durch das U.S. Abschreibungsrecht indiziert.<sup>567</sup> Der Final BEPS Report schließt demgegenüber die „assembled workforce“ von der Definition des immateriellen Werts aus, verlangt jedoch die Berücksichtigung der Vor- und Nachteile einer einzigartigen Gesamtheit von Arbeitnehmern bei der Vergleichbarkeitsanalyse, um den Einfluss der konkreten Arbeitnehmerschaft auf die Wertschöpfung zu erfassen.<sup>568</sup> Die Entsendung einzelner Arbeitnehmer soll demgegenüber neben der Übernahme der Lohnkosten keine zusätzliche Vergütung auslösen. Der Final BEPS Report weist indes auf die Möglichkeit hin, dass durch die Arbeitnehmerentsendung ein konkludenter Know-how-Transfer erfolgen kann; dies sei eine Einzelfallfrage.<sup>569</sup>

## **II. Lokale Marktspezifika (sog. „Location specific advantages“)**

Die Folgen von lokalen Marktspezifika (sog. „Location specific advantages“, LSA) für die Ermittlung von Verrechnungspreisen unter dem Fremdvergleichsgrundsatz wurden zunächst im Kontext von grenzüberschreitenden Funktionsverlagerungen problematisiert. In Deutschland folgt seit 2008 aus der Transferpaketbetrachtung unter Berücksichtigung der Gewinnpotentiale gemäß § 1 Abs. 3 S. 9 AStG und der Mittelwertvermutung des § 1 Abs. 3 S. 7 bei Funktionsverlagerungen eine Vermutung für eine hälft-

---

<sup>567</sup> Ob die „workforce in place“ auch ein „intangible“ nach U.S. Verrechnungspreisrecht ist, ist umstritten. Der Internal Revenue Service (IRS) vertrete diese Auffassung und der U.S. Tax Court habe dies *nicht grundsätzlich ausgeschlossen*, vgl. Staff of the Joint Committee on Taxation, Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing, Scheduled for a Public Hearing Before the House Committee on Ways and Means, 20.6.2010, JCX-37-10, S. 29 f. (“Both sections 367(d) and 482 incorporate by reference the definition of intangible property in section 936(h)(3)(B). Because they are not specifically mentioned in section 936(h), whether goodwill, going concern value and workforce in place are intangible property for which compensation must be provided is unsettled. The IRS has taken the position that any workforce in place, goodwill and going concern value are within the scope of intangible property under section 936(h)(3)(B), because they constitute “similar items” under section 936(h)(3)(B)(vi)”). Vgl. a. *Ross* Taxation and Pricing of Intangibles, Singapore Management University, Paper No: 2016-S-44, 2016, S. 11.

<sup>568</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.151. Vgl. a. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.93 a.E.

<sup>569</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.154.

tige Teilung der Standortvorteile.<sup>570</sup> Das Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 warf ebenfalls die Frage auf, ob und wie im Fall von Funktionsverlagerungen die durch die Umstrukturierung realisierbaren Standortvorteile („Location savings“) zwischen den Parteien der Geschäftsbeziehung zu verteilen sind und findet die Antwort in der Betrachtung, ob und wie unabhängige Dritte diese unter vergleichbaren Umständen verteilt hätten.<sup>571</sup> Dabei wurde durch die Bezugnahme auf den potentiellen Wettbewerb in den jeweiligen Staaten, in denen „Location savings“ erzielbar sind, ein eher restriktiver Ansatz abgeleitet wurde, der zwar die grundsätzliche Berücksichtigung bei der Vergleichbarkeitsanalyse, aber keine automatische Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnausteilungsmethode nur infolge des Vorhandenseins von externen „Location savings“ zulässt.<sup>572</sup> Die UN-Leitlinien 2013 zeigten demgegenüber eine Ausweitung der Berücksichtigung von LSA auf jede Verrechnungspreiskonstellation, nicht nur infolge von Funktionsverlagerungen. Insbesondere die Country Practices der Volksrepublik China und der Republik Indien zeigen ein extensives Konzept, bei dem LSA in jede Verrechnungspreisanalyse einfließen sollen und insbesondere die Vergleichbarkeit mit auswärtigen Fremdvergleichswerten, die Steuerpflichtige zur Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode heranziehen, aufheben und die Anwendung von Gewinnaufteilungsmethoden rechtfertigen sollen.<sup>573</sup>

---

<sup>570</sup> Vgl. zur Funktionsverlagerungsbesteuerung ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt I, B.V.2.e.

<sup>571</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.149.

<sup>572</sup> Vgl. i.Einz. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.149 ff.; Tz. 9.153 a.E.

<sup>573</sup> Vgl. exemplarisch für die Position Chinas UN-Leitlinien, 2013, Tz. 10.3.5.10: „Sales, marketing and distribution are another set of functions where MNEs often underestimate the contribution of developing countries. *Chinese experience shows that many MNEs treat their Chinese distribution entities as a limited risk distributor, and use a set of simple distributors performing limited functions in a mature market such as Japan as the comparables.* There are a couple of obvious deficiencies in such an approach. Firstly, there is often a mismatch in terms of functional profile, as the Chinese entity may perform significantly more functions than these so-called comparables, which is evident as the Chinese businesses incur significantly more operating expenses relative to sales. *Second, it does not account for differences in market differences, with China being a fast-growing economy and having strong demand which requires relatively less selling effort and therefore can achieve higher efficiency and profitability.* Other location-specific advantages such as country premium and any marketing intangibles that are created by the Chinese entity are also commonly ignored. *In practice, the Chinese tax administration has attempted to correct such deficiencies by using a more appropriate transfer pricing method, such as the Profit Split Method in the cases where the administration identifies significant local marketing intangibles or LSAs.*“ (Kursiv hinzugefügt) Vgl. exemplarisch für die Position Indiens UN-Leitlinien, 2013, Tz. 10.4.7.1. ff.: „It is the view of the Indian transfer pricing administration that the concept of “location savings” — which refer to cost savings in a low-cost jurisdiction such as India — should be one of the major aspects to be considered while carrying out comparability analysis during transfer pricing audits. Location savings has a much broader meaning; it goes beyond the issue of relocating a business from a “high-cost“ to a “low-cost“ location and relates to any cost advantage.[...] Using an arm’s length pricing approach, the allocation of location savings and rents between associated enterprises should be made by reference to what independent parties would have agreed in comparable circumstances. *The Indian transfer pricing administration believes it is possible to use the Profit Split Method*

Der Final BEPS Report, der von der G20 angenommen wurde, schließt Marktspezifika mangels Kontrollier- und Übertragbarkeit aus der Definition der immateriellen Werte ausdrücklich aus, anerkennt jedoch, dass diese Faktoren die Vergleichbarkeitsanalyse und dadurch die Verrechnungspreisermittlung beeinflussen können.<sup>574</sup> Kategorisch werden „Location savings“, die die marktspezifisch niedrigere operative Kostenbasis beschreiben, und „other local market features“, die sonstige marktspezifische Vor- und/oder Nachteile erfassen, unterschieden. Die „Location savings“ sollen entlang des „four step approach“, der im Kontext von Funktionsverlagerungen entwickelt wurde, verteilt werden, verteilt werden. Das bedeutet, dass (i) das Bestehen von „Location savings“ festgestellt werden muss, (ii) der Umfang/Betrag („amount“) der „Location savings“, (iii) der Umfang, in dem die „Location savings“ von einzelnen Entitäten realisiert wird oder an Kunden oder Lieferanten weitergereicht werden und (iv) wie unabhängige Unternehmen die nicht weitergereichten „Location savings“ unter vergleichbaren Umständen allokatieren würden.<sup>575</sup> Der Abschlussbericht folgert aus diesen Anforderungen zwar zutreffenden, aber nicht sonderlich konkret, dass demnach keine Anpassungen in der Vergleichbarkeitsanalyse erfolgen, wenn auf der Grundlage der Funktionsanalyse hinreichend verlässliche Vergleichswerte ermittelt werden können; können Vergleichswerte ermittelt werden, indizieren diese, wie unabhängige Unternehmen die realisierbaren „Location savings“ allokatieren. Wenn keine Vergleichswerte ermittelt werden können, soll die Allokation der „Location savings“ durch eine solche Anpassungen der Vergleichbarkeitsanalyse erfolgen, die alle relevanten Umstände des Einzelfalles sowie die ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter angemessen berücksichtige und die Maßgaben der Beispiele des Kapitels IX beachtet,<sup>576</sup> nach denen auch die relative Verhandlungspositionen der Partei-

---

*to determine arm's length allocation of location savings and rents in cases where comparable uncontrolled transactions are not available. In these circumstances, it is considered that the functional analysis of the parties to the transaction (functions performed, assets owned and risks assumed), and the bargaining power of the parties (which at arm's length would be determined by the competitiveness of the market — availability of substitutes, cost structure etc) should both be considered appropriate factors.”* (Kursiv hinzugefügt)

<sup>574</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.139.

<sup>575</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.141.

<sup>576</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.142 f.

en zu berücksichtigen sind.<sup>577</sup> Das Problem dieses Ansatzes ist, dass er die Feststellung einer „Vergleichbarkeit“ voraussetzt, was streitanfällig ist.<sup>578</sup>

Andere „Local market features“, insbesondere Charakteristika des Marktes, in dem Produkte hergestellt oder abgesetzt werden, die Kaufkraft und Produktpräferenzen der Haushalte, die Qualität der Arbeitskräfte, die Besonderheiten der Wettbewerbssituation, der lokalen Infrastruktur usw., können ebenfalls die Funktions- und Vergleichbarkeitsanalyse beeinflussen und sollten durch „angemessene Anpassungen“, wenn diese verlässlich eingeschätzt werden können.<sup>579</sup> Nicht ganz schlüssig scheint indes die Idee, für die Feststellung der Erforderlichkeit von Anpassungen auf Vergleichstransaktionen im konkreten Markt abzustellen, da dies die „Vergleichbarkeit“ voraussetzt, die durch die Anpassungsrechnung erst hergestellt werden soll. Der Abschlussbericht statuiert damit etwas verschleiert, dass die Verwendung von Vergleichstransaktionen bei der Verrechnungspreisermittlung nur zulässig ist, wenn diese aus einem vergleichbaren Markt stammen.<sup>580</sup> Können solche „Local market comparables“ nicht identifiziert werden, wird ein analoges Vorgehen zur Allokation der „Location savings“ („four step approach“) vorgeschlagen. Eine Besonderheit kann sich ergeben, wenn die „Local market features“ nicht ohne den Transfer von immateriellen Werten realisierbar sind. In solchen Fällen könne der antizipierte Vorteil aus der Nutzung des immateriellen Wertes den Verrechnungspreis für den Transfer dieses Wertes beeinflussen.<sup>581</sup>

Aus einer theoretischen Sicht bereitet die Verteilung von LSA unter dem Fremdvergleichsgrundsatz durchaus Schwierigkeiten. Einerseits sind lokale Marktspezifika – wie wirtschaftstheoretisch durch das „Ecclectic paradigm“ untermauert<sup>582</sup> – ein faktischer Teil der Wertschöpfung in Unternehmensgruppen durch ausländische Direktinvestitionen und somit Teil der Gewinnerzielung. Andererseits ist die Hebung der lokalen Marktspezifika für sich genommen regelmäßig nicht zwingend abhängig von konkreten funktionalen Beiträgen der lokalen Entitäten in den betreffenden Staaten. Der Fremdvergleichsgrundsatz, wie er durch den Carroll Report entwickelt wurde,

---

<sup>577</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.149.

<sup>578</sup> Vgl. die o.g. „Country Practice“ von China und Indien. Sowie die Position der UN-Leitlinien 2017, derzufolge die Erfassung der LSA *innerhalb* der Definition des „immateriellen Werts“ nicht ausschlaggebend für die Berücksichtigung dieses Ertragspotentials bei der Verrechnungspreisermittlung ist; vgl. dazu ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt I, C.V.4.d.

<sup>579</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.144.

<sup>580</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.145.

<sup>581</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.148.

<sup>582</sup> Vgl. dazu ausf. oben, Kapitel I, Abschnitt I, C. Wirtschaftlicher Kontext.

basiert jedoch auf der spezifischen Zuordnung von funktionsadäquaten Vergütungen; dies ist auch folgerichtig angesichts der zugrundeliegenden Idee der „economic allegiance“, die zwar auch natürliche Begebenheiten in die Gesamtabwägung der wirtschaftlichen Verbundenheit der Einkünfte einstellte, diese aber nur im Verhältnis der relativ gewichteten Bedeutung für die Gesamtwertschöpfung aus unternehmensinterner Sicht, d.h. im Verhältnis zu sonstigen funktionalen Beiträgen und Kontrollfunktionen innerhalb des Gesamtunternehmens, durchgreifen ließ.<sup>583</sup> Damit ist die Berücksichtigung von rein externen lokalen Marktspezifika zu Recht regelmäßig nur als Teil der Vergleichbarkeitsanalyse zu berücksichtigen, es sei denn die lokalen Marktspezifika werden durch konkrete funktionale Beiträge der lokalen Entitäten, insbesondere den Einsatz von immateriellen Werten, gehoben;<sup>584</sup> nur funktionale Beiträge können die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode rechtfertigen.

### **III. Goodwill und Going-concern-value**

Auch die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Übertragung von Goodwill und Going-concern-value (GCV) kamen zunächst im Zusammenhang mit Funktionsverlagerungen auf; sie stehen hinter der grundsätzlichen Transferpaketbetrachtung des § 1 Abs. 3 S. 9 AStG. Funktionsverlagerungen können eine ganzheitliche Übertragung Unternehmensaktivitäten („transfer of an activity“) bedeuten, d.h. von funktionierenden, wirtschaftlich integrierten Unternehmenseinheiten. Die Übertragung eines GCV erfolgt regelmäßig durch den Transfer einer Gesamtheit von Wirtschaftsgütern mit denen die Fähigkeit verbunden ist, bestimmte Funktionen auszuüben und Risiken zu übernehmen.<sup>585</sup> Bewertung der Übertragung eines GCV müsse daher alle werthaltigen Elemente bei der Verrechnungspreisermittlung berücksichtigen, die zwischen unverbundenen Unternehmen vergütet werden würden. Diese Bewertung entspricht nicht notwendigerweise der Summe der einzelnen Bestandteile der Übertragung, aus denen sich die Gesamttransaktion zusammensetzt.<sup>586</sup> Insbesondere, wenn die Übertragung eines GCV zahlreiche Übertragungen von einzelnen, wirtschaftlich zusammenwirkenden Wirtschaftsgütern, Risiken und Funktionen bedeutet, kann eine Bewertung der einzelnen Bestandteile nicht ausreichen und eine Gesamtbewertung („on an aggregate

---

<sup>583</sup> Vgl. dazu ausf. oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.2.

<sup>584</sup> Dieser funktionale Ansatz grenzt die berücksichtigungsfähigen LSA sinnvoll ein, da sonst *jeder* externe Faktor der Wertschöpfung irgendwie seine Berücksichtigung finden müsste; etwa auch die Rechtsstaatlichkeit, die anders als in vielen Staaten investiertes Kapital schützt.

<sup>585</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.93.

<sup>586</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.94.

basis“) erforderlich sein, um einen angemessenen Verrechnungspreis zu ermitteln.<sup>587</sup> Offen blieb somit, ob der GCV einen eigenständigen immateriellen Wert darstellt.

Der Final BEPS Report lässt dies nunmehr ausdrücklich offen. Es sei weder erforderlich eine genaue Definition der Begriffe Goodwill und GCV zu erarbeiten, noch zu definieren, ob und wann diese einen eigenständigen immateriellen Wert darstellen können.<sup>588</sup> Entscheidend sei nur, dass der über der Summe der Einzelwerte liegende Wert der wirtschaftlich zusammengehörigen Wirtschaftsgüter und die mit ihrem Einsatz verbundenen Ertragsersparungen einen erheblichen Teil der Vergütung unter fremden Dritten ausmachen können.<sup>589</sup> Wenn „reputational value“, der teils als Goodwill bezeichnet wird, bei der Übertragung oder Nutzungsüberlassung von Marken in einer Geschäftsbeziehung übertragen werden kann, ist dieser bei der Bestimmung des angemessenen Verrechnungspreises zu berücksichtigen. Der Abschlussbericht beschränkt diese Aussage jedoch dahin, dass die Bezeichnung von Vergütungsanteilen als Goodwill oder GCV vor allem die Entgeltspflicht nicht ausschließt.<sup>590</sup> Bilanzielle Bewertungen und buchhalterische Informationen können im Einzelfall einen sachgerechten Ausgangspunkt für die Ermittlung des angemessenen Verrechnungspreises bieten, sind aber nicht maßgeblich. Das Fehlen genauer Definitionen für Goodwill und GCV mache es allerdings erforderlich, die als solche qualifizierten Faktoren im Einzelfall spezifisch darzustellen.<sup>591</sup> Diese Position des Final BEPS Report ist pragmatisch und grundsätzlich folgerichtig. Es erscheint ohne Bedeutung, ob Goodwill und GCV selbst immaterielle Werte darstellen, da diese wirtschaftliche Werthaltigkeit untrennbar mit den ihr zugrundeliegenden Wirtschaftsgütern verbunden ist.<sup>592</sup> Im deutschen Steuerbilanzrecht ist der Goodwill ein eigenständiges, abnutzbares<sup>593</sup> und einla-

---

<sup>587</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.94.

<sup>588</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.28.

<sup>589</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.28.

<sup>590</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.28.

<sup>591</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.29.

<sup>592</sup> Für eine Qualifikation als immaterielle Werte vgl. Staff of the Joint Committee on Taxation, Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing, Scheduled for a Public Hearing Before the House Committee on Ways and Means, 20.6.2010, JCX-37-10, S. 29 f. (“Both sections 367(d) and 482 incorporate by reference the definition of intangible property in section 936(h)(3)(B). Because they are not specifically mentioned in section 936(h), whether goodwill, going concern value and workforce in place are intangible property for which compensation must be provided is unsettled. The IRS has taken the position that any workforce in place, goodwill and going concern value are within the scope of intangible property under section 936(h)(3)(B), because they constitute “similar items” under section 936(h)(3)(B)(vi)“); gegen eine Qualifikation als immaterielle Werte vgl. Koch, Die neue OECD-Definition immaterieller Werte für Verrechnungspreis Zwecke – Hat die OECD ihre selbst gesteckten Ziele erreicht?, IStR 2015, 199, 202.

<sup>593</sup> Vgl. § 7 Abs. 1 S. 3 EStG.

gefähiges<sup>594</sup> immaterielles Wirtschaftsgut; dies ist erforderlich, um den Betriebsvermögensvergleich zutreffend durchzuführen.<sup>595</sup> Nach Ansicht des BMF jedenfalls ist der „Geschäftswert<sup>596</sup>“ ein eigenständiger immaterieller Wert.

#### **IV. Der sog. Rückhalt im Konzern**

Die VG 1983 des BMF schließen die Verrechenbarkeit von „verwaltungsbezogenen Leistungen im Konzern“ aus, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, die ihren Rechtsgrund in den gesellschaftsrechtlichen Beziehungen oder anderen Verhältnissen, die die Verflechtung begründen, haben.<sup>597</sup> Ein Verrechnungspreis ist dagegen anzusetzen, wenn der Leistungsgrund außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses liege und zwischen fremden Dritten ein Entgelt gewährt worden wäre. Daher sollen solche Leistungen ein Entgelt auslösen, die eindeutig abgrenzbar und messbar sind und im Interesse der empfangenden Person erbracht werden, d.h. einen Vorteil erwarten lassen oder Kosten sparen.<sup>598</sup> Dies bedeute, dass eine Muttergesellschaft keine Entgelte für den „sogenannten Rückhalt im Konzern einschließlich des Rechts, den Konzernnamen zu führen, sowie der Vorteile, die sich allein aus der rechtlichen, finanziellen und organisatorischen Eingliederung in den Konzern ergeben<sup>599</sup>“ verrechnen dürfe, ebenso wenig für die „rechtliche Organisation des Konzerns als Ganzen sowie für die Produktions- und Innovationssteuerung im Gesamtkonzern<sup>600</sup>“. Der „sogenannte Rückhalt im Konzern“ wird vom BMF als Oberbegriff einer möglichen Vielzahl von Leistungen bzw. Vor- oder Nachteilen verwendet, die kein Entgelt auslösen, da sie ihren Rechtsgrund in der gesellschaftsrechtlichen Beziehung haben, nicht eindeutig abgrenzbar und messbar sind und/oder nicht im Interesse der empfangenden Person erbracht werden.

*Engler/Wellmann* konkretisieren die Anforderungen der Verwaltungsgrundsätze dahin, ein nicht verrechenbarer Rückhalt im Konzern sei bei „völliger Passivität der Spitzen-

---

<sup>594</sup> Vgl. BFH I R 104/94, DStR 1996, 617.

<sup>595</sup> Der Firmen- und Geschäftswert wird als der „Mehrwert, der einem gewerblichen Unternehmen über den Substanzwert der einzelnen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter hinaus innewohnt“ definiert, vgl. *Weber-Grellet* in Schmidt-EStG, 31. Aufl., § 5 Rn. 221.

<sup>596</sup> Vgl. BMF v.19.5.2014, Schreiben betr. Glossar „Verrechnungspreise“, BStBl. I S. 838 – Geschäftswert: „Der Geschäftswert eines Unternehmens oder einer Funktion ergibt sich aus der Differenz zwischen der ertragswertorientierten Gesamtbewertung des Unternehmens bzw. der Funktion und dessen bzw. deren Einzelbewertung. Für den Geschäftswert sind die künftigen Gewinnerwartungen aus dem Unternehmen bzw. aus der Funktion von ausschlaggebender Bedeutung. Der Geschäftswert ist ein immaterieller Wert.“

<sup>597</sup> Vgl. VG-1983, Tz. 6.1.

<sup>598</sup> Vgl. VG-1983, Tz. 6.2.1.

<sup>599</sup> VGrds 1983, Tz. 6.3.2.

<sup>600</sup> VGrds 1983, Tz. 6.3.2.

einheit<sup>601c</sup> anzunehmen, daher können verbesserte Kreditbedingungen und Absatz- und Geschäftschancen nur dann verrechnet werden, wenn ein Tätigwerden der Muttergesellschaft vorliege, das das verbundene Unternehmen begünstigt, so dass von einem Leistungsaustausch gesprochen werden kann.<sup>602</sup> Diese Sichtweise ist indes wohl zu eng. So hat der Canadian Tax Court in *GE Capital vs. Her Majesty* die Bestellung einer Sicherheit für Kredite durch die Muttergesellschaft in Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes unterstellt, da ein Ausfall der Tochtergesellschaft das Rating der Muttergesellschaft, die unter demselben Namen am Markt auftrat, negativ beeinträchtigen würde, so dass es wirtschaftlich rational ist, eher den Ausfall der Tochter zu verhindern anstatt eigene Kosten durch gestiegene Zinszahlungen zu tragen.<sup>603</sup> Ferner erlauben auch die U.S. Treasury Regulations unter Sec. 482 IRC, den Status des Steuerpflichtigen als Teil der Unternehmensgruppe unter Umständen in die Vergleichbarkeitsanalyse einfließen zu lassen.<sup>604</sup> Auch der BFH hat in einer Entscheidung angedeutet, die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit ohne weiteres aktives Zutun in die Risiko- und Funktionsanalyse einbeziehen zu können.<sup>605</sup> Unstreitig kann eine Verrechnung dem Grunde nach erfolgen, wenn der konkrete Konzernvorteil ein eigenständiges, marktfähiges Wirtschaftsgut darstellt,<sup>606</sup> etwa der Konzernname als Marke eingetragen ist,<sup>607</sup> oder die Leitung als marktfähige Dienstleistung anzusehen ist, die dem verbun-

---

<sup>601</sup> Engler/Wellman in Vögele/Borstell/Engler, Handbuch der Verrechnungspreise, 4. Aufl., Kapitel N, Tz. 108 f.

<sup>602</sup> Vgl. Engler/Wellman in Vögele/Borstell/Engler, Handbuch der Verrechnungspreise, 4. Aufl., Kapitel N, Tz. 108 f.

<sup>603</sup> Vgl. Canadian Tax Court, TCC 564, Docket: 2010-3493(IT)G, *General Electrics vs. Queen*, Canada, Tz. 169 ff, 199 ff, 288 ff.

<sup>604</sup> Vgl. U.S. Treasury Regulations 1.482-9(1)(3)(v) sowie 1.482-9(1)(5) *Examples 15-18*.

<sup>605</sup> Vgl. BFH v. 21.12.1994 – IR 65/94, a.E.

<sup>606</sup> Vgl. Gosch KStG, 3. Aufl., § 8 Rn. 936.

<sup>607</sup> Vgl. BFH I R 12/99, BStBl II 2001, 140, Tz. 11 f.: „Der Gesellschafter ist [...] frei, ob er die Gesellschaft nach dem Namen der Gesellschafter oder aber nach dem Gegenstand des Unternehmens – und dies auch unter Verwendung des Markennamens – benennen will. [...] Vor diesem Hintergrund kommt es für die körperschaftsteuerliche Beurteilung darauf an, ob das Entgelt der Tochtergesellschaft für die Einräumung des Firmennamens oder für die Einräumung des Nutzungsrechts an dem Markennamen geleistet wird. Im letzteren Fall besteht prinzipiell keine Veranlassung, die Entgeltlichkeit der Einräumung und damit auch die Verrechenbarkeit der geleisteten Zahlungen im Konzernverbund steuerrechtlich nicht zu berücksichtigen. Soweit die überlassene Marke werthaltig ist, kann sie der abhängigen Beteiligungsgesellschaft unter den gleichen Umständen und Bedingungen wie einem fremden Dritten überlassen werden. [...] Entscheidend dafür, ob der überlassenen Marke ein eigenständiger Wert zukommt, ist nicht allein, ob deren Einräumung bei der Klägerin tatsächlich zu einer Absatzsteigerung und/oder zu einer Erhöhung des einschlägigen Marktanteils geführt hat. Vielmehr kommt es darauf an, ob die mit der Einräumung verbundenen besonderen und marktfähigen Schutzrechte geeignet sind, zur Absatzförderung beizutragen. Diese Eignung ist grundsätzlich unabhängig davon, ob der Lizenznehmer seinerseits über einen guten Ruf und ein gewisses "Standing" am Markt verfügt. Auch ein solcher Lizenznehmer wird geneigt sein, seine Situation zu verbessern; dies kann ihm durch die Lizenzierung einer eingeführten Marke gelingen, und zwar auf jeder Absatzstufe. Dass es sich bei den im Streitfall

130

denen Unternehmen einen Vorteil zuwendet.<sup>608</sup> Dies entspricht den Maßgaben der OECD-Leitlinien 2017<sup>609</sup> und der UN-Leitlinien 2017.<sup>610</sup>

## V. Gruppensynergien und „Economies of scale“

Ein innerer Zusammenhang mit der Internalisierung der Wertschöpfung besteht auch bei der Beurteilung der Gruppensynergien. Verbundene Unternehmen profitieren von

---

interessierenden Belieferungen von Kraftfahrzeugherstellern abweichend verhielte und dass deren Kaufverhalten von Markenprodukten unbeeinflusst bliebe, ist durch nichts belegt. Diese Sichtweise des FG ignoriert vielmehr, dass die Marke und ihre Innehabung auch dann einen *vermarktungsfähigen Eigenwert verkörpern*, wenn sie gegenüber dem Endkonsumenten nicht eigenständig in Erscheinung treten. *In diesem Zusammenhang kommt verschiedenen Aspekten Bedeutung zu, so neben den erzielbaren Preisen der unter den Markennamen vertriebenen Güter dem Bekanntheitsgrad der Marke, der weltweiten oder regionalen Präsenz, der Exportquote des einzelnen Konzernunternehmens, insbesondere – was deren Entgeltfähigkeit anbelangt – der Frage, wer den Wert der Marke geschaffen und wer die Aufwendungen für deren Begründung und dessen Erhalt (beispielsweise durch Weiterentwicklungen, Werbung, Marketingmaßnahmen) getragen hat. Ein Markenrechtsinhaber, auf dessen erfolgreiche Aktivitäten die Bedeutung der Marke zurückzuführen ist, wird kaum veranlasst sein, einem Dritten die Nutzung dieser Marke unentgeltlich zu überlassen und diesem die starke Stellung des Markenrechtsinhabers einzuräumen.* Er ist dazu auch im Konzernverbund nicht verpflichtet, und zwar auch dann nicht, wenn die Markenüberlassung zunächst unentgeltlich erfolgt ist. Es besteht keine Pflicht, die Nutzungsüberlassung unentgeltlich fortzuführen.“ (Nachweise entfernt, kursiv hinzugefügt). Bestätigt in BFH v. 21.01.2016 – I R 22/14, BB 2016, 1376

<sup>608</sup> Vgl. die Beispiele bei Engler/Wellman in Vögele/Borstel/Engler, Handbuch der Verrechnungspreise, 4. Aufl., Kapitel N, Tz. 109.

<sup>609</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2017, Tz. 7.13: „Similarly, an associated enterprise should not be considered to receive an intra-group service when it obtains incidental benefits attributable solely to its being part of a larger concern, and not to any specific activity being performed. For example, no service would be received where an associated enterprise by reason of its affiliation alone has a credit-rating higher than it would if it were unaffiliated, but an intra-group service would usually exist where the higher credit rating were due to a guarantee by another group member, or where the enterprise benefitted from the group’s reputation deriving from global marketing and public relations campaigns. In this respect, passive association should be distinguished from active promotion of the MNE group’s attributes that positively enhances the profit-making potential of particular members of the group. Each case must be determined according to its own facts and circumstances.“

<sup>610</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2017, Tz. B.2.4.21. f.: „Benefits to members of an MNE group may arise as a result of an associated entity’s membership of the MNE group. Such benefits are attributable to the entity’s passive association with the MNE group. The benefits of association with an MNE group are not a chargeable service for members of the MNE group. For example, independent enterprises transacting with an enterprise that is a member of an MNE group may be willing to provide goods or services to it at prices that are below the prices charged to independent buyers. These discounts may be provided because the independent supplier hopes that it will be able to generate future sales to other group members if it provides favourable pricing and good service. Moreover, the associated enterprise may be viewed by the independent supplier as a low risk customer that is unlikely to default on any trade credit. It is emphasized that in this situation the independent enterprise has made an assumption on credit risk as it cannot take legal action against the parent company if the subsidiary defaults, because the parent has not provided the enterprise with a formal guarantee. Under these circumstances, the associated enterprise’s membership of the MNE group does not result in a chargeable service being provided to the associated enterprise by the MNE group. The key feature of this type of incidental benefit is that it is passive and cannot be attributed to an overt action taken by another member of the MNE group. In contrast, if a member of an MNE group provided a formal guarantee of an associated enterprise’s trade credit, the formal guarantee may be a chargeable service provided that an independent entity would have been willing to pay for a formal guarantee in similar circumstances. Another example of a situation in which a chargeable service may occur is where an associated enterprise is able to get additional discounts from an independent supplier on condition that other MNE group members commit to additional purchases from that supplier.“

Interaktionen und Synergien, die unverbundene Unternehmen nicht aufweisen. Solche Synergien erhöhen oft das Gesamtergebnis der Unternehmensgruppe, sofern diese Vorteile nicht durch Wettbewerb weitergereicht werden müssen („competed away“). Gruppensynergien können negativ sein, etwa bei einer progressiven Verwaltungskostenstruktur.<sup>611</sup> Entsprechend dem Vorgehen beim sog. Rückhalt im Konzern wird die Vergütungspflicht für Vorteile grundsätzlich ausgeschlossen, die ausschließlich aus der passiven Zugehörigkeit zur Unternehmensgruppe erwachsen, ohne dass konkrete Vorteilszuwendungen bestimmt werden können.<sup>612</sup> Nur im Fall von „deliberate concerted group actions“, die wesentliche, eindeutig identifizierbare strukturelle Vorteile oder Nachteile gegenüber Marktteilnehmern, die in vergleichbare Transaktionen involviert sind, erzeugen, sei es erforderlich das Wesen der Vor- oder Nachteile zu ermitteln, den Umfang der Vor- oder Nachteile festzustellen sowie eine Aufteilung der Vor- oder Nachteile vorzunehmen.<sup>613</sup> Grundsätzlich sollten die Vor- oder Nachteile zwischen den Gruppenmitgliedern entsprechend des relativen Gewichts der Beiträge zur Entstehung der Vor- oder Nachteile verteilt werden. Dies ist konsequent eingedenk der Maßgabe, die Verrechnungspreisergebnisse mit der Wertschöpfung zusammenführen zu wollen, kann indes offensichtliche Feststellungsprobleme auslösen.<sup>614</sup>

Theoretisch etwas uneinheitlich scheint demgegenüber der Ansatz der UN-Leitlinien 2017;<sup>615</sup> im Ganzen arbeitet die UN-Leitlinien 2017 indes wie der Final BEPS Report mit der im Ansatz überzeugenden Figur der „deliberate concerted group actions“.<sup>616</sup>

---

<sup>611</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.157.

<sup>612</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.158.

<sup>613</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.161.

<sup>614</sup> Vgl. a. *Picciotto*, International Taxation of Business Income, 2010, S. 215: „[S]ynergy profits cut to the heart of the separate enterprise approach to the taxation of international company groups, since such profits by definition cannot be attributed to *one* particular affiliate.“ (Kursiv hinzugefügt) Es ist zwar richtig, dass seine Synergie definitionsgemäß nicht *einer* Entität alleine entstehen kann, aber eben doch bereits ab dem Zusammenwirken von mindestens *zwei* Entitäten und zweiseitige Synergien können durch zweiseitige Verrechnungspreismethoden durchaus dargestellt werden.

<sup>615</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2017, Tz. 1.6.11: „There are many types of intangibles — including “market features” i.e. specific non-local characteristics of a certain market which may affect arm’s-length, “goodwill” or “ongoing concern value”, “group synergies”, existence of a qualified and skilled “workforce” which may all meet the criteria of being considered an intangible depending on the facts and circumstances of the case.“ Demgegenüber a.a.O. Tz. 5.2.28: „Group synergies are not an intangible, but they can be significant in the analysis of the transfer pricing aspects of intangibles. Generally, because of the existence of an MNE group, the associated enterprises comprising such groups may benefit from the proactive or passive interactions amongst group members which are not accessible to comparable third party enterprises. This type of synergy does not constitute an intangible.“

<sup>616</sup> Vgl. i.Einz. UN-Leitlinien 2017, Tz. 5.2.28 ff.

#### **D. Ergebnisse zur Definition des immateriellen Werts**

Die von der OECD im Final BEPS Report entwickelte Definition ist sachgerecht und folgerichtig angesichts des Zwecks des transaktionsbasierten internationalen Verrechnungspreissystems. Die Weite der Definition kann praktisch zu Problemen führen, insbesondere können von Steuerverwaltungen oder Steuerpflichtigen Versuche unternommen werden, in den Grenzbereichen der Definition übermäßig eigennützige Positionen zu beziehen. Dieses Phänomen ist zwar aus der Rechtspraxis weithin bekannt und wirtschaftlich rational. Das Problem ist im Bereich der Verrechnungspreise für immaterielle Werte indes besonders schwerwiegend, weil (i) die entstehenden Streitigkeiten oft nur in langwierigen Verfahren beigelegt werden können, (ii) temporäre oder dauerhafte Doppelbesteuerungsrisiken drohen und (iii) dabei eine Änderung der Verrechnungspreismethodenwahl, die bei dem Bestehen bzw. Nichtbestehen von immateriellen Werten insbesondere die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethoden betreffen kann, betragsmäßig große Unterschiede zwischen dem ursprünglichen Ansatz eines Verrechnungspreises und dem Korrekturbetrag auslösen kann.<sup>617</sup> Der theoretischen Folgerichtigkeit der weiten Definition des Final BEPS Reports stehen somit beachtliche Rechtsunsicherheitsbedenken gegenüber.

---

<sup>617</sup> Vgl. zur Dogmatik der Verrechnungspreismethodenwahl ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.6.a.

## **Abschnitt II – Das ungelöste Kernproblem: Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke**

### **A. Einleitung**

Das transaktionsbasierte Verrechnungspreissystem des Fremdvergleichsgrundsatzes erfordert den Ansatz von „angemessenen“ Leistungsentgelten für Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen. Neben der Definition des Transaktionsgegenstands „immaterieller Wert“ ist es daher erforderlich, diejenige Partei der Geschäftsbeziehung zu bestimmen, der ein „immaterieller Wert“ und das mit ihm verbundene Erträgpotential wirtschaftlich zuzuordnen ist, so dass sie diesen in die konkrete Geschäftsbeziehung wirtschaftlich einbringt und daher berechtigt ist, die durch den immateriellen Wert generierten Erträge und Verluste steuerlich zu vereinnahmen. Erst infolge dieser wirtschaftlichen Zuordnung des „immateriellen Werts“ kann die Geschäftsbeziehung durch die Risiko- und Funktionsanalyse inhaltlich beschrieben werden und eine funktionsadäquate, „angemessene“ Vergütung ermittelt werden.

Diese wirtschaftliche Zuordnung der immateriellen Werte einer Geschäftsbeziehung erfolgt im Rahmen der Funktionsanalyse und ist – infolge der aus ihr entstehenden Berechtigung, die Erträge und Verluste, die durch den immateriellen Wert generiert werden, steuerlich auszuweisen – das zentrale Problem des internationalen Verrechnungspreissystems. Für die wirtschaftliche Zuordnung immaterieller Werte für Verrechnungspreiszwecke wurde in den U.S. Treasury Regulations 1994 eine formal klare Grundstruktur entwickelt, die bei der konzerninternen Entwicklung von immateriellen Werten durch die Beiträge mehrerer Entitäten auf der formalen Trennung

- *eines* wirtschaftlichen Eigentümers des immateriellen Wertes, der die Erträge aus der Verwertung des immateriellen Wertes vereinnahmt, sowie
- einer oder mehrerer Entitäten, die funktionale Beiträge zur Entwicklung, oder kommerziellen Nutzung des immateriellen Wertes leisten ohne wirtschaftliche Eigentümer zu sein und dafür eine „angemessene“ Vergütung erhalten müssen,

basiert. Diese formale Grundstruktur für die Prüfung von Verrechnungspreisen für immaterielle Werte (sog. „Developer-assisters rule“) prägte nicht nur das U.S. Verrechnungspreisrecht,<sup>618</sup> sondern wurde auch implizit zur Grundlage der OECD-

---

<sup>618</sup> Vgl. dazu unten, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.2.

Leitlinien 1995.<sup>619</sup> Die Schwierigkeiten dieser Prüfungsstruktur bestehen (i) in der Bestimmung der rechtlichen und wirtschaftlichen Faktoren, die die Qualifikation einer Entität als wirtschaftliche Eigentümerin der immateriellen Werte determinieren und (ii) in der Bestimmung der rechtlichen und wirtschaftlichen Faktoren, die den wirtschaftlichen Gehalt der Beiträge der unterstützenden Entitäten, die nicht wirtschaftliche Eigentümer der immateriellen Werte werden/sind, determinieren, einschließlich der Ermittlung der „angemessenen“ Vergütungen für diese unterstützenden Beiträge.

Das OECD CFA und die nationalen Finanzbehörden befinden sich in einem noch nicht abgeschlossenen Prozess zur Lösung dieser Schwierigkeiten. Nach Veröffentlichung der OECD-Leitlinien 1995 hatte das OECD CFA sich zunächst der internationalen Gewinnabgrenzung bei Betriebsstätten angenommen, bei welcher die Allokation von mobilen Wirtschaftsgütern infolge der Einheitlichkeit des Unternehmens ohne rechtliche Zuordnungsänderung buchhalterisch an beliebige Betriebsstätten möglich war. Die Vorlage des umfassenden Entwurfs der Neuordnung der Zuordnung von Wirtschaftsgütern in der Funktionsanalyse zur Gewinnabgrenzung bei Betriebsstätten durch die OECD im Jahr 2001 zeigt sich rückblickend als der Startschuss eines umfassenden Prozesses zur Bestimmung der Maßgaben für die wirtschaftliche Zuordnung von Wirtschaftsgütern, Risiken und Funktionen zwischen verbundenen Unternehmen. Dieser Prozess begann zunächst ab 2005 bereichsspezifisch für die Sonderkonstellation internationaler Funktionsverlagerungen, wobei allerdings deutlich wurde, dass auch die Maßgaben zur wirtschaftlichen Zuordnung von immateriellen Werten in den OECD-Leitlinien 1995 nicht befriedigend waren. Das im Anschluss an die Revision der OECD-Leitlinien 2010 begonnen Verfahren zur Revision des Kapitels VI der OECD-Leitlinien ging ab 2013 in der OECD/G20 BEPS-Initiative auf. Der Final BEPS Report, der die Ergebnisse dieses langjährigen Konkretisierungsprozesses enthält, wurde in die Kapitel I, II, VI, VIII und IX der OECD-Leitlinien 2017 inkorporiert.

Im Folgenden wird das zentrale Problem der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke nach nationalem Recht (Ermächtigungsnormen) und nach – auf dem OECD-MA und dem UN-MA basierendem – internationalem Recht aus DBA (Schrankennormen) *de lege lata* untersucht.

---

<sup>619</sup> Vgl. dazu unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.4.

## **B. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke nach nationalem Recht**

### **I. Die Risiko- und Funktionsanalyse als (gesetzliche) Grundlage der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes**

Gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 f. AStG i.d.F. UntStRefG 2008 ist für eine Geschäftsbeziehung der Verrechnungspreis vorrangig nach der Preisvergleichsmethode, der Wiederverkaufsmethode oder der Kostenaufschlagsmethode (sog. Standardmethoden<sup>620</sup>) zu bestimmen, wenn Fremdvergleichswerte ermittelt werden können, die „im Hinblick auf die ausgeübten Funktionen, die eingesetzten Wirtschaftsgüter und die übernommenen Chancen und Risiken (Funktionsanalyse)“ mindestens eingeschränkt vergleichbar sind.<sup>621</sup> Lassen sich keine mindestens eingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte ermitteln, hat der Steuerpflichtige gemäß § 1 Abs. 3 S. 5 f. für seine Einkünfteermittlung einen hypothetischen Fremdvergleich „auf Grund einer Funktionsanalyse und innerbetrieblichen Planrechnungen“ durchzuführen. Grundlage der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes bildet also nunmehr ausdrücklich stets die Funktionsanalyse. Diese Ergänzung des § 1 Abs. 3 AStG um eine gesetzliche Definition des Begriffs der Funktionsanalyse durch das UntStRefG 2008 erfolgte für den Finanzausschuss des Bundestages indes „in Anlehnung an international übliche Formulierungen (OECD)<sup>622</sup>“. So wurde die Funktionsanalyse auch bereits zuvor auf Grundlage des § 1 Abs. 1 AStG 1972<sup>623</sup> vom BMF sukzessive elaboriert und zum steuerlichen Regelverfahren erhoben.

Die Verwaltungsgrundsätze 1983 des BMF beurteilten „Geschäftsbeziehungen zwischen Nahestehenden“ danach, ob sich „die Beteiligten wie voneinander unabhängige Dritte verhalten haben (Fremdvergleich)<sup>624</sup>“. Für diese Einkünfteabgrenzung sind „grundsätzlich das jeweilige Geschäft zugrunde zu legen<sup>625</sup>“ und die „tatsächlichen Verhältnisse nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt<sup>626</sup>“ maßgeblich. Ausdrücklich sollten bei der Einkünfteabgrenzung nach den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen

---

<sup>620</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.2.2.

<sup>621</sup> Zur Einengung einer etwaigen Bandbreite bei nur „eingeschränkt vergleichbaren“ Fremdvergleichswerten, vgl. § 1 Abs. 3 S. 2 f. AStG.

<sup>622</sup> Vgl. Schaumburg/Rödter (Hrsg.) Unternehmensteuerreform 2008, S. 298.

<sup>623</sup> BGBl. I 1972, S. 1713. Weder § 1 AStG 1972 noch die Begründung des Entwurfs eines Außensteuergesetzes enthielten einen Verweis auf eine Funktionsanalyse, vgl. BT-Drucks. VI/2883, S. 23.

<sup>624</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.1.1.

<sup>625</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.1.2.

<sup>626</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.1.2.

„die Funktionen der einzelnen nahestehenden Unternehmen zu beachten“ sein, d.h. insbesondere

- „die Struktur, Organisation, Aufgabenteilung und Risikoverteilung in Konzernen sowie die *Zurechnung von Wirtschaftsgütern*;
- welche Unternehmen die einzelnen Funktionen (Herstellung, Montage, Forschung und Entwicklung, verwaltungsbezogene Leistungen, Absatz, Dienstleistungen) erfüllen und
- in welcher Eigenschaft die Unternehmen diese Funktionen erfüllen (z. B. als Eigenhändler, Agent oder als gleichgeordneter Teilnehmer bzw. Handlungsbeauftragter eines Pools). Hierbei kommt es auf den wirtschaftlichen Gehalt der tatsächlichen Tätigkeit an.<sup>627</sup>

Ohne den Begriff zu erwähnen,<sup>628</sup> verwenden die VG 1983 eine Art Funktionsanalyse, in deren Rahmen insbesondere die Zurechnung von Wirtschaftsgütern von Bedeutung ist. Erste diese Funktionsanalyse ermöglichte die die Feststellung, wie „Fremde die Entgelte für gleichartige Lieferungen oder Leistungen angesetzt hätten<sup>629</sup>“. Nach den VG 1983 ist für diese Feststellen eine oder mehrere nach den Verhältnissen des Einzelfalls nach „Art und Anwendung sachgerechte<sup>630</sup>“ Standardmethode anzuwenden.<sup>631</sup> Daneben können „die Betriebsergebnisse, die der Steuerpflichtige, ihm Nahestehende oder Fremde unter vergleichbaren betrieblichen Bedingungen aus vergleichbaren Geschäften mit Fremden erzielt haben, herangezogen werden, um besondere Prüfungsfelder zu ermitteln, Verrechnungspreise zu verproben oder sonstige Anhaltspunkte für die Einkunftsabgrenzung zu gewinnen. Zu diesen Zwecken können auch die Gesamtergebnisse zusammenhängender Geschäftsbereiche und ihre Aufteilung auf die einzelnen Geschäftsbereiche von Unternehmensgruppen herangezogen werden<sup>632</sup>“. Diese Gewinnbetrachtung kann der Einkünfteabgrenzung „selbständig zugrunde gelegt werden, wenn die Anwendung der Standardmethoden wegen besonderer Umstände (z. B. bei einer Ware oder Warengruppe, die zu einem ganz wesentlichen Teil nur innerhalb vertikal gegliederter Unternehmensgruppen angeschafft oder hergestellt, weiterverarbeitet und vertrieben wird) nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen würde<sup>633</sup>“.

---

<sup>627</sup> BMF, VG 1983 Tz. 2.1.3.

<sup>628</sup> Die OECD-Leitlinien 1979, auf denen die VG 1983 basieren, enthalten demgegenüber bereits den Begriff der „Functional analysis“ (Tz. 17), verbinden damit aber noch kein elaboriertes Konzept. Erst die Revision der OECD-Leitlinien 1995 brachte – in Anlehnung an die U.S. Treasury Regulations 1994 – das detaillierte Verfahren der Funktionsanalyse Sinn des § 1 Abs. 3 AStG i.d.F. UntStRefG.

<sup>629</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.1.4.

<sup>630</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.4.1.

<sup>631</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.4.1. f.

<sup>632</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.4.5.

<sup>633</sup> BMF, VG 1983, Tz. 2.4.5.

Nicht ausdrücklich klären die VG 1983, wie die erforderliche wirtschaftliche „Zurechnung von Wirtschaftsgütern“ zu erfolgen hat. Einige, teils vage, Hinweise darauf ergeben sich aus der Diskussion der folgenden Fallgruppen: Erstens bestehe im Erwerb und anschließenden Gebrauch einer Ware, die unter Nutzung eines immateriellen Wirtschaftsgutes hergestellt wurde (sog. „embedded intangibles“<sup>634</sup>), in der Regel keine Überlassung (Lizenzierung) des immateriellen Wirtschaftsgutes, wenn der Erwerber nicht aus den Waren „weitergehende“ Wirtschaftsgüter herstellt, sich also die in der Ware verkörperte Technologie selbst aneignet.<sup>635</sup> Zweitens wird bei der Allokation von Kosten für Werbemaßnahmen – die sich typischerweise auf immaterielle Werte (Marken usf.) beziehen – bestimmt, dass dasjenige verbundene Unternehmen die Kosten zu tragen habe, für dessen „Aufgabenbereich“ geworben wird<sup>636</sup> bzw. ob die Kosten zwischen Nutznießern „angemessen aufgeteilt“ wurden.<sup>637</sup> Drittens sei für die Überlassung eines immateriellen Wirtschaftsguts der Fremdpreis anzusetzen, wobei allerdings die Führung des Konzernnamens als Teil des „Rückhaltes im Konzern“ nicht ohne Weiteres verrechenbar ist;<sup>638</sup> wann eine „Überlassung“ – also ein wirtschaftlicher Zuordnungswechsel – anzunehmen ist, wird nicht vertieft. Viertens und letztens wird für die Auftragsforschung, bei der „ein Unternehmen im Auftrag eines anderen Unternehmens Forschung und Entwicklung [betreibt]“, bestimmt, dass die Ergebnisse nicht dem forschenden, sondern dem Auftrag gebenden Unternehmen zugute kommen und das Forschungsunternehmen nur Anspruch auf ein „angemessenes Leistungsentgelt“ habe, welches „regelmäßig“ in Anwendung der Kostenaufschlagsmethode zu ermitteln sei.<sup>639</sup> Die Ergebnisse der Forschung sind regelmäßig immaterielle Werte, so dass die VG 1983 implizit auf einem Zurechnungskonzept zu basieren scheinen, dass in strenger Marktpreisanalogie durch ein enges, vertragliches Verständnis der Geschäftsbeziehung und der Verantwortung für die Entwicklung von immateriellen Werten im Konzern gekennzeichnet ist, bei dem die Zuordnung der immateriellen Werte bzw. die Zuordnung des im jeweiligen immateriellen Wert verkörperten Ertragspotentials vor allem der Risiko- und Kostentragung zu folgen scheint.<sup>640</sup>

---

<sup>634</sup> Vgl. dazu oben, Kapitel I, Abschnitt I, B.Problembeschreibung, Fn. 25.

<sup>635</sup> BMF, VG 1983 Tz. 3.1.2.3.

<sup>636</sup> BMF, VG 1983 Tz. 3.3.1.

<sup>637</sup> BMF, VG 1983 Tz. 3.3.2.

<sup>638</sup> BMF, VG 1983 Tz. 5.1.1., 6.3.2.

<sup>639</sup> BMF, VG 1983 Tz. 5.3.

<sup>640</sup> Offen blieb das Verhältnis der Zuordnung von Funktionen und Wirtschaftsgüter für Verrechnungspreiszwecke – insbesondere bei der Risiko- und Funktionsanalyse – zu den allgemeinen Bestimmungen

In diese Richtung geht tendenziell wohl auch das 2001 veröffentlichte Urteil BFH I R 12/99, das vorrangig zwar die Verrechenbarkeit eines Konzernnamens dem Grunde nach gegenüber dem nichtverrechenbaren Rückhalt im Konzern abgrenzt, in dem der BFH allerdings für die Entgeltfähigkeit der Übertragung eines immateriellen Wirtschaftsgutes eine wirtschaftliche Betrachtung anstellt, bei der insbesondere die Kostentragung bei der Entwicklung des Wertes maßgeblich sein soll: In Bezug auf die Entgeltfähigkeit der Markenüberlassung komme es darauf an, welche Partei der Geschäftsbeziehung „den Wert der Marke geschaffen und wer die Aufwendungen für deren Begründung und Erhalt (bspw. durch Weiterentwicklung, Werbung, Marketingmaßnahmen) getragen hat [...]. Ein Markenrechtsinhaber, auf dessen erfolgreiche Aktivitäten die Bedeutung der Marke zurückzuführen ist, wird kaum veranlasst sein,

---

über die Zurechnung von Wirtschaftsgütern und Einkünften sowie über die Ermittlung der Steuerbemessungsgrundlage (z.B. §§ 39-42 AO), die nach Tz. 1.1.2. VG 1983 gegenüber den Abgrenzungsregeln einen Vorrang genießen. In der Literatur wird für die Frage, *wem* immaterielle Wirtschaftsgüter bei Verrechnungspreisanalysen zuzuordnen sind, vielfach auf das *steuerliche Regelsystem der Zuordnung von Wirtschaftsgütern nach § 39 AO* abgestellt. Demnach gelte auch in Verrechnungspreisfragen das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 39 AO, wonach vorrangig das rechtliche Eigentum, nur bei Auseinanderfallen jedoch das wirtschaftliche Eigentum entscheidend ist; die Zurechnung der immateriellen Wirtschaftsgüter ergebe sich somit insbesondere aus den vertraglichen Abreden der Parteien; für Rechtsunsicherheit Sorge jedoch, dass die Anwendung dieser Maßstäbe auf immaterielle Wirtschaftsgüter weder durch Rechtsprechung noch Finanzverwaltung konkretisiert sei, so *Greinert* in *Wassermeyer/Baumhoff, Verrechnungspreise international verbundener Unternehmen*, 2014, Kapitel 6, Tz. 6.553 ff. Der Rückgriff auf § 39 AO mag naheliegend erscheinen, ist indes verfehlt. *§ 39 AO regelt die persönliche Zurechnung von Wirtschaftsgütern nur für diejenigen Fälle, in denen die steuerliche Folge unmittelbar an das Innehaben des wirtschaftlichen Eigentums an einem Wirtschaftsgut geknüpft ist.* Die Zurechnung nach § 39 AO dient der Feststellung, bei welcher Person ein Wirtschaftsgut wertmäßig zu erfassen ist und bei wem sich grundsätzlich die Belastungen und Nutzungen aus dem Wirtschaftsgut auswirken. Dementsprechend kann der wirtschaftliche Eigentümer als der wirtschaftlich Berechtigte über das Wirtschaftsgut *in seiner wirtschaftlichen Substanz* verfügen, vgl. i.Einz. *Schaumburg* in *Lüdicke* (Hrsg.), *Zurechnung von Wirtschaftsgütern im internationalen Steuerrecht*, S. 54 ff. § 39 AO regelt dagegen *nicht die Zuordnung von Einkünften*. Einkünfte sind allein demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Einkünfteerzielung verwirklicht, d.h. demjenigen, der sie durch seine Erwerbstätigkeit erwirtschaftet, vgl. *König* in *König AO*, 3. Aufl., § 39 Rn. 8 ff., 17; *Ratschow* in *Klein AO*, 12. Aufl., § 39 Rn. 9. *Bei der internationalen Einkünfteabgrenzung wird die Zuordnung von Einkünften gerade durch den Fremdvergleichsgrundsatz objektiviert*, vgl. *Schaumburg* in *Lüdicke* (Hrsg.), *Zurechnung von Wirtschaftsgütern im internationalen Steuerrecht*, S. 54 ff. Auf der „zweiten Stufen der Gewinnermittlung“ kommt es allein auf das Erfülltein der Tatbestandsmerkmale der Einkünftekorrekturvorschriften an, vgl. *Wassermeyer* *Einkünftekorrekturnormen im Steuersystem*, IStR 2001, S. 633 ff. § 1 AStG bezieht sich auf konkrete Geschäftsbeziehungen; Geschäftsbeziehungen sind nach § 1 Abs. 4 AStG „einzelne oder mehrere zusammenhängende wirtschaftlicher Vorgänge (Geschäftsvorfälle)“. Diese „wirtschaftlichen Vorgänge“ ergeben sich *nicht zwingend* und ausschließlich aus der Zurechnung der Wirtschaftsgüter nach § 39 AO. Ebenso für die steuerliche Bilanzierung festgestellt *kann* es zu einem Gleichlauf kommen, zwingen ist die nicht. Insbesondere ist der Begriff der immateriellen Werte für Verrechnungspreise auch weiter als der Anwendungsbereich des § 39 AO. Für einen eigenständigen Inhalt des wirtschaftlichen Eigentums für Verrechnungspreisanalysen spricht i.Ü. auch die „wirtschaftliche Zuordnung“ von Transferpaketen durch die VG-Funktionsverlagerung, Tz. 2.1.3., Rn. 28, die sich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, insbesondere der Tragung der Entwicklungskosten, *allein daran orientieren, ob unter fremden Dritten der Übertragende ein Entgelt verlangen und ein Erwerber ein Entgelt zu zahlen bereit gewesen wäre* („ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter“).

einem Dritten die Nutzung dieser Marke unentgeltlich zu überlassen<sup>641</sup>. Der Bezug auf die „erfolgreiche Aktivitäten“ einer Partei der Geschäftsbeziehung lässt indes auch ein weitergehendes Konzept der wirtschaftlichen Zuordnung möglich erscheinen.

Eine gewisse Konkretisierung der Anforderungen die Durchführung der Funktionsanalyse ergab sich aus den Dokumentationspflichten der Gewinnabgrenzungsaufzeichnungsverordnung (GAufzV), die 2003 auf der Grundlage des § 90 Abs. 3 AO vom BMF erlassen wurde. Dies GAufzV verwendet erstmals ausdrücklich den Begriff der „Funktionsanalyse“ und gibt gewisse Hinweise auf den materiellen Gehalt der erforderlichen Zuordnung der (immateriellen) Wirtschaftsgüter. Nach § 4 GAufzV 2003 hat der Steuerpflichtige nicht nur allgemeine Informationen über Beteiligungsverhältnisse und den Organisationsaufbau, über die organisatorische und operative Konzernstruktur sowie deren Veränderungen, einschließlich Betriebsstätten und Beteiligungen an Personengesellschaften, sowie über die Tätigkeitsbereiche des Steuerpflichtigen, zum Beispiel Dienstleistungen, Herstellung oder Vertrieb von Wirtschaftsgütern, Forschung und Entwicklung, für die Verrechnungspreisermittlung aufzuzeichnen, sondern insbesondere die Geschäftsbeziehung unter Bezeichnung der „immateriellen Wirtschaftsgüter“ darzustellen und eine „Funktions- und Risikoanalyse“ durchzuführen.

„2. Geschäftsbeziehungen zu nahe stehenden Personen:

a) Darstellung der Geschäftsbeziehungen mit nahe stehenden Personen, *Übersicht über Art und Umfang dieser Geschäftsbeziehungen* (zum Beispiel Wareneinkauf, Dienstleistung, Darlehensverhältnisse und andere Nutzungsüberlassungen, Umlagen) und Übersicht über die den Geschäftsbeziehungen *zu Grunde liegenden Verträge* und ihre Veränderung,

b) Zusammenstellung (Liste) der wesentlichen immateriellen Wirtschaftsgüter, die dem Steuerpflichtigen *gehören* und die er im Rahmen seiner Geschäftsbeziehungen zu Nahestehenden nutzt oder zur Nutzung überlässt;

3. Funktions- und Risikoanalyse:

a) Informationen über die jeweils vom Steuerpflichtigen und den nahe stehenden Personen im Rahmen der Geschäftsbeziehungen ausgeübten Funktionen und übernommenen Risiken sowie deren Veränderungen, über die *eingesetzten wesentlichen Wirtschaftsgüter*, über die vereinbarten Vertragsbedingungen, über gewählte Geschäftsstrategien sowie über die bedeutsamen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse,

---

<sup>641</sup> BFH I R 12/99, BStBl. II 2001, 140 (unter II.4.b).

b) Beschreibung der *Wertschöpfungskette* und *Darstellung des Wertschöpfungsbeitrags* des Steuerpflichtigen im Verhältnis zu den nahe stehenden Personen, mit denen Geschäftsbeziehungen bestehen.<sup>642</sup>

Abgesehen von der Strukturierung der Prüfung der Verrechnungspreise auf der Grundlage der Risiko- und Funktionsanalyse, die sich diesen Dokumentationspflichten entnehmen lässt, sind der GAufzV keine detaillierten Hinweise auf die materiellrechtlichen Anforderungen dafür zu entnehmen, *wem* immaterielle Wirtschaftsgüter „gehören“ und sie im Rahmen seiner Geschäftsbeziehungen „nutzt oder zur Nutzung überlässt“ bzw. sie in die Geschäftsbeziehung „einbringt“. § 4 GAufzV betont ferner, dass die Aufzeichnungen nur „soweit sie für die Prüfung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des § 90 Abs. 3 AO von Bedeutung sind“ erstellt werden müssen, ohne die inhaltlichen Maßgaben für diese Erforderlichkeit selbst zu bestimmen.

Die vom BMF erlassenen VG-Verfahren 2005 greifen die von der GAufzV etablierte Strukturierung von Verrechnungspreisanalysen auf und verfestigen die Zentralität der Risiko- und Funktionsanalyse sowie der Zuordnung von immateriellen Werten in vier zusammenhängenden Schritten. Diese sind (i) die Einführung der Unternehmenscharakterisierung, (ii) die Fortentwicklung der Verrechnungspreismethodenwahl, (iii) die Fortentwicklung der Risiko- und Funktionsanalyse unter deutlicher Betonung immaterieller Werte, sowie (iv) die Konturierung einer Wertschöpfungsbeitragsanalyse.

Die sog. Unternehmenscharakterisierung ist in ihrer Ausdrücklichkeit eine deutsche Besonderheit; die OECD-Leitlinien arbeiten nur implizit bei der Methodenwahl im Rahmen der sog. „most appropriate method rule“<sup>643</sup> mit den Erwägungen, die in der Unternehmenscharakterisierung zum Ausdruck kommen. Die VG-Verfahren dagegen erklären es für „regelmäßig unverzichtbar“ bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes eine Unternehmenscharakterisierung durchzuführen, um „zu klären, ob und welches der beteiligten Unternehmen Routinefunktionen ausübt, welches das wesentliche Unternehmensrisiko trägt und welches mehr als nur Routinefunktionen ausübt, ohne die wesentlichen Risiken zu tragen“<sup>644</sup>. An diese Unternehmenscharakterisierung wird die Wahl der Verrechnungspreismethoden geknüpft und der durch die Wahl der Verrechnungspreismethoden zugeordnete Anteil am Gesamtgewinn aus der gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit gerechtfertigt. So entstehen die Kategorien

---

<sup>642</sup> Kursiv hinzugefügt.

<sup>643</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.1 ff.

<sup>644</sup> VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.10.2., lit. a). Querverweise entfernt.

der Routineunternehmen, Entrepreneurunternehmen sowie der Mischunternehmen, mit unterschiedlich weitgehenden Gewinnberechtigungen, wobei dem Innehaben und dem Einsatz von immateriellen Werten und die mit ihrer Entwicklung und Verwertung verbundenen Risiken – wie zwischen unabhängigen Unternehmen am Markt – eine herausgehobene Bedeutung zugesprochen wird.

„a) Ein Unternehmen, das lediglich Routinefunktionen ausübt (beispielsweise konzerninterne Dienstleistungen erbringt, die ohne weiteres am Markt auch bei Dritten in Auftrag gegeben werden könnten, oder einfache Vertriebsfunktionen) und nur in geringem Umfang Wirtschaftsgüter einsetzt und nur geringe Risiken trägt, erzielt bei üblichem Geschäftsablauf keine Verluste, sondern regelmäßig geringe aber relativ stabile Gewinne („Unternehmen mit Routinefunktionen“). Dies gilt auch für einen sog. Lohnfertiger oder einen sog. „low risk distributor“, der im Hinblick auf Forderungsausfälle und die Marktentwicklung nur kommissionärsähnliche Risiken trägt.

b) Einem Unternehmen, das über die zur Durchführung von Geschäften wesentlichen materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter verfügt, die wesentlichen, für den Unternehmenserfolg entscheidenden Funktionen ausübt und die wesentlichen Risiken übernimmt (vielfach als „Entrepreneur“ oder „Strategieträger“ bezeichnet), steht regelmäßig (ggf. zusammen mit anderen Unternehmen, die eine „Entrepreneur“-Funktion ausüben) das betreffende Konzernergebnis zu [...], das nach Abgeltung von Funktionen anderer nahestehender Unternehmen verbleibt. Ob das von einem „Entrepreneur“ erzielte Ergebnis dem Fremdvergleich entspricht, lässt sich mangels vergleichbarer Unternehmen regelmäßig nicht unter Verwendung von Fremdvergleichsdaten feststellen; das Ergebnis bildet vielmehr eine Residualgröße.

c) Ein Unternehmen, das unter Berücksichtigung der von ihm ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken weder als Unternehmen mit Routinefunktionen noch als der „Entrepreneur“ anzusehen ist, kann, soweit für seine Geschäftsvorfälle keine Fremdpreise feststellbar sind, seine Verrechnungspreise aufgrund von Planrechnungen [...] ermitteln, wobei es den Eintritt der prognostizierten Ergebnisse zu überwachen und ggf. auf Abweichungen zu reagieren hat [...]. Die Geschäftsvorfallbezogene Nettomargenmethode ist in diesem Zusammenhang keine geeignete Methode [...].“

Diese Unternehmenscharakterisierung ist eine wirtschaftstheoretisch und verrechnungspreisdogmatisch interessante Figur zur Handhabung von Verrechnungspreisfällen. Sie entspricht – weitgehend – der Definition des „entrepreneurs“ durch *Frank Knight*<sup>645</sup> und findet sich in Ansätzen auch im Carroll Report der League of Nations.<sup>646</sup>

---

<sup>645</sup> Vgl. *Frank H. Knight, Risk, Uncertainty, and Profit*, Verlag Hart, Schaffner & Marx, Boston, MA, 1921, abrufbar unter <http://www.econlib.org/library/Knight/knRUP.html>, Part III, Chapter IX, Enterprise and Profits, Tz. 13: „With the Specialization of function goes also a differentiation of reward. The produce of society is similarly divided into *two kinds of income*, and two only, contractual income, which is essentially *rent*, as economic theory has described incomes, and residual income or *profit*. But the differentiation of contractual income, like that of profit, is never complete; neither variety is ever

Das praktische Problem der Unternehmenscharakterisierung besteht allerdings darin, dass die Unternehmenscharakterisierung des BMF keine Maßstäbe dafür in sich trägt, wie die „Charakterisierung“ zu erfolgen hat, also insbesondere welche Entität die wirtschaftliche Eigentümerin der immateriellen Werte und Trägerin der wesentlichen Risiken ist. Die Unternehmenscharakterisierung ist weitgehend eine Rechtsfolgenregel und abhängig von den Ergebnissen der Risiko- und Funktionsanalyse. Das theoretische Problem der Unternehmenscharakterisierung besteht in der Verknüpfung des Residualgewinns aus der unternehmerischen Tätigkeit mit dem wirtschaftlichen Eigentum an immateriellen Werten, da diese Marktanalogue insofern unzutreffend ist, als dass Transaktionen mit immateriellen Werten (i) internalisiert werden müssen, um das Gewinnpotential, das im Residualgewinn verkörpert ist, tatsächlich generieren zu können und (ii) dadurch allein durch die Internalisierung selbst bzw. die mit ihr verbundenen Risikominderung der wirtschaftstheoretische Grund für das Entstehen des Residualgewinns ist.<sup>647</sup> Eine weitere Ungewissheit besteht in der Ermittlung des Residualgewinns der Höhe nach, da – abgesehen von der grundsätzlichen Herangehensweise – offen bleibt, wie die „Abgeltung von Funktionen anderer nahestehender Unternehmen“ zu erfolgen hat, m.a.W. werden die Beiträge der „anderen Unternehmen“ als besonders hochwertig und/oder als „unvergleichbar“ angesehen, kann dies durch die Methodenwahl große Auswirkungen auf die Höhe des beim „Entrepreneurunternehmen“ verbleibenden Residualgewinn haben.

Diese Zuordnung von Gewinnanteilen durch die Unternehmenscharakterisierung wird durch die Wahl der im jeweiligen Einzelfall geeigneten Verrechnungspreismethode umgesetzt. Die VG-Verfahren entwickeln dabei das im Ansatz bereits in den VG 1983 enthaltene Konzept fort, von einem Vorrang der Standardmethoden auszugehen und

---

met with in a pure form, and every real income contains elements of both rent and profit. And with uncertainty present (the condition of the differentiation itself) it is not possible even to determine just how much of any income is of one kind and how much of the other; but a partial separation can be made, and the causal distinction between the two kinds is sharp and clear.” S.a. a.a.O., Tz. 26: [A] further word as to the character of the process by which the entrepreneur's income is fixed. It may be distinguished from the contractual returns received for services not involving the exercise of judgment, and which are paid by the entrepreneur, by pointing out that the latter are *imputed*, while his own income is *residual*. That is, in a sense, the entrepreneur's income is not "determined" at all; it is "what is left" after the others are "determined." The competition of entrepreneurs bidding in the market for the productive services in existence in the society "fix" prices upon these; the entrepreneur's income is not fixed, but consists of whatever remains over after the fixed incomes are paid. Hence we must examine the entrepreneur's income indirectly, by inquiring into the forces which determine the fixed incomes, in relation to the whole product of an enterprise or of society.” Ausf. dazu unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

<sup>646</sup> Vgl. insbesondere Carroll Report, Chapter XII, S. 192.

<sup>647</sup> Vgl. dazu unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

Gewinnmethoden nur in Fällen, in denen sich keine Vergleichswerte ermitteln lassen, anzuwenden. Von den Gewinnmethoden soll die geschäftsvorfallbezogene Nettomargenmethode auf Routineunternehmen anwendbar sein, wenn sich die Standardmethoden nicht verlässlich anwenden lassen; die geschäftsvorfallbezogene Gewinnaufteilungsmethode soll herangezogen werden können, wenn mehrere Unternehmen als Strategieträger qualifizieren, da die geschäftsvorfallbezogene Gewinnaufteilungsmethode auch den Residualgewinn verteilt, der „Entrepreneurunternehmen“ zusteht.<sup>648</sup>

Die Unternehmenscharakterisierung und die Verrechnungspreismethodenwahl hängt also von der Ermittlung der ausgeübten Funktionen, der eingesetzten (immateriellen<sup>649</sup>) Wirtschaftsgüter, und der übernommenen Risiken ab, ohne diese Ermittlung inhaltlich zu konturieren. Die gemäß §§ 1 Abs. 2, 4 Nr. 3 GAufzV formell gesetzlich erforderliche Risiko- und Funktionsanalyse als Bestandteil der „Sachverhaltsdokumentation“ konkretisieren die VG-Verfahren nur dahingehend, dass die „Informationen über die wesentlichen eingesetzten Wirtschaftsgüter, über die Vertragsbedingungen, über die gewählte Geschäftsstrategie sowie über die für die Preisvereinbarung bedeutsamen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse aufzuzeichnen und ggf. zu erläutern<sup>650</sup>“ sind und geben Hinweise auf Informationen, die bei Ausübung bestimmter Unternehmensfunktionen „insbesondere von Bedeutung<sup>651</sup>“ sind, wobei eine besondere Bedeutung immaterieller Werte deutlich wird.

Desweiteren hat der Steuerpflichtige die „gesamte Wertschöpfungskette zu beschreiben und seinen eigenen Wertschöpfungsbeitrag darzustellen<sup>652</sup>“. Diese Anforderung des § 4 Nr. 3 Lit. b) GAufzV konkretisieren die VG-Verfahren *relativ restriktiv*. Als „Wertschöpfungskette“ wird zunächst „der gesamte Leistungserstellungsprozess bezeichnet, der mit der Forschung und Entwicklung beginnt und mit der Abgabe an den Endkonsumenten endet.“ Die Wertschöpfung ergebe sich „aus der Differenz zwischen dem Wert, den der Abnehmer für eine erhaltene Leistung zu zahlen bereit ist (Marktpreis der erbrachten Leistung), und den vom Leistungserbringer bezogenen Vorleistungen<sup>653</sup>“ und lasse sich „auch aus den Kosten der Leistungserbringung zuzüglich

---

<sup>648</sup> Siehe i.Einz. BMF, VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.10.3.

<sup>649</sup> Vgl. § 4 Nr. 2 GAufzV, sowie VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.10.3.

<sup>650</sup> Tz. 3.4.11.4. VG-Verfahren 2005. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>651</sup> Vgl. i.Einz. Tz. 3.4.11.4. VG-Verfahren 2005.

<sup>652</sup> Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005.

<sup>653</sup> Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005.

eines Gewinnzuschlags errechnen<sup>654c</sup>. Während die Differenzbetrachtung im Ansatz zutreffend ist, erscheint die Kostenaufschlagsbetrachtung – obwohl die Höhe des Gewinnaufschlags nicht eingeschränkt wird – für immaterielle Wertschöpfungsketten ungewöhnlich restriktiv, da es wirtschaftstheoretisch keinen verallgemeinerungsfähigen Zusammenhang zwischen den Kosten der Entwicklung von immateriellen Werten und ihrem Marktwert im Erfolgsfall gibt. Aus verrechnungspreisdogmatischer Sicht ist die Wertschöpfungsanalyse gleichwohl sachgerecht, da sie sich – anders als die Risiko- und Funktionsanalyse, die nur einzelne Gruppenentitäten in den Blick nimmt – „regelmäßig auf gesellschaftsübergreifende Prozesse innerhalb des Konzerns<sup>655c</sup> bezieht.<sup>656</sup> Problematisch ist weiterhin, dass all dies keinerlei Auskunft über die Zurechnungsmaßstäbe liefert nach denen Funktionen, Wirtschaftsgüter und Risiken an konkrete Entitäten zwecks Durchführung der Wertschöpfungsanalyse zugeordnet werden müssen; ebenso wie die Unternehmenscharakterisierung, die Verrechnungspreismethodenwahl und die Risiko- und Funktionsanalyse, aus der sich häufig bereits der Wertschöpfungsbeitrag des Steuerpflichtigen ergebe,<sup>657</sup> selbst setzt auch die Wertschöpfungsanalyse also eine Feststellung der Zuordnung schlicht voraus und knüpft an diese Feststellung u.U. nur Schlussfolgerungen darauf, welche „Preise, Kostenaufschläge, Margen usw. vor dem Hintergrund der Wertschöpfungsbeiträge der einzelnen Gesellschaften als angemessen anzusehen sind<sup>658c</sup>. Dogmatisch beachtlich an diesem Dokumentationserfordernis ist, dass die OECD-Leitlinien 1995, auf welche die VG-Verfahren verweisen, die relativen Wertschöpfungsbeiträge nur im Rahmen der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode beurteilen.<sup>659</sup>

Gewisse inhaltliche Hinweise auf die Maßstäbe zur wirtschaftlichen Zuordnung von (immateriellen) Wirtschaftsgütern bestehen indes in der starken Ausrichtung der VG-

---

<sup>654</sup> Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>655</sup> Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005.

<sup>656</sup> Desweiteren heißt es in Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005: „Um durch eine Wertschöpfungsbeitragsanalyse Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, welche Preise, Kostenaufschläge, Margen usw. vor dem Hintergrund der Wertschöpfungsbeiträge der einzelnen Gesellschaften als angemessen anzusehen sind, ist wie folgt vorzugehen: Zunächst sind die einzelnen Geschäftsprozesse, die für die Wertschöpfung des Konzerns relevant sind, zu identifizieren. Anschließend ist die relative Bedeutung der einzelnen Geschäftsprozesse für die Gesamtwertschöpfung zu gewichten und anteilig zu bestimmen, so dass die Bedeutung der einzelnen Geschäftsprozesse im Rahmen der Wertschöpfung für den Konzern ersichtlich wird. Schließlich ist zu analysieren, welchen Beitrag die jeweilige Konzerngesellschaft zu den einzelnen Geschäftsprozessen beisteuert. Dieser Beitrag ist ins Verhältnis zu den Wertschöpfungsbeiträgen der nahestehenden Personen zu setzen. Auf dieser Grundlage ist der Anteil der einzelnen Gesellschaften an der Gesamtwertschöpfung zu bestimmen [...]“

<sup>657</sup> Vgl. Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005.

<sup>658</sup> Vgl. Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005.

<sup>659</sup> Vgl. Tz. 3.4.11.5. VG-Verfahren 2005.

Verfahren an den OECD-Leitlinien 1995. Insgesamt scheinen die VG-Verfahren be-  
rum bemüht, die Maßgaben der OECD-Leitlinien 1995 zu übernehmen. Daraus kann  
man schließen, dass insbesondere auch die Maßgaben des Kapitels I „The arm’s length  
principle“ zur Funktionsanalyse und des Kapitels VI „Special considerations for intan-  
gible property“ für inhaltlich maßgeblich angesehen wurden. Diese Sichtweise wird  
durch die Begründung des Finanzausschusses zur gesetzlichen Verankerung der Risi-  
ko- und Funktionsanalyse als Teil des materiell-rechtlichen Prüfungsprogramms zur  
Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes durch das UntStRefG 2008 bekräftigt.  
Die Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 3 S. 1 AStG 2008 sieht die Neufassung „in An-  
lehnung an international übliche Formulierungen (OECD)“. Die 2008 noch gelten-  
den<sup>660</sup> OECD-Leitlinien 1995 enthielten ein relativ klares Konzept der Zuordnung von  
Funktionen, Wirtschaftsgütern und Risiken, das durch die Revision der Leitlinien 2010  
nicht grundlegend geändert wurde.<sup>661</sup> Auf diese OECD-Leitlinien 2010 verweisen die  
vom BMF erlassenen VG-Funktionsverlagerung, die zwar vor allem die besondere  
Konstellation von grenzüberschreitenden Funktionsverlagerungen adressieren und die  
gesetzlichen Vorgaben der § 1 Abs. 3 S. 9 ff. AStG sowie der Funktionsverlagerungs-  
verordnung (FVerIV) konkretisieren, aber auch die allgemeine Funktionsweise des  
Fremdvergleichsgrundsatzes erläutern. Die Überprüfung der Geschäftsbeziehungen  
durch den Fremdvergleichsgrundsatz basiert laut VG-Funktionsverlagerungen auf der  
Dispositionsfreiheit des Steuerpflichtigen, die durch den Abschluss von Verträgen mit  
verbundenen Unternehmen ausgeübt werde.

### „3.1. Unternehmerische Dispositionsfreiheit; Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Geschäfte

Unternehmen können frei entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Funktionen ausüben,  
Risiken und Gewinnchancen übernehmen und welche Ressourcen sie dafür einsetzen (unternehmerische  
Dispositionsfreiheit, Tz. 9.163 OECD Leitlinien). Die unternehmerische Dispositionsfreiheit umfasst  
auch Entscheidungen darüber, ob Funktionen selbst ausgeübt werden, bei anderen (Konzern-) Unter-  
nehmen konzentriert, auf mehrere Unternehmen aufgeteilt werden oder ein Subunternehmer damit be-  
auftragt wird. Weiterhin gehört die Entscheidung, ob anlässlich einer Funktionsverlagerung Wirt-  
schaftsgüter übertragen oder zur Nutzung überlassen werden und Dienstleistungen erbracht werden, zur  
unternehmerischen Dispositionsfreiheit, deren Ausübung aus den abgeschlossenen Verträgen abzuleiten  
ist. *Die Finanzbehörde hat diese Entscheidungen bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes  
iSd § 1 AStG regelmäßig anzuerkennen, da sie im Regelfall wirtschaftliche Gründe haben.* Die unter-

---

<sup>660</sup> Seit 2005 liefen indes die Verhandlungen über die Revision von Kapitel I und die Ergänzung der  
OECD-Leitlinien um Kapitel IX, vgl. zu diesem Revisionsprozess unten Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

<sup>661</sup> Vgl zum Konzept der OECD-Leitlinien 1995/2010 unten Kapitel II, Abschnitt II, C.I.

nehmerische Dispositionsfreiheit hindert andererseits die Finanzbehörde nicht, dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende Konsequenzen aus der Ausübung dieser Freiheit zu ziehen (Tz. 1.63 OECD Leitlinien).

Der Einkünfteermittlung ist *grundsätzlich der tatsächlich verwirklichte Sachverhalt zugrunde zu legen, dessen Würdigung im Einzelfall durch die abgeschlossenen Verträge bestimmt wird*. Stimmen allerdings die abgeschlossenen Verträge nicht mit dem tatsächlichen Verhalten der Parteien überein, ist auf den *wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Verhaltens* abzustellen (Tz. 1.48 ff. OECD Leitlinien). Maßgeblich sind die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt (Tz. 2.1.2 VG 1983, Tz. 1.64 OECD Leitlinien). Die Tatsache, dass innerhalb einer Unternehmensgruppe Leistungen erbracht werden, die zwischen fremden Dritten *unüblich sind oder tatsächlich nicht vorkommen [...]*, führt für sich allein nicht dazu, solche Geschäftsbeziehungen dem Grunde nach nicht anzuerkennen. Vielmehr ist auch in solchen Fällen zu entscheiden, welches Entgelt zwischen fremden Dritten vereinbart worden wäre („hypothetischer Fremdvergleich“ [...]). Die Finanzbehörde kann in Ausnahmefällen die vom Steuerpflichtigen gewählte rechtliche Gestaltung von Geschäftsbeziehungen nach § 1 AStG außer Acht lassen, wenn sich der wirtschaftliche Gehalt von seiner vereinbarten äußeren Form unterscheidet oder wenn zwar Form und Gehalt übereinstimmen, aber die getroffenen Vereinbarungen von jenen abweichen, die fremde Dritte in wirtschaftlich vernünftiger Weise getroffen hätten *und* die tatsächlich gewählte Gestaltung der Finanzbehörde die Möglichkeit nimmt, einen angemessenen Verrechnungspreis zu bestimmen (Tz. 1.65, 9.168 f. OECD Leitlinien).<sup>662</sup>

Dieser Auszug macht deutlich, dass das BMF sich an die Auslegung des Fremdvergleichsgrundsatzes durch die OECD-Leitlinien gebunden sieht. Die OECD-Leitlinien 2010, auf dessen Kapitel I für diesen Grundsatz der Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts vorrangig verwiesen wird, bedeutet eine grundsätzliche Maßgeblichkeit der vertraglichen Abreden zwischen verbundenen Unternehmen. In diese Richtung geht das BMF-Schreiben vom 14.12.2015, in dem die Auffassung des BFH ausdrücklich anerkannt wird, dass keine gesellschaftliche Veranlassung durch das vertragliche Eingehen von risikoträchtigen Wertpapiergeschäften zu erkennen ist, sondern „es die freie unternehmerische Entscheidung der Klägerin [ist], [Risikogeschäfte] und die damit verbundenen Chancen, aber auch die Verlustgefahren wahrzunehmen“<sup>663</sup>, wenn es durch die vertragliche Strukturierung zu einer „symmetrischen“ Risikoverteilung kommt, bei der sowohl upside- als auch downside-Potentiale an eine Entität allokiert werden.<sup>664</sup> Die VG-Funktionsverlagerung verweisen indes zutreffender Weise auch

---

<sup>662</sup> Kursiv hinzugefügt.

<sup>663</sup> BFH I R 83/03, BFHE 206, 58, unter B.II.1.a. (streitentscheidende Norm § 8 Abs. 3 KStG).

<sup>664</sup> BMF v. 14.12.2015 – IV C 2 – S 2741/10004, DOK 2015/1149958. Gleiche Ansicht wohl Schön, vgl. zu dessen Konzept ausf. unten, Kpitel III, Abschnitt I, C.IV.3.

auf die Substanzerfordernisse der OECD-Leitlinien 2010, deren Inhalt und Reichweite bis in die BEPS-Initiative hinein (und wohl auch weiterhin) durchaus unklar sind.<sup>665</sup>

Diese Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Geschäfte setzt ferner nur den Rahmen der Prüfung der Geschäftsbeziehung, insbesondere der Funktionsanalyse. Sie sagt für sich genommen nicht zwingend etwas über die materiellen Zuordnungskriterien aus, denen zufolge immaterielle Werte wirtschaftlich für Verrechnungspreiszwecke einer Partei der Geschäftsbeziehung zuzuordnen sind und die folglich berechtigt ist, die Erträge aus der Nutzung eines immateriellen Werts zu vereinnahmen. Aus dem Zusammenhang der Zuordnung von immateriellen Werten in Auftragsforschungsverhältnissen, bei denen die Kosten- und Risikotragung des Auftraggebers zu wirtschaftlichem Eigentum an den „Ergebnissen“ der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit führen soll, folgt indes, dass die vertragliche Gestaltbarkeit der Risikotragung, die die VG-Funktionsverlagerung anerkennen, zu einem materiellen Zuordnungskonzept führen, das durch die vertragliche Gestaltbarkeit von „Strategieträgern“ ermöglicht. Die VG-Funktionsverlagerung scheinen also ebenfalls die (vertragliche) Kosten- und Risikotragung als maßgeblich für die wirtschaftliche Zuordnung von immateriellen Werten anzusehen. So setze die „Übertragung“ eines Transferpakets voraus, dass dieses, einschließlich der mit diesen Funktionen zusammenhängenden Chancen und Risiken sowie den Wirtschaftsgütern, dem verlagernden Unternehmen vor der Verlagerung „rechtlich oder wirtschaftlich zuzuordnen gewesen“<sup>666</sup> war. Kriterium für diese Zuordnung ist dabei „z.B.“ die Kostentragung in Bezug auf das entstandene Gewinnpotential. In Bezug auf immaterielle Werte wird diese Aussage indes wiederum dadurch etwas vernebelt, weil das verlagernde Unternehmen „vor der Funktionsverlagerung über alle oder zumindest die wesentlichen Wirtschaftsgüter (vor allem immaterielle Wirtschaftsgüter) [verfügt haben muss], und das Personal, um das Gewinnpotenzial – ggf. auch unter Einschaltung Dritter – selbst realisieren zu können“ ohne das deutlich wird, wie diese Zuordnung der immateriellen Werte beurteilt werden muss.

Zusammengenommen bedeutet dies gleichwohl, dass die Zuordnungskriterien für Funktionen, Wirtschaftsgüter und Risiken nach (bisheriger) Ansicht des BMF vertraglich gestaltbar sind, wenn die Verträge den Substanzerfordernissen der OECD-Leitlinien gerecht werden. Der Verweis des Bundesgesetzgebers auf die „international

---

<sup>665</sup> Vgl zum Konzept der OECD-Leitlinien 1995/2010 unten Kapitel II, Abschnitt II, C.I.

<sup>666</sup> VG-Funktionsverlagerung, Tz. 2.1.3, Rn. 28.

üblichen Formulierungen (OECD)<sup>667</sup> deutet auf den subjektiv-historischen Willen hin, die Anforderungen an die Durchführung der Funktionsanalyse des § 1 Abs. 3 S. 1 AStG den Maßgaben OECD-Leitlinien 1995 anzugleichen. Das BMF hat diese gesetzgeberische Bestrebung bei der Auslegung der Ermächtigungsnorm des § 1 AStG durchgreifen lassen; gleichwohl ergab sich in drei vom BFH entschiedenen Fällen eine Sperrwirkung für die Auslegung des Fremdvergleichsgrundsatzes durch das BMF aus DBA, die auf der Grundlage des Art. 9 OECD-MA abgeschlossen wurden.

## **II. Rechtsprechung zur Durchführung der Risiko- und Funktionsanalyse**

Der 1. Senat des BFH hat in drei maßgebenden Urteilen die Grundstruktur der Sperrwirkung des abkommensrechtlichen Fremdvergleichsgrundsatzes herausgearbeitet und dabei (i) die Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts bei der Beurteilung des Inhaltes der Geschäftsbeziehung auf der Grundlage der Risiko- und Funktionsanalyse sowie (ii) die Funktion der Verrechnungspreiskontrolle durch den Fremdvergleichsgrundsatz als in der Regel bloße „Angemessenheitskontrolle“ bekräftigt. Die Urteile betrafen nicht unmittelbar Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten, aber die in ihnen entwickelten Maßgaben beeinflussen die Funktionsanalyse über den Einzelfall hinaus, insbesondere auch für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten.

### **1. BFH v. 11.10.2012 – I R 75/11**

Das erste Urteil betraf die sog. Sonderbedingungen für beherrschende Gesellschafter. Die Klägerin hatte am 29. Dezember des Streitjahrs einen auf den 1. Januar rückwirkenden Vertrag über konzerninterne Dienstleistungen abgeschlossen, demzufolge jährlich im Nachhinein eine stundengenaue Abrechnung der erbrachten Leistungen erfolgen sollte, wobei das vertraglich geschuldete Entgelt ausdrücklich fremdüblich zu sein hatte. Das Finanzamt vertrat gleichwohl die Auffassung, dass die Kostenumlage mangels wirksamer vorheriger Vereinbarung als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zu behandeln sei. Dem stellte sich der BFH mit der Begründung entgegen, nach dem abkommensrechtlichen Grundsatz des „dealing at arm’s length“ seien vereinbarten oder auferlegten Bedingungen an jenen Bedingungen zu messen, die voneinander unabhängige Unternehmen miteinander vereinbart hätten. Dies entspreche zwar im Kern dem Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bei der vGA. Anders als bei § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG seien aber „nur diejenigen (Sachverhalts-) Umstände

---

<sup>667</sup> Finanzausschuss des BT, Schaumburg/Rödter (Hrsg.) Unternehmensteuerreform 2008, S. 298.

einbezogen, welche sich auf die besagten ‚wirtschaftlichen oder finanziellen Bedingungen‘ auswirken, also die Angemessenheit (Höhe) des Vereinbarten berühren; eine Gewinnkorrektur, die sich nicht nur auf die Angemessenheit (Höhe) des Vereinbarten erstreckt, sondern – in einem zweistufigen Vorgehen – gleichermaßen auf dessen "Grund" (Üblichkeit, Ernsthaftigkeit), [sei] den Vergleichsmaßstäben des ‚dealing at arm's length‘ fremd.<sup>668</sup> Dieses Auslegungsergebnis werde dadurch bestätigt, dass einige DBA explizit einen Vorbehalt für innerstaatlich weiterreichende Fremdvergleichskorrekturen vorsehen sowie durch die Entwicklung des AOA, der einen „Gleichlauf der Grundsätze des "dealing at arm's length" nach Art. 9 Abs. 1 OECD-MustAbk (für Kapitalgesellschaften) einerseits und Art. 7 Abs. 2 OECD-MustAbk (für Betriebsstätten) andererseits<sup>669</sup> anstrebe.

Diese Begründung der – im Ergebnis m.E. richtigen – Entscheidung ist lückenhaft, basiert auf nicht zwingenden Schlussfolgerungen und ist weiter gefasst als für die Lösung des konkreten Falles erforderlich war. Erstens ist die kategorische Trennung der Üblichkeit und Angemessenheit als Gegenstand der Verrechnungspreiskontrolle zu apodiktisch; die OECD-Leitlinien 1995, an die der Finanzausschuss die Risiko- und Funktionsanalyse laut der Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 3 S. 1 AStG „anlehnen“ wollte, basiert nur grundsätzlich auf der Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Geschäfte. So sahen die OECD-Leitlinien 1995 für Risikoallokationen ausdrücklich Substanzanforderungen vor, die sich an der Marktüblichkeit von Abreden orientierten und die Risikoallokation und die wirtschaftliche Kontrolle über diese Risiken als üblicherweise zusammengehörig charakterisieren;<sup>670</sup> unklar blieb die Maßgeblichkeit dieses Subs-

---

<sup>668</sup> BFH I R 75/11, BStBl II 2013, 1046, Tz. 11.

<sup>669</sup> BFH I R 75/11, BStBl II 2013, 1046, Tz. 12.

<sup>670</sup> Vgl. OECD-Leitlinien Tz. 1.27: "An additional factor to consider in examining the economic substance of a purported risk allocation is the consequence of such an allocation in arm's length transactions. *In arm's length dealings it generally makes sense for parties to be allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control.*" (Kursiv hinzugefügt). Der 2008 OECD Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings erläuterte die hinter Tz. 1.27 stehenden Erwägungen wie folgt, a.a.O. Tz. 30: „This statement, which is *based on experience*, means that control over a risk can be a relevant factor to assist in the determination of whether a *similar risk allocation would have been agreed between independent parties at arm's length*. This raises the question of the meaning of the term "control", and in particular what functions or decisions amount to control in a given situation. The OECD is of the view that in the context of paragraph 1.27 of the TP Guidelines, "control" should be understood as the capacity to make decisions to take on the risk ( decision to put the capital at risk) and decisions on whether and how to manage the risk, internally or using an external provider. This would require the company to have people – employees or directors – who have the authority to, and effectively do, perform these control functions. Thus, when one party bears a risk, the fact that it hires another party to administer and monitor the risk on a day-to-day basis is not sufficient to transfer the risk to that other party." (Kursiv hinzugefügt).

tanzerfordernisses für alle vertraglichen Abreden. In jedem Fall waren in den OECD-Leitlinien 1995/2010 zwei Ausnahmen verankert für Fälle, in denen die vertraglichen Abreden Substanzanforderungen nicht standhielten und recharakterisiert werden können. Dies kam in Betracht, wenn (i) sich der wirtschaftliche Gehalt von seiner vereinbarten äußeren Form unterscheidet oder (ii) zwar Form und Gehalt übereinstimmen, aber die getroffenen Vereinbarungen von jenen abweichen, die fremde Dritte in wirtschaftlich vernünftiger Weise getroffen hätten und die tatsächlich gewählte Gestaltung der Finanzbehörde die Möglichkeit nimmt, einen angemessenen Verrechnungspreis zu bestimmen.<sup>671</sup> Während die Anpassung der vertraglichen Strukturen entlang der Substanzanforderungen nach Auffassung der OECD den Ausnahmefall darstellen und nur mit großer Vorsicht vorgenommen werden sollte, ist die kategorische Ablehnung von Üblichkeitskontrollen nicht in den OECD-Leitlinien angelegt<sup>672</sup> – wie ferner die Behandlung der Übertragung von immateriellen Werten, deren Bewertung im Übertragungszeitpunkt „highly uncertain“ ist, indiziert.<sup>673</sup>

Zweitens erlaubt der Verweis auf die explizite Weitung der Korrekturmöglichkeiten mancher DBA, nicht den zwingenden Schluss, den der BFH in Nr. 7 zu Art. 9 des Protokolls DBA-USA 2006 hereinliest. Der Protokollzusatz des DBA-USA bezieht sich in Satz 1 auf die nationale Formularaufteilung, die innerstaatlich zwischen den Bundesstaaten der USA Anwendung findet; Satz 2 bezieht sich auf die Definition der Verbundenheit der Unternehmen, also nur auf den Anwendungsbereich des Art. 9.<sup>674</sup>

Drittens verwundert der zu pauschale Verweis auf den „Gleichlauf“ von Gewinnabgrenzungen bei verbundenen Unternehmen und bei Betriebsstätten, der durch den AOA angestrebt werde. Richtig ist, dass die OECD seit 2001 im Ausgangspunkt der sog. Working Hypothesis, die später als AOA bezeichnet wurde, nachging, wie weit die Selbstständigkeitsfiktion bei Betriebsstätten getragen werden („Step 1“) und ob die

---

<sup>671</sup> Vgl. OECD-Leitlinien Tz. 1.36 ff.

<sup>672</sup> Ausf. zur Konzeption der OECD-Leitlinien 1995/2010 unten Kapitel II, Abschnitt II, C.I.

<sup>673</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.28 ff.

<sup>674</sup> Siehe BGBl. II 2008, S. 611, 645: „7. Zu Artikel 9 (Verbundene Unternehmen) -- Jeder Vertragsstaat kann die Bestimmungen seines *innerstaatlichen* Rechts, nach denen Einnahmen, abzuziehende Beträge, Steueranrechnungs- oder Freibeträge zwischen verbundenen Personen aufzuteilen oder zuzurechnen sind, anwenden, um abzuziehende Beträge, Steueranrechnungs- oder Freibeträge nach den allgemeinen Grundsätzen des Artikels 9 Absatz 1 aufzuteilen oder zuzurechnen. Artikel 9 ist nicht so auszulegen, als beschränke er einen Vertragsstaat bei der Aufteilung von Einkünften zwischen Personen, die auf andere Weise als durch mittelbare oder unmittelbare Beteiligung im Sinne des Absatzes 1 *miteinander verbunden* sind (zum Beispiel durch kommerzielle oder vertragliche Beziehungen, die zu beherrschendem Einfluss führen); die Aufteilung muss aber sonst den allgemeinen Grundsätzen des Artikels 9 Absatz 1 entsprechen.“ (Kursiv hinzugefügt)

OECD-Leitlinien analoge Anwendung für die Gewinnabgrenzung finden können („Step 2“). Der AOA in seiner Gesamtkonstruktion betrifft allerdings nicht „gleichermaßen allein die (kaufmännische oder finanzielle) Angemessenheit der Geschäftsbeziehungen“<sup>675</sup>. Durch das Fehlen vertraglicher Abreden gibt es gerade keine a priori-Grundlage für eine Verrechnungspreiskontrolle „allein der Angemessenheit“; die nächste Entsprechung zur Maßgeblichkeit abgeschlossener Verträge, die Anerkennung der Buchführung der einzelnen Betriebsstätten, wurde durch den AOA ausdrücklich abgelehnt. Der „Step 1“ des AOA erfordert daher die Umsetzung der Selbstständigkeitsfiktion durch die Zuordnung von Wirtschaftsgütern und Risiken, wofür der AOA das Konzept der Maßgeblichkeit von wichtigen Personalfunktionen aus einem typisierten, üblichen Marktverhalten ableitet. So ist der AOA in seiner Gesamtkonzeption durchaus (durch die analoge Anwendung der o.g. Substanzanforderungen der OECD-Leitlinien in „Step 2“ sogar gleichsam doppelt) abhängig von Üblichkeitserwägungen. Viertens hätte sich der BFH mit den konkreten Maßgaben zur Anerkennung vertraglicher Beziehungen unter den OECD-Leitlinien 1995/2010 auseinandersetzen müssen. Zwar würden unter fremden Dritten abgeschlossene Verträge regelmäßig („generally“) die von den Parteien jeweils übernommenen Verantwortlichkeiten bestimmen und daher sei eine Beurteilung der vertraglichen Abreden ein unbedingter Teil der Funktionsanalyse.<sup>676</sup> Bestehen indes keine schriftlichen Verträge („where no *written* terms exist“), sei der Inhalt der vertraglichen Beziehung der Parteien aus deren „tatsächlichen Verhalten“ abzuleiten.<sup>677</sup> Die OECD-Leitlinien lassen dabei den erforderlichen Zeitpunkt der schriftlichen Abreden offen, also, ob sie im Vorhinein abzuschließen sind; die U.S. Treasury Regulations von 1994, die den OECD-Leitlinien 1995 weitgehend zugrunde liegen, dagegen beziehen das Bestehen von schriftlichen Verträgen auf einen Zeitpunkt vor dem Leistungsaustausch.<sup>678</sup> Rechtsfolge ist dann indes keine vollständige vGA, sondern nur die Maßgeblichkeit des „tatsächlichen Verhaltens“.

---

<sup>675</sup> BFH I R 75/11, BStBl II 2013, 1046, Tz. 12.

<sup>676</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 1.52.

<sup>677</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 1.52.

<sup>678</sup> Vgl. U.S. Treasury Regulations 1994 § 1.482-1(d)(3)(ii)(B)(1)-(2): „The contractual terms, including the consequent allocation of risks, *that are agreed to in writing before the transactions are entered into will be respected* if such terms are consistent with the economic substance of the underlying transactions. In evaluating economic substance, greatest weight will be given to the actual conduct of the parties, and the respective legal rights of the parties. If the contractual terms are inconsistent with the economic substance of the underlying transaction, the district director may disregard such terms and impute terms that are consistent with the economic substance of the transaction. *In the absence of a written agreement, the district director may impute a contractual agreement between the controlled taxpayers*“

Im Ergebnis ist die Entscheidung gleichwohl zutreffend. Sie begründet indes eine zu undifferenzierte Dialektik von Angemessenheits- und Üblichkeitsprüfung, die so nicht in den OECD-Leitlinien 1995/2010 angelegt ist, anstatt eher zwischen formeller und materieller Üblichkeitsprüfung zu unterscheiden; die OECD-Leitlinien prüfen, wie dargetan, die materielle Üblichkeit durch die an Marktüblichkeiten orientierten Substanzanforderungen und in Ausnahmefällen greifenden Recharakterisierungsregeln. Die formelle Üblichkeit dagegen, ob die Geschäftsbeziehung ihrer äußeren Form nach üblich ist, ist unter den OECD-Leitlinien 1995/2010 unerheblich. Dies ist auch schlüssig, da die OECD-Leitlinien Wertschöpfungsbeiträge analysieren. Zu beachten ist indes, dass das Fehlen von im Vorfeld geschlossenen vertraglichen Abreden den materiellen Gehalt der Geschäftsbeziehung beeinflussen kann; so betont der Final BEPS Report, dass Risikoallokationen nur in „ex ante agreements“ anzuerkennen sind.<sup>679</sup>

## **2. BFH v. 17.12.2014 – I R 23/13**

Die „Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts“ bei der Ermittlung des Inhaltes der Geschäftsbeziehung auf Grundlage einer Risiko- und Funktionsanalyse wurde auch in BFH I R 23/13 bekräftigt, wiederum etwas zu undifferenziert, aber im Ergebnis für den zu entscheidenden Einzelfall zutreffend. Streitgegenständlich war die Anerkennung einer Teilwertabschreibung auf ein fremdunüblich unbesichert begebenes Darlehen an eine ertragsschwache Tochtergesellschaft. Der BFH lehnte die Einkünftekorrektur in Höhe der Teilwertabschreibung, die allein mit der Unüblichkeit der Strukturierung begründet wurde, zwar grundsätzlich ab, verwies den Fall jedoch an das FG zurück zwecks „weiterer Sachaufklärung, zum einen dazu, ob der vereinbarte Zins seiner Höhe nach angemessen war, zum anderen dazu, ob entsprechende Darlehens- und Zinsforderungen als solche überhaupt zu aktivieren und bejahendenfalls, ob die vorgenommenen Abschreibungen auf die niedrigeren Teilwerte gerechtfertigt waren“<sup>680</sup>. Der 1. Senat stützt diese Rechtsauffassung auf die in BFH I R 75/11 begründete Unterscheidung zwischen Angemessenheit- und Üblichkeitsprüfung. Die „tragende Erwägung“ des Urteils BFH I R 75/11 sei es gewesen, dass „in den maßgeblichen Vergleichsmaßstab des Art. 9 Abs. 1 OECD-MustAbk nur diejenigen (Sachverhalts-)

---

*consistent with the economic substance of the transaction.* In determining the economic substance of the transaction, greatest weight will be given to the actual conduct of the parties and their respective legal rights [...]” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>679</sup> Vgl. i.Einz. Final BEPS Report, Tz. 1.77 ff.

<sup>680</sup> BFH I R 23/12, BStBl II 2016, 261, Tz. 9.

Umstände einbezogen sind, welche sich auf die besagten "wirtschaftlichen oder finanziellen Bedingungen" auswirken, also die Angemessenheit (Höhe) des Vereinbarten berühren; eine Gewinnkorrektur, die sich nicht nur auf die Angemessenheit (Höhe) des Vereinbarten erstreckt, sondern -- in einem zweistufigen Vorgehen -- gleichermaßen auf dessen "Grund" (Üblichkeit der Konditionen, Ernsthaftigkeit), ist den Vergleichsmaßstäben des "dealing at arm's length" als Gegenstand der Angemessenheitsprüfung fremd.<sup>681</sup> Ferner sei zwar der „Ausdruck der "vereinbarten Bedingungen" in Art. 9 Abs. 1 OECD-MustAbk grundsätzlich alles zu subsumieren, was Gegenstand der kaufmännischen und finanziellen Beziehungen und damit Gegenstand des schuldrechtlichen Leistungsaustauschs zwischen den verbundenen Unternehmen ist, so dass neben dem Preis sämtliche weiteren Geschäftsbedingungen einbezogen sind.<sup>682</sup> Es bleibe jedoch dabei, dass sich „Vereinbarungskonditionen vor dem Grundsatz des in Art. 9 Abs. 1 OECD-MustAbk angelegten Prüfmaßstabs nur insofern auswirken, als deren "Qualität" die Zinshöhe im Fremdvergleich "nach oben" oder "nach unten" beeinflusst".<sup>683</sup> Gleichwohl können sich Vereinbarungsinhalte „regelmäßig bloß dann auswirken, wenn sie tatsächlichen Einfluss auf die Höhe der Leistungsbedingungen nehmen<sup>684</sup>“. So könne etwa neben dem Vereinbarungsinhalt der Rückhalt im Konzern die Risikostruktur und damit die Verrechnungspreisermittlung beeinflussen, wodurch sich bei Vorliegen eines solchen Rückhalts die Kompensation durch den vereinbarten Zinssatz erübrigen kann, solange der beherrschende Gesellschafter die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherstelle.<sup>685</sup>

Die Aufhebung und Zurückverweisung ist im Ergebnis zutreffend erfolgt, ebenso der im Streitfall u.U. streitentscheidende Fingerzeig auf die Frage, ob nicht vielmehr verdeckt Eigenkapital eingebracht als Fremdkapital überlassen wurde,<sup>686</sup> wobei die OECD die Auffassung vertritt, dass Art. 9 OECD-MA „nicht nur bei der Entscheidung der Frage zu beachten ist, ob der in einem Darlehensvertrag vereinbarte Zinssatz den im freien Markt vereinbarten Bedingungen entspricht, sondern auch bei der Entscheidung der Frage, ob ein prima facie als Darlehen ausgestattetes Rechtsverhältnis als Darlehen oder als eine Zahlung anderer Art, insbesondere als Zuführung zum Gesell-

---

<sup>681</sup> BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 19.

<sup>682</sup> BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 20.

<sup>683</sup> BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 20.

<sup>684</sup> BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 23.

<sup>685</sup> BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 23.

<sup>686</sup> Vgl. BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 26.

schaftskapital, anzusehen ist<sup>687</sup>. Zu undifferenziert ist dagegen der kategorische Ausschluss von Üblichkeitserwägungen, insbesondere das Fehlen eines Verweises auf Tz. 1.27, 1.36 ff. OECD-Leitlinien 1995 bzw. 1.48, 1.64 ff., 9.10 ff. OECD-Leitlinien 2010. Diese nur begrenzte Üblichkeitsprüfung mag dem BMF nicht ausreichen, sie entspricht jedoch dem internationalen Konsens; eine weitergehende Revision der Überprüfbarkeit der Kapitalallokation zwischen verbundenen Unternehmen wurde in den BEPS-Verhandlungen bewusst (vorerst) ausgeschlossen.<sup>688</sup>

### **3. BFH v. 24.06.2015 – I R 29/14**

Auch das Urteil BFH I R 29/14 betraf ein fremdunüblich unbesichertes Darlehen. Neben Konkretisierungen zum Rückhalt im Konzern als Besicherung eines Darlehens bestätigt der 1. Senat die Erwägungen der vorstehenden Urteile. Ausschlaggebend für eine Korrektur sei „bei einer Darlehensbegebung erneut allein der vereinbarte Zinssatz, der seinerseits einem Fremdvergleich standhalten muss und dafür im Falle der fehlenden Besicherung – aufgrund des Konzernrückhalts und ggf. nach den Umständen des Einzelfalls und der dadurch ausgelösten Besicherungsintensität auch im Rahmen einer konzerninternen Finanzierung [...] – um einen angemessenen Risikozuschlag zu erhöhen ist.“<sup>689</sup>

### **4. Bedeutung der Urteile für die Funktionsanalyse bei immateriellen Werten**

Die Bedeutung dieser Urteile für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten ergibt sich aus dem o.g. diffizilen Verhältnis zwischen der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten entlang der vertraglich strukturierbaren Kostentragung sowie der Ermittlung des Wertschöpfungsgehalts der operativen Unterstützungsleitungen derjenigen Entitäten, die selbst nicht wirtschaftliches Eigentum an dem immateriellen Wert erlangen. Diese Funktionsanalyse ist übermäßig gestaltungsanfällig, wenn die Urteile des BFH so gelesen werden, dass sie ein strengeres Verrechnungspreissystem als die OECD-Leitlinien 1995/2010 etablieren, das jegliche Üblichkeitsprüfung – auch in Form von der o.g. Substanzanforderungen – ausschließt. Da der BFH im Ergebnis jedoch keine inhaltliche Abweichung zu den OECD-

---

<sup>687</sup> OECD-Musterabkommen, 2010, Art. 9, Tz. 3; sowie zugehörig OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.65.

<sup>688</sup> Vgl. *Parker*, OECD Unlikely to Examine Capital Allocation, 21.06.2015, BNA Bloomberg, abrufbar unter <https://www.bna.com/oecd-unlikely-examine-m73014445210>. A.a.O.: “[Former OECD Head of Transfer Pricing Andrew] Hickman said that the OECD didn’t focus on capital allocation in its recent project to combat tax base erosion and profit shifting because, in part, “we don’t know where the discussion would end up.”

<sup>689</sup> BFH I R 29/14, BStBl II 2016, 258, Tz. 17.

Leitlinien 1995/2010 erzeugt hat und dies trotz der lückenhaften Begründungen der Entscheidungen auch nicht beabsichtigte, sollten die Urteile zwar als terminologisch nicht geglückt angesehen werden, aber nicht derart, dass sie ein engeres System der Funktionsanalyse als die OECD-Leitlinien 1995/2010 statuieren.<sup>690</sup>

## 5. Reaktion des Bundesfinanzministeriums auf die Urteile

Das BMF hat auf diese Urteile am 30. März 2016 mit einem Schreiben zur Nichtanwendung der Urteilsgrundsätze in vergleichbaren Fällen (Nichtanwendungserlass)<sup>691</sup> reagiert. Die Entscheidungen seien über die entschiedenen Einzelfälle nicht hinaus anwendbar, soweit der 1. Senat des BFH eine Sperrwirkung von Abkommensnormen, die inhaltlich Art.9 OECD-MA entsprechen, gegenüber § 1 AStG angenommen hat. Für das BMF lassen der Wortlaut des Gesetzes und der subjektive Wille der vertragsschließenden Parteien die Auslegung, die der BFH seinen Urteilen zugrunde legte, nicht zu. Zutreffend ist, dass der Wortlaut des Art. 9 OECD-MA durch den Bezug auf „vereinbarte oder auferlegte Bedingungen“ weitergehend verstanden werden könnte als nur eine Korrektur der Verrechnungspreise einer Geschäftsbeziehung der Höhe nach, d.h. weitergehend als eine „Angemessenheitsprüfung“, da der Begriff der „Bedingungen“ nicht zwingend gleichbedeutend ist mit Preisen oder Gewinnmargen, sondern sich auf den Gesamthalt der „kommerziellen oder finanziellen Beziehungen“ beziehen könnte<sup>692</sup> und Art. 9 OECD-MA alle „Gewinne, die eines der Unternehmen ohne

---

<sup>690</sup> Ausf. zur Konzeption der OECD-Leitlinien 1995/2010 unten Kapitel II, Abschnitt II, C.I.

<sup>691</sup> BMF v. 30.03.2016, IV B 5 - S 1341/11/10004-07.

<sup>692</sup> Dies ist nicht eindeutig. Die OECD-Leitlinien 1995 beziehen den Begriff der „conditions under review“ grundsätzlich nur auf „price or margin“ (Tz. 1.15) für eine erbrachte Leistung. Die Anwendung der Standardmethoden sei dabei das direkteste Mittel („most direct means“) die Feststellung zu treffen, ob „conditions“ dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen, a.a.O., Tz. 2.5. Die „conditions“ beschreiben *dennach grundsätzlich nur die Abweichung im Preis*. Dies entspricht den OECD-Leitlinien 2010, vgl. u.a. Tz. 1.45: “Functional analysis is incomplete unless the material risk assumed by each party have been considered since the assumption or allocation of risk would influence the conditions of the transactions between associated enterprises.” Sowie etwa Tz. 1.47: “The functions carried out [...] will determine to some extent the allocation of risks between the parties, and therefore the conditions each party would expect in arm’s length transactions.” Die OECD-Leitlinien 1995/2010 verwenden den Begriff der “conditions” *andererseits aber* auch vereinzelt, um externe Umstände zu erfassen, etwa in Tz. 1.35/1.63 a.E.: “[...] and that a party operating at arm’s length would have been prepared to sacrifice profitability for a similar period under such economic circumstances and competitive conditions.” Wieder *andererseits* wird der Begriff “conditions” in den OECD-Leitlinien 1995/2010 tatsächlich auch verwendet, um Anpassungen der Transaktionsstruktur, also dessen was vertraglich vereinbart wurde, dies aber nur *im Kontext der ausnahmsweisen ‘Recharakterisierung’* einer Transaktion, *nicht als Regelverfahren der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes*, vgl. Tz. 1.37/1.63 a.E.: „While in this case it may be proper to repect the transaction as a transfer of commercial property, it would nevertheless be appropriate for a tax administration to conform the terms of that transfer in their entirety (and not simply by reference to pricing) to those that might reasonably have been expected had the transfer of property been subject of a transaction involving independent parties. Thus, in the case described above it

diese Bedingungen erzielt hätte, wegen dieser Bedingungen aber nicht erzielt hat“ zum Gegenstand der Verrechnungspreiskontrolle erklärt, wodurch auch infolge von unüblichen Strukturierung ausbleibende Gewinne erfasst sein könnten, eine Ansicht, die der 1. Senat des BFH ausdrücklich teilt.<sup>693</sup> Weder der BFH noch das BMF setzen sich jedoch für die Lösung dieser Frage mit der historischen Entwicklung des Abkommenswortlauts und der Auslegung des Wortlautes durch die OECD differenziert auseinander.<sup>694</sup> Das BMF begnügt sich mit einem Verweis auf den OECD-Musterkommentar, der auf die „Fremdüblichkeit“ der Bedingungen („arm’s length terms“) abstelle, wodurch der Fremdvergleichsgrundsatz eine Gewinnberichtigung („adjustments to profits“) und gerade nicht eine Preisberichtigung zum Gegenstand habe; das BMF unterschlägt dabei, dass der OECD-Musterkommentar auf die OECD-Leitlinien verweist, um den konkreten Inhalt dieser Maßgabe zu bestimmen.<sup>695</sup> Der BFH dagegen begnügt

---

might be appropriate for the tax administration, for example, to adjust the conditions of the agreement in a commercially rational manner [...]” Und nochmal deutlicher etwa in Tz. 1.38/1.66: „Article 9 would thus allow an adjustment of conditions to reflect those which the parties would have attained had the transaction been structured in accordance with the economic and commercial reality of parties transacting at arm’s length.” Die Entwürfe des AOA verwenden den Begriff „conditions“ dagegen für die Betriebsstättengewinnabgrenzung schon im Grundsatz weitreichend, vgl. OECD AOA Draft, 2001, Tz. 45: „In the PE context, some of the “conditions” of the PE as a hypothesised distinct and separate enterprise will be derived from a functional and factual analysis of the internal attributes of the enterprise itself (“internal conditions”), whilst other “conditions” will be derived from a functional and factual analysis of the external environment in which the functions of the PE are performed (“external conditions”). Unless stated otherwise in the text, the term “conditions” refers to both “internal” and “external” conditions.“ Das OECD/G20 Deliverable 2014 dagegen wiederum ist teilweise eng im erstgenannten Sinne, a.a.O. Tz. 6.35: „The prices and other conditions contained in such contracts may or may not be consistent with the arm’s length principle“; teilweise weit im zweitgenannten Sinne formuliert, a.a.O. Tz. 6.34: “in the circumstances described in paragraphs 1.64 – 1.69, recharacterising transactions as necessary to reflect arm’s length conditions”. Man kann den Begriff “conditions“ m.E. daher jedenfalls nicht als *terminus technicus* der OECD-Leitlinien verstehen, dem nur der eine oder andere Inhalt zukommt. Der Begriff zeigt exemplarisch vielmehr die „Flexibilität“ des internationalen Fremdvergleichs-systems.

<sup>693</sup> Vgl. BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 20: „[U]nter dem Ausdruck der "vereinbarten Bedingungen" in Art. 9 Abs. 1 OECD-MustAbk [ist] grundsätzlich alles zu subsumieren, was Gegenstand der kaufmännischen und finanziellen Beziehungen und damit Gegenstand des schuldrechtlichen Leistungsaustauschs zwischen den verbundenen Unternehmen ist, so dass neben dem Preis sämtliche weiteren Geschäftsbedingungen einbezogen sind.“

<sup>694</sup> Zur historischen Entwicklung des Abkommenswortlauts ausf. oben Kapitel I, Abschnitt II, B.II.2.

<sup>695</sup> Vgl. OECD-Musterkommentar 2010 zu Art. 9, Tz. 1: “This Article deals with adjustments to profits that may be made for tax purposes where transactions have been entered into between associated enterprises (parent and subsidiary companies and companies under common control) on other than arm’s length terms. The Committee has spent considerable time and effort (and continues to do so) examining the conditions for the application of this Article, its consequences and the various methodologies which may be applied to adjust profits where transactions have been entered into on other than arm’s length terms. Its conclusions are set out in the report entitled *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, which is periodically updated to reflect the progress of the work of the Committee in this area. That report represents internationally agreed principles and provides guidelines for the application of the arm’s length principle of which the Article is the authoritative statement.”

sich mit Verweisen auf deutschsprachige Kommentarliteratur;<sup>696</sup> eine Auseinandersetzung mit den Primärquellen erfolgt nicht. Durch die Auseinandersetzung mit der historischen Entwicklung und der Auslegung durch die OECD entsteht jedoch ein differenziertes und teilweise unklareres Bild als BMF und 1. Senat des BFH zeichnen und durch die Dialektik von Angemessenheits- und Üblichkeitsprüfung – die so apodiktisch weder in den historischen Materialien der League of Nations noch in den Materialien der OECD auftaucht – nur unzureichend beschrieben wird.<sup>697</sup> Richtiger wäre es, die (i) Ermittlung des „tatsächlichen wirtschaftlichen Gehaltes“ der Geschäftsbeziehung im Wege der Risiko- und Funktionsanalyse der (ii) Ermittlung einer „angemessenen“ Funktionsvergütung für erbrachte Leitung unter Bezugnahme auf die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken kategorisch gegenüberzustellen und dabei auf das übergeordnete Ziel des Art. 9 Abs. 1 OECD-MA zu verweisen, eine Gewinnallokation zu erreichen, die Gewinne dem Staat zuordnet, in dem sie wirtschaftlich generiert wurden („economic allegiance“).<sup>698</sup>

Auch die weiteren Erwägungen des Nichtanwendungserlasses überzeugen nicht. Der unspezifische Verweis auf den Umsetzungswillen des historischen Gesetzgebers bei der Einführung der Ermächtigungsnorm des § 1 ASG 1972 ist wenig hilfreich, um den Inhalt der Schrankennorm des Art. 9 OECD-MA zu erhellen. Die Gesetzesbegründung

---

<sup>696</sup> Vgl. BFH I R 75/11, BStBl II 2013, 1046, Tz. 7; BFH I R 23/13, BStBl II 2016, 261, Tz. 20; BFH I R 29/14, BStBl II 2016, 258, Tz. 18.

<sup>697</sup> Vgl. an dieser Stelle nur den Verweis auf die “sound legal and business principles” neben den Überprüfung des Preises im Carroll Report, Chapter XII, S. 170: „[T]he tax authorities, as a general rule, have *only to examine the inter-company transactions, appraise their terms and results in the light of sound legal and business principles, or by comparison with independent companies* engaged in similar activities under similar circumstances, and recapture any profit that may be shown to have been diverted.” (Kursiv hinzugefügt) Ferner die an Üblichkeiten ausgerichteten Substanzerfordernisse der OECD-Leitlinien 1995 auf die eben hingewiesen wurde, sowie ausf. unten Kapitel II, Abschnitt II, C.I.2. zur Konzeption des Kapitels I der OECD-Leitlinien 1995/2010.

<sup>698</sup> Zur historischen Entwicklung und Verankerung dieser Idee in den Musterverträgen der League of Nations sowie der OECD ausf. oben Kapitel I, Abschnitt II, B.II. Bestätigung durch OECD-Musterkommentar 2010, Tz. 2: „[Art. 9 Abs. 1] sieht vor, dass die Steuerbehörden eines Vertragsstaats zur Berechnung der Steuerschulden verbundener Unternehmen die Bücher der Unternehmen berichtigen dürfen, wenn diese wegen der besonderen Beziehungen zwischen den Unternehmen *die tatsächlich in diesem Staat entstandenen steuerlichen Gewinne nicht ausweisen*. Es ist offensichtlich angemessen, dass eine Berichtigung unter diesen Umständen gerechtfertigt ist.“ (Kursiv hinzugefügt). Die entscheidende dogmatische Schwierigkeit besteht dabei in der Ermittlung des tatsächlichen wirtschaftlichen Gehaltes der Geschäftsbeziehung, d.h. der „accurate delineation of the actual transaction“ und somit der Ermittlung des Wertschöpfungsbeitrages der jeweiligen Entität auf der Grundlage dieses „tatsächlichen“ Transaktionsinhaltes, also in der Durchführung der Risiko- und Funktionsanalyse und die Rolle und Maßgeblichkeit der vertraglichen Abreden dabei. Die die Rolle und Maßgeblichkeit der vertraglichen Abreden bei der Ermittlung des tatsächlichen Inhaltes der Geschäftsbeziehungen als „Üblichkeitsprüfung“ zu kategorisieren verfehlt diesen zentralen Problembereich.

der Bundesregierung im Entwurf des Außensteuergesetzes, durch dessen § 1 Abs. 1 der Begriff der „Bedingungen“ eingeführt wurde,<sup>699</sup> bezieht sich nämlich allein auf

„die Erfahrung, daß innerhalb international verflochtener Unternehmenskreise nicht selten z.B. für Lieferungen ins Ausland ein *zu niedriges Entgelt* und für Lieferungen aus dem Ausland ein *zu hohes Entgelt* gefordert wird und damit die Gewinne aus der deutschen Besteuerung ins Ausland verlagert werden. *Solche Verlagerungen* basieren darauf, daß Unternehmenskreise es in der Hand haben, für die Geschäftsbeziehungen zwischen ihren Gliedunternehmen Bedingungen vereinbaren zu lassen, denen fremde Dritte nicht zugestimmt hätten. Unbeschadet des Grundsatzes, daß auch zwischen international verflochtenen Unternehmungen geschlossene Verträge steuerlich anzuerkennen sind, muß gewinnmindernden *Absprachen dieser Art* die steuerliche Anerkennung versagt werden. Der Gewinn ist für den Zweck der Besteuerung unter Zugrundelegung der Bedingungen zu berichtigen, die zwischen fremden Dritten vereinbart worden wären. Absatz 1 legt diesen Grundsatz fest.<sup>700</sup>“

Nicht nur fehlt an dieser Stelle ein ausdrücklicher Zusammenhang bzw. Wille des historischen Gesetzgebers zur Umsetzung spezifischer OECD-Konzepte, sondern die Gesetzbegründung deutet auf ein durchaus enges Verständnis der Korrekturmöglichkeiten, die im Begriff der „Bedingungen“ Ausdruck finden, hin. Die historische Gesetzesbegründung orientiert sich an fremdunüblichen Entgelten auf der Grundlage der abgeschlossenen Verträge. Dieses Konzeptionierung hat das BMF in den VG-Funktionsverlagerung nicht nur anerkannt, sondern die Dispositionsfreiheit des Steuerpflichtigen ausdrücklich zur Grundlage der Verrechnungspreisermittlung erklärt.<sup>701</sup>

Ebenso wenig geglückt ist der Versuch des Nichtanwendungserlasses, eine teleologische Auslegung zu vollziehen. Erstens ist es überzeugender, nicht den Fremdvergleichsgrundsatz selbst als „Zweck“ des Art. 9 OECD-MA anzusehen, sondern ebenso wie der OECD-Musterkommentar, die Zuordnung steuerlicher Gewinn an die Jurisdiktion, in der sie „tatsächlich entstanden“ sind; dieser Ermittlung dient der Fremdvergleichsgrundsatz. Zweitens läuft das Argument ins Leere, eine Beschränkung auf die Korrektur des Verrechnungspreises sei „weder dazu geeignet ist noch ausreichend, um ein Ergebnis zu erzielen, das dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht“; das BMF unterstellt damit unzutreffender Weise, dass der Inhalt des Fremdvergleichsgrundsatz-

---

<sup>699</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 des AStG 1972, BGBl. I 1972, S. 1713, Art. 1.

<sup>700</sup> BT-Drucks. VI/2883, S. 23. (Kursiv hinzugefügt).

<sup>701</sup> Siehe zur Risiko- und Funktionsanalyse auf der Grundlage von Verträgen, dem subjektiven-historischen Willen des Gesetzgebers des UntStRefG und den VG-Funktionsverlagerung und den durch den Verweis auf die OECD-Leitlinien 1995/2010 verbleibenden Unklarheiten oben Kapitel II, Abschnitt II, B.I. sowie Kapitel II, Abschnitt II, C.I.2.

zes abschließend feststeht.<sup>702</sup> Unklar und widersprüchlich bleibt auch wie das BMF das Verhältnis dieser teleologischen Auslegung zur Anwendung hypothetischer Verrechnungsmethoden sieht: Diese kommen laut VG-Funktionsverlagerung zur Anwendung, wenn Marktpreise sich nicht finden lassen, weil die Vereinbarung solcher Geschäftsbeziehung zwischen den fremden Dritten „unüblich“<sup>703</sup> ist.

Zuletzt will der Nichtanwendungserlass auch noch einen – in der Normstruktur verankerten – „treaty override“ in der seit 1972 in § 1 Abs. 1 AStG enthaltenen Subsidiaritätsklausel erkennen. § 1 AStG sei seit seiner Einführung „unbeschadet anderer Vorschriften“ anwendbar, zu denen das BMF auch die Zustimmungsgesetze zu den jeweiligen DBA zählt. Dadurch bestünde – unabhängig von der zeitlichen Reihenfolge der Verabschiedung der jeweiligen Zustimmungsgesetze – ein „treaty override“, den der BFH dem Bundesverfassungsgericht hätte vorlegen müssen. Das BMF scheiterte zuletzt im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und –verlagerungen seine Rechtsansicht durchzusetzen und eine Ergänzung des § 1 Abs. 1 AStG um einen Satz zu erreichen, nach dem sich „[d]er Inhalt des Fremdvergleichsgrundsatzes, der in den Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung enthalten ist, sich nach den Regelungen dieses [des AStG bestimmt].“<sup>704</sup> Das Problem dieses Entwurfs war – neben anderem –, von einer nach nationalem Recht weitergehenden Korrekturmöglichkeit, die die Üblichkeit der Geschäftsbeziehungen einschließt, auszugehen, ohne sich mit dem Konzept der OECD-Leitlinien und der eigenen Auffassung zur Dispositionsfreiheit und Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts – wie sie in den VG-Funktionsverlagerung Ausdruck findet – auseinanderzusetzen. Auch ein infolge dieser Unzulänglichkeit des Entwurfs des BMF zusätzlich in den Finanzausschuss eingebrachter Antrag zur Änderung des § 1 AStG zur Durchbrechung vertraglicher Abreden neben den Substanzerfordernissen scheiterte.<sup>705</sup>

---

<sup>702</sup> Vgl. u.a. den Vorbehalt der *Bundesrepublik Deutschland* im Thin Capitalisation Report der OECD, 1987. Dort wird der den internationalen „Konsens über die tatsächliche Anwendung des ‚Fremdvergleichsgrundsatzes‘“ als „*extrem vage und prekär*“ bezeichnet, a.a.O. S. 36, Fn. 2. Dies ungeachtet des seit 1972 in Kraft befindlichen § 1 AStG und der VG 1983 des BMF (BStBl. I 1983, 218).

<sup>703</sup> Vgl. VG-Funktionsverlagerung, Tz. 146: „Die Tatsache, dass innerhalb einer Unternehmensgruppe Leistungen erbracht werden, die zwischen fremden Dritten unüblich sind oder tatsächlich nicht vorkommen [...], führt für sich allein nicht dazu, solche Geschäftsbeziehungen dem Grunde nach nicht anzuerkennen. Vielmehr ist auch in solchen Fällen zu entscheiden, welches Entgelt zwischen fremden Dritten vereinbart worden wäre („hypothetischer Fremdvergleich“ [...]).“

<sup>704</sup> BT-Drucks. 18/9536, S. 21, s.a. die Begründung auf S. 58.

<sup>705</sup> Vgl. Änderungsantrag der Fraktion Die Grünen/Bündnis 90 zur Drucksache 18/9536.

### III. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die formale Prüfungsstruktur der Verrechnungspreisanalyse für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten basiert nach nationalem Recht auf der Ermittlung des Inhaltes der Geschäftsbeziehung auf der Grundlage der Risiko- und Funktionsanalyse. Die Risiko- und Funktionsanalyse ist ein verrechnungspreisspezifisches Erkenntnisverfahren, durch das die von den jeweiligen verbundenen Unternehmen ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken dargestellt werden. Die Ergebnisse der Risiko- und Funktionsanalyse ermöglichen dadurch die Anwendung der Verrechnungspreismethoden; einerseits, indem sie die Grundlage für die Vergleichbarkeitsprüfung bietet (vorrangig zu Anwendung der Standardmethoden), andererseits, indem sie die Wertschöpfungsbeiträge der Entitäten abstrakt einzuschätzen hilft (vorrangig zur Anwendung der Gewinnmethoden). Die Risiko- und Funktionsanalyse ist dabei abhängig von wirtschaftlichen Zuordnungen. Die Darstellung der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken beruht auf der wirtschaftlichen Zuordnung dieser Faktoren an die beteiligten Entitäten. Wirtschaftsgüter und andere (immaterielle) Werte werden dabei – ebenso wie bei der Bilanzierung – wirtschaftlich nicht aufgeteilt, sondern jeweils einer Entität zugeordnet. Andere Entitäten, die Wertschöpfungsbeiträge zur Entwicklung und/oder kommerziellen Nutzung der immateriellen Werte leisten, werden (regelmäßig<sup>706</sup>) nicht wirtschaftliche Miteigentümer, sondern erhalten eine „fremdübliche“ Funktionsvergütung für ihre Beiträge auf einer Grundlage einer Risiko- und Funktionsanalyse. Von den Ergebnissen der Risiko- und Funktionsanalyse hängen daher

- die Ermittlung des wirtschaftlichen Eigentümers des immateriellen Werts, der infolge der dadurch beeinflussten „Unternehmenscharakterisierung“ regelmäßig die Residualgewinne vereinnahmen darf, sowie
- die Ermittlung der „angemessenen“ Funktionsvergütungen, die der wirtschaftliche Eigentümer anderen Gruppenmitgliedern für deren Beiträge zur Entwicklung und/oder der kommerziellen Nutzung des immateriellen Werts zahlen muss, ab.

---

<sup>706</sup> Eine gewisse Ausnahme dazu bildet die Entwicklung in Umlageverträgen, vgl. dazu ausf. unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.5. und C.III.5.c. Ferner verweist der Final BEPS Report durch das DEMPE-Konzept, in dem die Ausübung von „wichtigen“ Funktionen zu einer Teilhabe an den Erträgen und Verlusten aus der Nutzung eines immateriellen Werts führen können, diese klare Kategorisierung.

Diese Grundstruktur *ist* das internationale System zur Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise. Es konnte vorstehend gezeigt werden, wie die Risiko- und Funktionsanalyse Einzug in das deutsche Steuerrecht hielt, dass die Risiko- und Funktionsanalyse den OECD-Leitlinien entlehnt ist und bei der wirtschaftlichen Zuordnung der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken ein starkes Gewicht auf zivilrechtliche Positionen und vertragliche Abreden legt. Der 1. Senat des BFH hat diesen „Grundsatz der Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts“ in der – begrifflich nicht überzeugenden – Dialektik von Üblichkeits- und Angemessenheitsprüfung zum Ausdruck gebracht. Diese übergeht die durchaus vorsichtigere und teilweise uneindeutigere Haltung der OECD-Leitlinien seit 1979, die vertraglichen Abreden zwar ebenfalls ein großes Gewicht einräumen („as-structured principle“<sup>707</sup>), aber eben auch Substanzanforderungen enthalten, die sich an Marktüblichkeiten und hypothetischem Idealverhalten orientieren<sup>708</sup> und deren Auslegung und Reichweite nach wie vor Gegenstand internationaler Verhandlungen, zuletzt in der BEPS-Initiative, sind. Die o.g. Urteile des 1. Senats des BFH scheinen es indes nicht zu beabsichtigen, von den Maßgaben der OECD abzuweichen und ein restriktiveres System als die international konsentiertere Auslegung des Vertragstextes begründen zu wollen. Auch der Bundesgesetzgeber wollte die Funktionsanalyse des § 1 Abs. 3 S. 1 AStG i.d.F. UntStRefG 2008 an das Begriffsverständnis der OECD „anlehnen“. All dies macht es erforderlich, das Konzept der Risiko- und Funktionsanalyse der OECD-Leitlinien 1979/1995/2010 näher zu untersuchen, um den Inhalt der deutschen Ermächtigungsnorm nochmals deutlicher herauszuarbeiten sowie den Inhalt und die Fortentwicklung der internationalen Schrankennorm durch die OECD/G20 BEPS-Initiative zu darstellen zu können.

#### **IV. Rechtsvergleich USA (insb. die sog. „Developer-assisters rule“)**

Bevor das internationale System der wirtschaftlichen Zuordnung von ausgeübten Funktionen, eingesetzten (immateriellen) Wirtschaftsgütern und übernommenen Risiken untersucht wird, wird ein kurzer Blick auf das nationale Verrechnungspreissystem der U.S. Treasury Regulations geworfen, da dieses für ein Verständnis des internationalen Verrechnungspreissystems von herausragender Bedeutung ist. Dies gilt insbe-

---

<sup>707</sup> Vgl. ausf. Bullen, *Arm's Length Transaction Structures – Recognizing and Restructuring Controlled Transactions in Transfer Pricing*, IBFD, 2011, Doctoral Series, Vol. 20.

<sup>708</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.27, 1.36 ff.; OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.48, 1.64 ff., 9.10 ff.; zur BEPS-Initiative ausf. unten Kapitel II, Abschnitt II, C.III.

sondere für die die Entwicklung der sog. „Developer-assiter rule“ (DAR). Die DAR ist eine abstrakt-generelle Regel zur Zuordnung von wirtschaftlichem Eigentum an konzernintern außerhalb von „Cost-Sharing Agreements“ (CSA) entwickelten immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke.<sup>709</sup> Sie begründete die Struktur zur Analyse von Geschäftsbeziehungen, die auf der Qualifikation einer Entität der Gruppe als „wirtschaftliche Eigentümerin“ und aller anderen Entitäten, die Entwicklungsbeiträge leisten, als „Unterstützer“ basiert. Ein systematisches Verständnis für die Herkunft und Funktionsweise der DAR aus zwei Gründen unverzichtbar: Die DAR ist Ausfluss des sog. „production cost approach to transfer pricing“, der rudimentär bereits in den U.S. Treasury Resulations von 1968 enthalten war und 1988 durch das U.S. White Paper fortentwickelt wurde. Dieser Produktionskostenansatz betrachtet die Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe als Summe konkreter, identifizierbarer materieller und immaterieller Produktionsfaktoren („factors of production“), wodurch jeder nicht durch konkrete, identifizierbare Produktionsfaktoren erklärbarer Gewinnanteil als Ertrag auf immaterielle Werte erklärt werden muss.<sup>710</sup> Dass der Residualgewinn u.a. unter den VG-Verfahren 2005 des BMF an die – durch die wirtschaftliche Zuordnung des Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke – als „Entrepreneur“ geltende Entität zuzuordnen ist, ist also Ausdruck dieses Produktionskostenansatzes wie er im White Paper 1988 entwickelt, durch die U.S. Treasury Regulations 1994 ausgearbeitet und in den OECD-Leitlinien 1995 „internationalisiert“ wurde. Ein Verständnis für die DAR ist daher erforderlich, um die Konzeptionierung der OECD-Leitlinien 1995, insbesondere des Kapitels VI, das implizit auf der DAR basiert, aber auch das deutsche Verrechnungspreissystem, das das OECD-Konzept umzusetzen bestrebt ist, zu verstehen. Erst auf dieser Grundlage wird die Radikalität des Discussion Draft der OECD Working Party No. 6 von 2012 verständlich, der zwar an der Verknüpfung des Residualgewinns durch mit der Zuordnung von immateriellen Werte festhält, aber durch eine Neuausrichtung der Zuordnungsregeln die funktionale Entstehung des Residualgewinns umdeutet, dadurch die Residualgewinnallokation der vertraglichen Gestaltbarkeit durch die Unternehmensgruppe entzieht und Residualgewinne aufteilt, indem „Entrepreneurship“ mit aktiven Personalfunktionen verknüpft und

---

<sup>709</sup> Vgl. *Mogle*, The Future of Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intellectual Property, Economic Substance, and Entrepreneurial Risk in the Allocation of Intangible Income, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol 10:4, 2002, S. 925, 934 ff.; *Mentz/Carlisle*, The Tax Ownership of Intangibles Under the Arm's Length Principle, *Tax Notes*, 1997, DOC 97-29334.

<sup>710</sup> Vgl. a. *Lebowitz*, Dark Matter and Gray Matter in Transfer Pricing, *Tax Notes*, Doc 2014-5960.

somit innerhalb der Gruppe verteilt wird; dieser Entwurf war seinerseits eine Fortentwicklung des Business Restructuring Report 2010 und wurde zur Grundlage der BEPS-Verhandlungen, in denen sich letztlich eine restriktivere Position durchsetzte.

## 1. Das U.S. White Paper 1988

Im Oktober 1988 legten das U.S. Treasury Department und der Internal Revenue Service (IRS) die vom U.S. Kongress bei Verabschiedung des Tax Reform Act 1986 geforderte Studie zur Verrechnungspreisermittlung unter Sec. 482 IRC<sup>711</sup> vor. Zweck dieser Studie war es, eine umfassende Analyse der praktischen und theoretischen Funktionsfähigkeit des Fremdvergleichsgrundsatzes, wie er in den Treasury Regulations 1968 enthalten und durch die Einführung des „Commensurate with income standard“<sup>712</sup> durch den 1986 Tax Reform Act ergänzt worden war, zu liefern. Der Schwerpunkt der Studie lag ausdrücklich auf Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten.<sup>713</sup> Die 1988 noch in Kraft befindlichen Treasury Regulations 1968, die die verbindliche Auslegung des Sec. 482 IRC enthielten,<sup>714</sup> kannten nur die drei vom Vorhandensein tatsächlicher Fremdvergleichswerte abhängigen Standardmethoden sowie die subsidiäre, offen formulierte Kategorie der „other appropriate method to allocate income among related enterprises“.<sup>715</sup> Für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten, die zunehmend geprüft werden mussten, insbesondere die Verlagerung von „high profit intangibles“ in Niedrigsteuerstaaten, ließen sich tatsächliche Vergleichswerte regelmäßig nicht finden, da diese oft einmalig sind und solche Transaktionen

---

<sup>711</sup> US Internal Revenue Service, A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code, July 1988, Notice 88-123, 1988-2 C.B. 458. („U.S. White Paper 1988“).

<sup>712</sup> Als „Commensurate with income standard“ (CWIS) wird Satz 2 Sec. 482 IRC bezeichnet. Dieser ermögliehe periodische Anpassungen von Verrechnungspreisen in Fällen der (vollständigen oder zeitlich begrenzten) Übertragung von immateriellen Werten. Sec. 482 lautet i.Einz.: „In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. *In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>713</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 1.

Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 6 ff., vgl. i.Einz. Langbein, Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 625, 658 ff. sowie ferner U.S. White Paper 1988, S. 36 ff.

<sup>714</sup> Die U.S. Treasury Regulations sind verbindlich, wenn und soweit sie nicht „arbitrary and capricious“ sind, vgl. dazu zuletzt U.S. Tax Court, *Altera v. Comm.* 145 T.C. 91 (2015).

<sup>715</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 6 ff. und S. 36 ff.; sowie Langbein, Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 625, 658 ff.

unter fremden Dritten typischerweise nicht erfolgen.<sup>716</sup> Die U.S. Finanzgerichte waren daher gezwungen, „other appropriate methods“ zu entwickeln, um diese Transaktionen zu beurteilen. Der als „other appropriate method“ von den U.S. Gerichten entwickelte „profit split approach“ wurde nach Auffassung des White Paper 1988 indes nicht „konsistent und vorhersehbar“ angewendet.<sup>717</sup> Ferner hätten Steuerpflichtige teils versucht, sich die Unbestimmtheit der Maßgaben zur Durchführung der Vergleichbarkeitsanalyse zu Nutze zu machen und sich dem „profit split approach“ zu entziehen, indem Verrechnungspreise für die Übertragung von immateriellen Werten durch die Bezugnahme auf eine Vielzahl von relativ allgemeinen Vergleichswerten, oft mit stark abweichenden Funktionsprofilen, gerechtfertigt werden sollten.<sup>718</sup>

„When justifying the compensation paid for such intangibles, however, taxpayers often used comparisons with industry averages, looked solely at the purportedly limited facts known at the time of the transfer, or did not consider the potential profitability of the transferred intangible (as demonstrated by post-agreement results). Taxpayers relied on intangibles used in vastly different product and geographic markets, compared short-term and long-term contracts, and drew analogies to transfers where the parties performed entirely different functions in deriving income from the intangible.”

Der U.S. Gesetzgeber reagiert auf dieses Probleme mit der Einführung des CWIS, der in seiner Anwendung auf einen „functional analysis approach“, der noch nicht ausdrücklich in den Treasury Regulations 1968 enthalten, aber in einem IRS-Manual umrissen war,<sup>719</sup> basieren sollte. Dies bereitete den Weg der Risiko- und Funktionsanalyse in den Rang des (internationalen) Regelverfahrens zur Ermittlung des Transaktionsinhalts und der Konzeptionierung des Verrechnungspreissystems als ein System zur Allokation von angemessenen Funktionsvergütungen insgesamt. Die Verrechnungspreisprobleme, die Geschäftsbeziehungen mit Bezug zu immateriellen Werten auslösten, wurden somit zum Wegbereiter des modernen Verrechnungspreissystems.

„Congress determined that the existing regime, which depends heavily upon the use of comparables and provides little clear guidance in the absence of comparables, was not in all cases achieving the statutory goal of reflecting the true taxable income of related parties. Congress therefore decided that a *refocused approach* was necessary in the absence of true comparables. The amount of *income derived from a transferred intangible should be the starting point* of a section 482 analysis and should be given primary weight. Further, *it is important to analyze the functions performed, and the economic costs and risks assumed by each party to the transaction, so that the allocation of income from the use*

---

<sup>716</sup> U.S. White Paper 1988, S. 46.

<sup>717</sup> U.S. White Paper 1988, S. 43

<sup>718</sup> U.S. White Paper 1988, S. 47

<sup>719</sup> Vgl. m.w.N. U.S. White Paper 1988, S. 93

*of the intangible will be made in accordance with the relative economic contributions and risk taking of the parties.* The application of the functional analysis approach to the actual profit experience from the exploitation of the intangible allocates to the parties profits that are commensurate with intangible income. [...]

Congress determined that the actual profit experience should be used in determining the appropriate compensation for the intangible *and that periodic adjustments should be made to the compensation to reflect substantial changes in intangible income as well as changes in the economic activities performed* and economic costs and risks borne by the related parties in exploiting the intangibles. [...] [The] application of the commensurate with income standard *requires* the determination of the income from a transferred intangible, and *a functional analysis of the economic activities performed and the economic costs and risks borne by the related parties in exploiting the intangible*, so that the intangible income can be *allocated on the basis of the relative economic contributions* of the related parties.<sup>720</sup>

Diese Herangehensweise des U.S. White Paper 1988 in Bezug auf den CWIS zeigt exemplarisch auch, dass die Probleme des Fremdvergleichsgrundsatzes im U.S. White Paper 1988 – anders als in den Gesetzgebungsmaterialien des Tax Reform Act 1986<sup>721</sup> – nur noch weitgehend als administrative Probleme<sup>722</sup> infolge des Fehlens von Vergleichswerten angesehen wurden; eine Position, die in die OECD-Leitlinien 1995 übernommen werden sollte.<sup>723</sup> Eine grundsätzliche Revision des Fremdvergleichsgrundsatzes sei dagegen nicht erforderlich, das theoretische Grundgerüst der Treasury Regulations 1968 zur Umsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes sei sachgerecht.<sup>724</sup> Die Treasury Regulations 1968 würden auf einem „market-based approach to income allocation“ basieren, dessen Ziel es sei, Einkünfte so zu allokatieren, wie der Markt sie verteilen würde. Verbundene Unternehmen sollten dieselben Einkünfte ausweisen, die unabhängige Unternehmen in „vergleichbaren“ Umständen verdienen würden. Dieser

---

<sup>720</sup> U.S. White Paper 1988, S. 47 f., 54.

<sup>721</sup> Vgl. insb. die Gesetzesbegründung zu § 367(d) U.S. IRC in H. Rep. 99-426, 1985S. 423-425: „The Committee is concerned that the provisions of section 482 may not be operating to assure adequate allocations to the U.S. taxable entity of income attributable to intangibles in [the case of high value intangibles]. [...] Many observers have questioned the effectiveness of the "arm's length" approach of the regulations under section 482. [...] A fundamental problem is the fact that the relationship between related parties is different from that of unrelated parties. Observers have noted that multinational companies operate as an economic unit and not "as if" they were unrelated to their foreign subsidiaries. In addition, a parent corporation that transfers potentially valuable property to its subsidiary is not faced with the same risks as if it were dealing with an unrelated party. Its equity interest assures it of the ability ultimately to obtain the benefit of future anticipated or unanticipated profits, without regard to the price it sets. [...] The transferor may well be looking in part to the value of its direct or indirect equity interest in the related party transferee as part of the value to be received for the transfer, rather than to "arm's length" factors. [...] Transfers between related parties do not involve the same risks as transfers to unrelated parties.”

<sup>722</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 2, 12, 19, 28 ff., 36 ff.

<sup>723</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.10.

<sup>724</sup> U.S. White Paper 1988, S. 79 ff.

theoretische Ansatz werde durch das „separate accounting“ umgesetzt, durch für jede einzelne Transaktion ein Verrechnungspreis bestimmt werden muss.<sup>725</sup> Das U.S. White Paper 1988 stellt diesen Ansatz, wie vom Carroll Report her bekannt, einem „concept of an integrated business“ gegenüber und verengt dadurch unzutreffend die Alternative zum „market-based approach“ auf die Einführung der Formularaufteilung.<sup>726</sup>

Gleichzeitig weitet das White Paper jedoch die Formulierung des Ziels des Fremdvergleichsgrundsatzes in einer Weise, die die Erfassung von wirtschaftlichen Besonderheiten durch die Internalisierung der Transaktionen bzw. der ausgeübten Funktionen ermöglicht, indem die Betonung bei der Konzeptionierung des „market-based approach“ auf die Funktionsvergütung für wirtschaftliche Aktivitäten gelegt wird, m.a.W. die kategorische Gegenüberstellung von Fremdvergleichsgrundsatz („separate accounting“) und einer einheitlichen Betrachtung der Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe („concept of an integrated business“) wird implizit relativiert.

„The goal of a market-based approach is to ensure that the return to an economic activity is allocated to the party performing the economic activity. Critics of the market-based approach argue that an arm's length price will not achieve this goal. Relevant practical issues are how close one can get to the right price and whether getting that price is costly relative to settling for an estimate.

One commentator has suggested that the difficulties encountered in administering the current regulations stem not from practical considerations, but rather from fundamental problems inherent in applying a market-based approach to transactions of integrated businesses. Specifically, it has been argued that the flaw in an arm's length approach is that it does not allow a return to the form of organization. That is, because an integrated enterprise is presumably more efficient, it will be able to execute an integrated economic activity at a lower cost than a series of independent firms whose joint efforts are necessary to execute the same series of transactions. This omission creates a "continuum price problem," a situation in which the sum of the returns for separate services rendered by independent parties is less than the actual return of the combined group. This argument grows out of the literature on the reasons for the existence of multinationals.

---

<sup>725</sup> U.S. White Paper 1988, S. 79. Die vom White Paper zitierten Ausführung von *Stanley Surrey* zur Validität des „market-based approach“ überzeugen m.E. indes nicht. *Surrey* wird zitiert mit: „Presumably, most transactions are governed by the general framework of the marketplace and hence it is appropriate to seek to put infra-group transactions under that general framework. Thus, use of the standard of arm's length, both to test the actual allocation of income and expense resulting under controlled intra-group arrangements and to adjust that allocation if it does not meet such standard, appears in theory to be a proper course.“

<sup>726</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 80: „Proponents of the alternative approach assert that one cannot assume that related parties conduct market-based transactions within the entity. They claim that, because an entity will not act as if its parts are unrelated, it does not make sense to try to account for individual transactions in the way that unrelated parties subject to market forces would account for similar transactions. Under this theory, the allocation of income can only be accomplished by applying some formula chosen by the government.“ Zur Dialektik ALS-FA ausf. unten, Kapitel III, Abschnitt I., B.

„That multinationals may exist because of integrated or "firm-specific" economies *does not require a rejection of the arm's length principle. Transfer prices are supposed to reflect the contribution of the activity and assets utilized in each location to economic income. Therefore, each party should earn at least as much as it could have earned as an unrelated party under alternative arrangements.*<sup>727</sup>“

Das White Paper will daher „certain tools of microeconomic theory<sup>728</sup>“ anwenden, um den Fremdvergleichsgrundsatz dafür tauglich zu machen, die Effizienzgewinne durch die Internalisierung abzubilden. Organisatorische Effizienzgewinne und das „continuum price problem“ würden, so das White Paper, entstehen, wenn einer Unternehmensgruppe vertikal oder horizontal integrierte Produktionstechnologie zur Verfügung steht, die in einer niedrigeren Produktionskostenbasis resultiert als nicht-integrierte Unternehmen realisieren können. In diesen Fällen müsse der Fremdvergleichsgrundsatz Verrechnungspreisergebnisse erzeugen, die jedem verbundenen Unternehmen die Einkünfte zuordnen, die ein unverbundenes Unternehmen generieren würde, wenn es dieselbe effiziente Kostenstruktur einsetzen könnte.<sup>729</sup> Die mikro-ökonomische Wirtschaftstheorie würde in solchen Fällen, solange im spezifischen Industriesegment Wettbewerb herrscht und die Produktionsfaktoren homogen und mobil sind, davon ausgehen, dass sämtliche nicht-routine Gewinne langfristig verschwinden (sog. „zero profit theory“), wodurch jedes Unternehmen langfristig nur einen solchen Gewinn ausweisen könne, der die Kosten der eingesetzten Produktionsfaktoren deckt.<sup>730</sup> Dies bedeute nicht, dass gar kein Gewinn generiert werden könnte, sondern dass der Gewinn sich an der Verzinsung des von den Anteilseignern des Unternehmens durch den Anteilserwerb eingesetzten Kapitals orientieren würde. Der Unternehmensgewinn wäre demnach gleich der Summe der Marktverzinsung des gesamten vom Unternehmen für seine Anteilseigner eingesetzten Kapitals, d.h. der Gesamtheit seiner Produktionsfaktoren.<sup>731</sup> Übertragen auf Verrechnungspreis bedeute dies eine Ermittlung des Ertrages, den jeder eingesetzte Produktionsfaktor in der besten Alternative der möglichen Markttransaktionen, einbringen könnte. Dieses Vorgehen führe zu einer Allokation von Bemessungsgrundlage, die der von hypothetischen, unverbundenen Unternehmen entspreche. Dabei würden sich indes weitere Probleme in Monopolsituationen und bei

---

<sup>727</sup> U.S. White Paper 1988, S. 80 f. mit Verweis auf *Langbein*, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, Tax Notes, 1986, S. 625 ff. (Kursiv hinzugefügt).

<sup>728</sup> U.S. White Paper 1988, S. 82.

<sup>729</sup> U.S. White Paper 1988, S. 83.

<sup>730</sup> U.S. White Paper 1988, S. 83.

<sup>731</sup> U.S. White Paper 1988, S. 84.

der Ermittlung der Marktverzinsung von immateriellen Werten ergeben.<sup>732</sup> In Monopolsituationen könnte der nicht-routine Gewinn nicht durch den Wettbewerb verschwinden. Die Ermittlung der Marktverzinsung von immateriellen Werten dagegen bereitet Probleme, weil diese teilweise schwierig zu identifizieren und zu bewerten seien. Infolgedessen könne dieser Produktionsfaktor kaum eigenständig bewertet werden und die Zuordnung der immateriellen Werte an eine Entität der Gruppe sowie eine Residualbetrachtung auf der Grundlage dieser Zuordnung werde erforderlich.

„It may be that only one of the related parties employs intangible assets to any significant degree. In this situation it suffices to measure the factors of production employed by the party with measurable assets and to allocate the residual income to the related party employing significant intangible assets. If both parties employ intangible assets, valuation becomes more difficult and, in some cases, judgmental, but not impossible.<sup>733</sup>“

Das offensichtliche Problem dieses Ansatzes ist, dass die „zero profit theory“ auf einer überidealisierten Vorstellung von Marktdynamiken basiert und langfristige, theoretische Entwicklungen in eine von „disequilibrium economics“ geprägte Gegenwart projiziert, in der nicht-routine Gewinne tatsächlich existieren. Dadurch führt die Anwendung der „zero profit theory“ auf Verrechnungspreise für immaterielle Werte nicht nur zu einer Bewertung des Produktionsfaktors, sondern die wirtschaftliche Inhaberschaft an immateriellen Werten führt zu einer Attraktion des organisatorischen Residualgewinns der Gruppe, obwohl dieser Residualgewinn auch durch andere Faktoren tatsächlich generiert wird, etwa durch die Ermöglichung von „asset specificity“, infolge von Risikominderungen durch die vermögensmäßige Beteiligung sowie damit einhergehende Kontrollmöglichkeiten und Steuerungseffizienzen.<sup>734</sup> Gleichwohl unternimmt es das White Paper, diese Sichtweise in ein operatives Verrechnungspreissystem umzumünzen, das (i) nach Vergleichstransaktionen sucht, da diese sich in aller Regel dann finden lassen, wenn die Produktionstechnologie vertikal oder horizontal integrierter Unternehmen nicht zu einer Verdrängung von Wettbewerbern geführt hat und daher die Verwendung der Fremdvergleichswerte zu angemessenen Ergebnissen führen wird, und (ii) in anderen Situationen, in denen vertikal oder horizontale Technologien, die nur integrierten Unternehmen zur Verfügung stehen, dominieren und

---

<sup>732</sup> U.S. White Paper 1988, S. 85.

<sup>733</sup> U.S. White Paper 1988, S. 86.

<sup>734</sup> Zur wirtschaftstheoretischen Betrachtung des Organisationsgewinns ausf. unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

sich daher Fremdvergleichswerte sich nicht ermitteln lassen, zu diesem Produktionskostenansatz mit entsprechender Residualgewinnallokation führen soll.<sup>735</sup>

Im Rahmen dieser Operationalisierung entwickelte das White Paper verrechnungspreisdogmatisch wegweisende Argumentationsfiguren, die in den OECD-Leitlinien 1979 noch nicht enthalten waren. Zum einen wird die Vergleichbarkeitsanalyse und die Unterscheidung von „exact comparables“ und „inexact comparables“ entwickelt. Die „exact comparables“ müssen dabei nicht „identisch“ sein, sondern sich nur in „substantially similar economic conditions“ ereignen („external standards“) und „substantially similar contractual features“ aufweisen („internal standards“), so dass es auf die „facts und circumstances“ des Einzelfalles ankomme.<sup>736</sup> Die „external standards“ geben Auskunft über das wirtschaftliche Umfeld, in dem sich die Transaktion ereignet und zu den Auswirkungen dieses Umfeldes auf das Chancen- und Risikopotential, das mit der Transaktion verbunden ist. Etwas überraschend ist die Einordnung des „level of economic risks being assumed and the functions performed by each party“ als ein Teil ein „external standard“.<sup>737</sup> Das White Paper trennt damit formal die Analyse der vertraglichen Abreden von der Beurteilung der übernommenen Risiken und ausgeübten Funktionen, jedoch nicht konsequent. So sei für die Vergleichbarkeit der vertraglichen Abreden in allen wichtigen Gesichtspunkten erforderlich, dass „the amount and form of compensation“<sup>738</sup> hinreichend ähnlich sind, aber auch das die durch die Verträge entstehenden Verpflichtungen zur Ausübung bestimmter Funktionen ein vergleichbares Ausmaß und Qualität aufweisen.<sup>739</sup> Können „exact comparables“ nicht ermittelt werden, hält das White Paper auch die Verwendung von „inexact comparables“ für zulässig, allein auf sie könne eine Verrechnungspreisanpassung allerdings nicht gestützt werden.<sup>740</sup> Die Identifikation nicht-exakter, aber sinnvoller Vergleichswerte könne u.a. durch die Anwendung der Funktionsanalyse, die hiermit als maßgeblicher Teil der Vergleichbarkeitsanalyse eingeführt wurde, gewährleistet werden.

„Another approach that provides a framework for use of inexact comparables is "functional analysis." Although not explicitly mentioned in the [1968] regulations, this procedure is outlined in the IRS Manual and has been found to be a useful place to start in transfer pricing situations. In essence, *the*

---

<sup>735</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 86 ff.

<sup>736</sup> U.S. White Paper 1988, S. 88.

<sup>737</sup> U.S. White Paper 1988, S. 89.

<sup>738</sup> U.S. White Paper 1988, S. 89.

<sup>739</sup> U.S. White Paper 1988, S. 90.

<sup>740</sup> U.S. White Paper 1988, S. 91.

*goal of functional analysis is to identify the economic activities actually undertaken or to be undertaken by the parties in both the related party situation and unrelated party situation. The most appropriate comparables may be chosen by identifying the ones in which the unrelated parties carry on the same major economic activities as the related parties.*<sup>741</sup>»

Für den vorliegenden Zweck hinreichend umsichtig kann somit sowohl die Herkunft als auch der ursprüngliche Inhalt der *drei Eckpfeiler* der modernen Verrechnungspreisanalyse, mit denen bereits argumentiert wurde, gezeigt werden; diese sind:

- (i) Die Allokation des Residualergebnisses an die Entität, die immaterielle Werte in die Transaktion einbringt,<sup>742</sup> als Konsequenz des Produktionskostenansatzes und der „zero profits theory“, derzufolge es – unter Annahme perfekter Marktbedingungen – langfristig keinerlei nicht-routine Gewinne gibt und die Residualbetrachtung daher nur die übliche Renditeerwartung des Marktes in Bezug auf den Produktionsfaktor „immaterieller Wert“ abbilde;
- (ii) die Vorrangigkeit der Ermittlung von Verrechnungspreisen (auch bei immateriellen Werten) auf der Grundlage der Standardmethoden und tatsächlichen Fremdvergleichswerten, wobei die „interne Vergleichbarkeit“ v.a. in Hinsicht auf die abgeschlossenen Verträge bestimmt werden müsse; *sowie*
- (iii) die Ermittlung der „relative economic contributions“ bzw. „economic activities actually undertaken by the parties“ auf der Grundlage eines „functional analysis approach“ zur Operationalisierung der Punkte (i) und (ii).

Das U.S. White Paper 1998 fährt damit fort, die sog. „basic arm’s length return method“ (BALRM) zu entwickeln,<sup>743</sup> die indes – ebenso wie ihr Nachfolger, die „comparable profits method“ (CPM) – international<sup>744</sup> nie anerkannt wurde und heute nur noch rechtshistorisch – als Vorgänger der „transactional net margin method“ (TNMM) – relevant ist.<sup>745</sup> Der bleibende Einfluss dieses Ansatzes ist die Institutionalisierung der subsidiären Anwendung von Verrechnungspreismethoden, die nicht fremdübliche Preise, sondern fremdübliche Gewinnspannen ermitteln sollen, m.a.W. die Systematisierung der zuvor unbestimmten „other appropriate methods“, die U.S. Finanzgerichte genutzt hatten, um Gewinnmethoden im Einzelfall und *ad hoc* zu entwickeln, wenn

---

<sup>741</sup> U.S. White Paper 1988, S. 93.

<sup>742</sup> In den Worten der VG-Verfahren 2005 an den „Entrepreneur“, vgl. a.a.O. Tz. 3.4.10.2.

<sup>743</sup> Vgl. i.Einz. U.S. White Paper 1988, S. 94 ff.

<sup>744</sup> Vgl. jedoch § 1.482-5 U.S. Treasury Regulations 1994.

<sup>745</sup> Vgl. u.a. VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.10.3.

Vergleichswerte nicht ermittelt werden konnten.<sup>746</sup> Daneben bekräftigte die Diskussion der BALRM (i) die Bedeutung der Funktionsanalyse als Grundlage der Verrechnungspreisermittlung<sup>747</sup> und brachte (ii) die erste offizielle, abstrakt-generelle Diskussion der „profit split method“ in Ergänzung der BARLM, wenn mehrere Entitäten komplexe Funktionen ausüben, wesentliche Risiken tragen und erfolgsentscheidende immaterielle Werte besitzen, also keiner der Entitäten der Geschäftsbeziehung eine durch einen tatsächlichen Marktvergleich bestimmbare, fremdübliche Produktionskapitalverzinsung zugeordnet werden kann, was es erforderlich mache, soweit wie möglich Routinevergütungen an messbare Wertschöpfungsbeiträge durch die BALRM zu allokalieren und den nach Abzug dieser Funktionsvergütungen verbleibenden Restgewinn aus der konkreten „business line“ entsprechend des relativen Werts, den der Markt dem Einsatz der jeweiligen immateriellen Werte beimessen würde, unter den Transaktionsparteien aufzuteilen.<sup>748</sup>

Zuletzt erwähnenswert ist noch die Diskussion der Risikoallokation für Verrechnungspreiszwecke. Das White Paper formuliert die Grundannahme, dass der „market return for taking risks“ derjenigen Entität zustehe, die „truly at risk“ ist, aber auch, dass einige bei Markttransaktionen tatsächlich vorhandene Risiken bei Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen infolge der vermögensmäßigen Verbundenheit „verschwinden“.<sup>749</sup>

„The riskiness of true economic activities gives rise to greater returns in the marketplace; therefore, if one part of an enterprise is inherently more risky than another, more income should be allocated to it. This allocation should be based on *the risks arising out of the true economic activities* undertaken by the parts of the enterprise, *not on mechanisms that merely shift risks* within the group.“<sup>750</sup>

Die Reichweite dieser Maßgaben und die Bestimmung der „true economic activities“ – die bloßen „mechanisms to shift risks within the group“ gegenübergestellt werden – bleibt mehrdeutig. Einerseits wird diese Prüfung als Teil der Vergleichbarkeitsanalyse verstanden, die es erfordere, Vergleichstransaktionen zu ermitteln, bei denen sich unabhängige Dritte vertraglich dazu verpflichtet haben, Funktionen auszuüben, die

---

<sup>746</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 94, 98 f.

<sup>747</sup> Vgl. insb. U.S. White Paper 1988, S. 96.

<sup>748</sup> Vgl. i.Einz. U.S. White Paper 1988, S. 99 ff.

<sup>749</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 103 f., dort auch Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien des 1986 Tax Reform Act, in denen es heißt: „[A] parent corporation that transfers potentially valuable property to its subsidiary *is not faced with the same risks as if it were dealing with an unrelated party*. Its equity interest assures it of the ability ultimately to obtain the benefit of future anticipated or unanticipated profits, without regard to the price it sets.“

<sup>750</sup> U.S. White Paper 1988, S. 104.

eine vergleichbare Risikostruktur, wie die von einem verbundenen Unternehmen ausgeübten Funktionen, aufweisen.<sup>751</sup> Allerdings bedeutet diese Formulierung eben nicht notwendigerweise einen Vergleich der vertraglich übernommenen Risiken, da die Risikostruktur somit als inhärente Folge der übernommenen Funktionen verstanden werden könnte.<sup>752</sup> In diese Richtung deuten auch die Erwägungen, die scheinbar die Üblichkeit der Risikostrukturen der ausgeübten Funktionen in den Blick nehmen und vor einer vorschnellen Anpassung warnen, sie jedoch nicht kategorisch ausschließen.

„[M]erely stating that unrelated party transactions must bear the same level of risk as the related party begs the question of what risks the related party should be allowed to assume. It's *necessary to decide first what risks may be appropriately assumed by the related parties, depending on the functions that each performs*. Only then is it possible to identify what unrelated party arrangements are comparable so that comparable rates of return (or inexact comparable transactions) can be determined.<sup>753</sup>”

Noch deutlicher, indes weder mit detailliertem Aussagegehalt dazu, inwiefern der Fremdvergleichsgrundsatz eine „Üblichkeitsprüfung“ erlaubt, noch mit abstrakt-generellen Aussagegehalt dazu, *wer* der „developer“ eines immateriellen Werts und *was* der Gehalt der „contributions“ anderer ist, liest sich ein Anwendungsbeispiel, das sich auf die Entwicklung und den Einsatz von immateriellen Werten bezieht.

„Assume that it is highly uncertain whether [a] product can be produced cheaply enough to make the enterprise viable, or that it is uncertain whether the manufacturing process will produce the product with the same quality as prototypes produced in the laboratory. *These risks are risks inherent in the manufacturing function and should probably be shared in some fashion between the owner of the manufacturing intangible and the manufacturing affiliate*. If the manufacturing affiliate is itself developing an efficient production process that attempts to achieve low production costs or to assure consistency in quality of output, then the affiliate should be allocated a return that reflects a substantial portion of that risk being borne by the manufacturing affiliate. (In such case, the manufacturing affiliate would bring to bear significant manufacturing process intangibles which would necessitate the application of the profit split addition to the basic arm's length return method.) If, instead, *the owner of the intangible has also developed the production process without significant contribution by the manufacturing affiliate, then a separate manufacturing intangible related to the production process has been created*, and the owner of such intangible is entitled to an arm's length return. The manufacturing affiliate's return

---

<sup>751</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 104: „[I]n searching for appropriate comparables, one should look for situations in which an unrelated party contracted to perform an economic activity that is about equal in riskiness to the activity done by the affiliate; it would be inappropriate to rely on comparables in which the unrelated party undertook a significant risk of some kind not undertaken by the related party.”

<sup>752</sup> Vgl. a. das *Widgetco Example*, U.S. White Paper 1988, S. 104 f.

<sup>753</sup> U.S. White Paper 1988, S. 104.

should not bear more than the moderate level of risk borne by manufacturers of products that are reasonably expected to achieve market acceptance.<sup>754</sup>”

Man muss die Ausführungen des White Paper zur Risikotragung also wohl derart verstehen, dass die Übernahme von Risiken stets eine inhärente Folge der vertraglich übernommenen, aktiven Unternehmensfunktionen ist, wodurch die erwähnte Einordnung der „vertraglich übernommenen Funktionen“ als Teil des „internal standards“ der Vergleichbarkeitsanalyse, der Risiken jedoch als Teil des „external standards“, verständlich wird.<sup>755</sup> Prägnant, aber etwas inhaltsleer fasst das White Paper zusammen:

„Risk should be accounted for under all methods described in this chapter, since the market rewards risk takers. However, the risk premium should be attributed to the affiliate undertaking the economic function in which the risk inheres.<sup>756</sup>”

## **2. Die U.S. Treasury Regulations 1994**

Das U.S. White Paper 1988 war eine Studie ohne Rechtsverbindlichkeit. Die Umsetzung der Empfehlungen des White Papers erfolgte in einem sechsjährigen Prozess,<sup>757</sup> auf den sowohl die OECD<sup>758</sup> als auch wichtige Handelspartner der USA – u.a. die Bundesrepublik Deutschland<sup>759</sup> – teils mit Erfolg versuchten, Einfluss zu nehmen. Die finalen U.S. Treasury Regulations wurden 1994 von der Clinton Administration erlassen.<sup>760</sup> Diese Regulations bilden die Grundlage des modernen, bis zur BEPS-Initiative beinahe unveränderten, internationalen Verrechnungspreissystems. Die U.S. Treasury Regulations 1994 enthalten ein komplexes System zur Prüfung von Verrechnungspreisen, das hier nur in der für diese Untersuchung relevanten Hinsicht vorgestellt wird.

Im vorliegenden Kontext ist vor allem das Zusammenwirken der Funktionsanalyse zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten sowie der mit

---

<sup>754</sup> U.S. White Paper 1988, S. 105.

<sup>755</sup> Vgl. dazu bereits oben, sowie U.S. White Paper 1988, S. 88 f.

<sup>756</sup> U.S. White Paper 1988, S. 108. Wie die “economic functions“ ohne jegliche Betrachtung der Risikostruktur beurteilt werden soll, bleibt unklar.

<sup>757</sup> Ein prägnanter, indes selektiver Überblick über den Prozess und die Entwürfe von 1992 und 1993, findet sich in U.S. Treasury Department, Intercompany Transfer Pricing Regulations Under Section 482, Final Regulations, TD 8553 59 FR 34791, 08.07.1994, Introduction. Vgl. ausf. zum Prozess a. *Culbertson/Durst*, Clearing away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today, Tax Law Review, 2003, 37 ff.

<sup>758</sup> Vgl. Intercompany Transfer Pricing Regulations Under US Section 482 Proposed and Temporary Regulations, OECD CFA, General Distribution, OCDE/GD(93)131, 1993.

<sup>759</sup> Vgl. *Turro*, German Delegation Voices „Grave Reservations“ over H.R. 5270 and Proposed 482 Regs., Tax Notes, 23.07.1992, sowie Proposed Regs. Alarm German Industry, 92 TNI 34-63, 19.08.1992, abrufbar unter [www.taxanalyst.com](http://www.taxanalyst.com).

<sup>760</sup> IRS, Rules and Regulations, TD 8552, 59 FR 34971, Vol. 59, No. 130, Friday, July 8, 1994 („U.S. Treasury Regulations 1994“).

ihrer Entwicklung und operativen Nutzung verbundenen Risiken und der auf dieser Grundlage erfolgenden Verrechnungspreismethodenwahl in Anwendung der „best method rule“ des § 1.482-1(c) U.S. Treasury Regulations 1994 relevant. Die U.S. Treasury Regulations 1994 entwickelten für die erforderliche wirtschaftliche Zuordnung von immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke ein elaboriertes, abstrakt-generelles Zuordnungssystem, die sog. „Developer-assisters rule“ (DAR).

#### **a) Grundsätzliches Konzept der Treasury Regulations 1994**

Die U.S. Treasury Regulations 1994 basieren gemäß § 1.482-1(d) auf einer fünfgliedrigen Vergleichbarkeitsanalyse. Diese Vergleichbarkeitsanalyse setze das Grundanliegen des Fremdvergleichsgrundsatzes um, die Verrechnungspreisergebnisse zu ermitteln, die in einer „vergleichbaren“ Geschäftsbeziehung unter vergleichbaren Umständen unter fremden Dritten realisiert worden wären.<sup>761</sup> Daher sind alle Faktoren der Transaktion, die die Preise oder Gewinne zwischen fremden Dritten beeinflussen würden, zu untersuchen. Diese seien u.a. (i) die ausgeübten Funktionen, (ii) die vertraglichen Abreden, (iii) die übernommenen Risiken, (iv) die wirtschaftlichen Rahmendbedingungen sowie (v) die Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen.<sup>762</sup> Die drei ersten Faktoren und ihr Ineinandergreifen sind vorliegend entscheidend.

Die (i) Funktionsanalyse hat gemäß § 1.483-1(d)(3)(i) die ausgeübten Funktionen und die mit diesen zusammenhängend eingesetzten Ressourcen, insbesondere den Einsatz von wertvollen immateriellen Werten, zu ermitteln, um die im Einzelfall wirtschaftlich signifikanten Unternehmensaktivitäten beurteilen zu können. Die Prüfung (ii) der vertraglichen Abreden bezieht § 1.483-1(d)(3)(ii)(A) auf eine relativ allgemein gehaltene Auflistung möglicher relevanter Vertragsbestandteile, die durch grundlegende Erwägungen in § 1.483-1(d)(3)(ii)(B) verklammert werden. Demnach sind vertragliche Abreden und die in ihnen enthaltene Risikoallokation zu respektieren, wenn die Verträge vor Ausführung der Transaktionen geschlossen wurden und der wirtschaftlichen Substanz der zugrundeliegenden Transaktion entsprechen. Weichen die vertraglichen Abreden von der zugrundeliegenden wirtschaftlichen Substanz ab, können die Steuerbehörden die Transaktionsstruktur entsprechend ihrer Substanz beurteilen. Die wirtschaftliche Substanz der Transaktion ergebe sich hauptsächlich aus dem „tatsächlichen

---

<sup>761</sup> Vgl. § 1.482-1(d)(1), S. 1: „Whether a controlled transaction produces an arm's length result is generally evaluated by comparing the results of that transaction to results realized by uncontrolled taxpayers engaged in comparable transactions under comparable circumstances.”

<sup>762</sup> Vgl. § 1.482-1(d)(1), S. 2.

Verhalten“ der Parteien und ihren zivilrechtlichen Rechtspositionen, insbesondere dem Eigentum an rechtlich geschützten immateriellen Werten. Dies bedeutet praktisch, dass die vertraglichen Abreden in allen Fällen, in denen die Parteien sich an die Abreden halten und zivilrechtliche Positionen respektieren, maßgeblich sind. Dadurch sollten die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge und Rechtspositionen sowie das Verständnis der Risikostruktur als Folge der vertraglichen Abreden – anders das White Paper zuvor suggerierte, Risiken seien eine inhärente Folge der ausgeübten Funktionen – gestärkt werden.<sup>763</sup> In diesem Sinne wird (iii) die Risikoallokation durch § 1.483-1(d)(3)(iii) als grundsätzlich vertraglich gestaltbarer Teil der Geschäftsbeziehung verstanden, wenn die vertragliche Risikoallokation hinreichend wirtschaftliche Substanz aufweist. Bei der Feststellung, ob dies der Fall ist, wird bestimmten Umstände ein besonderes Gewicht eingeräumt, insbesondere

„(1) Whether the pattern of the controlled taxpayer's *conduct over time is consistent with the purported allocation of risk between the controlled taxpayers*; or where the pattern is changed, whether the relevant contractual arrangements have been modified accordingly;

(2) Whether a controlled taxpayer has the *financial capacity* to fund losses that might be expected to occur as the result of the assumption of a risk, or whether, at arm's length, another party to the controlled transaction would ultimately suffer the consequences of such losses; and

(3) The extent to which each controlled taxpayer *exercises managerial or operational control over the business activities that directly influence the amount of income or loss realized*. In arm's length dealings, parties ordinarily bear a greater share of those risks over which they have relatively more control.<sup>764</sup>“

Diese Substanzanforderungen wurden indes enger verstanden als dies aus dem bloßen Wortlaut hervorging und, sofern vertragliche Abreden bestanden, weitgehend auf Abweichung zum tatsächlichen Verhalten reduziert. Nur *ohne* Verträge sollen die Erwägungen wohl herangezogen werden, um die wirtschaftliche Substanz bzw. den tatsächlichen Inhalt der Geschäftsbeziehung für Verrechnungspreiszwecke zu ermitteln.

„The discussion of risk in § 1.482-1(d)(3)(iii), particularly as it relates to identifying the party that bears a risk, is somewhat different from its predecessor in the 1993 regulations (§ 1.482-1T(c)(3)(ii)). In general, the determination of which party bears a risk will be made in accordance with the provisions of § 1.482-1(d)(3)(ii)(B) (Identifying contractual terms). Thus, *to the extent that taxpayers allocate risks by contract and their conduct is consistent with such contract, their allocation of risk will be respected*, unless the contract is executed after the impact of the risk is known or knowable. *In*

---

<sup>763</sup> Vgl. Treasury Regulations 1994, Introduction.

<sup>764</sup> Kursiv hinzugefügt.

*cases where the allocation of risk is not clear from the parties' contractual arrangements, several factors may be particularly relevant to determine which party bore the risk. These factors include whether the parties' conduct is consistent over time; which controlled taxpayer would ultimately bear the consequences of a risk; and the extent to which each taxpayer controls any activities that influence the outcome of a particular risk.*<sup>765</sup>

Durch diese gewisse innere Widersprüchlichkeit der Treasury Regulations 1994 ist vermutlich auch die in den OECD-Leitlinien 1995 fortbestehende und in den Diskussionen um die Business Restructuring 2005-2010 aufgegriffene Unklarheit des Verhältnisses der „Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge“ zu den an wirtschaftlicher Rationalität orientierten Substanzerfordernissen bei Risikoallokationen zu erklären. Jedenfalls aber enthielten die Treasury Regulations 1994 damit ein bewusst anderes Konzept als durch den „inherent risk approach“ des U.S. White Paper angeregt wurde und als in den vorläufigen Treasury Regulations 1993 enthalten war. Diese vorläufigen Treasury Regulations 1993 bezogen sich nicht ausdrücklich, sondern nur implizit auf die vertraglichen Abreden durch die Festsetzung relativ unbestimmter wirtschaftlicher Substanzerfordernisse, die auf relativ offenen Wertungen basierten.

„In determining the extent to which a controlled taxpayer *actually bears a risk* and in determining whether the income earned by the controlled taxpayer over a reasonable period of time is commensurate with the risk assumed, the district director will evaluate the economic substance of the controlled transactions. In particular, the district director will determine whether-

- (1) The controlled taxpayer has a reasonable opportunity to realize an economic benefit that is commensurate with the risks assumed, and that would cause a similarly-situated uncontrolled taxpayer to bear the risk that the controlled taxpayer assumed;
- (2) The risks that the controlled taxpayer assumed are proportionate to its financial capacity to fund losses that may be expected to occur as a result of the assumption of such risk; and
- (3) The controlled taxpayer is engaged in the active conduct of a trade or business to which the risk at issue relates, and carries out substantial managerial and operational control over the principal business activities that directly influence the amount of income or loss to be realized.<sup>766</sup>

Durch das Zusammenwirken dieser drei Maßgaben zur Durchführung der Vergleichbarkeitsanalyse – (i) Funktionen, (ii) vertragliche Abreden und (iii) Risikoallokation – wurde ein Verrechnungspreissystem etabliert, das *de facto* eine Vergleichbarkeitsana-

---

<sup>765</sup> Treasury Regulations 1994, Introduction. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>766</sup> U.S. Treasury Dept., Intercompany Transfer Pricing Regulations under Section 482, T.D. 8470; 1993-1 C.B. 90, 1993, § 1.482-1T(c)(3)(ii)(B).

lyse entlang vertraglicher Abreden bedeutete,<sup>767</sup> d.h. auf der vertraglichen Strukturierung der Transaktion durch den Steuerpflichtigen beruhte.

„The district director *will* evaluate the results of a transaction *as actually structured by the taxpayer* unless its structure lacks economic substance. However, the district director may consider the alternatives available to the taxpayer in determining whether the terms of the controlled transaction would be acceptable to an uncontrolled taxpayer faced with the same alternatives and operating under comparable circumstances. In such cases the district director may adjust *the consideration charged* in the controlled transaction based on the cost or profit of an alternative as adjusted to account for material differences between the alternative and the controlled transaction, *but will not restructure the transaction as if the alternative had been adopted by the taxpayer.*<sup>768</sup>”

### **b) Die sog. „Developer-assisters rule“ (DAR)**

Die wirtschaftliche Zuordnung der immateriellen Werte in der Funktionsanalyse adressieren die U.S. Treasury Regulations 1994 durch die Formulierung einer abstrakt-generellen Zuordnungsregel für gemeinsam innerhalb einer Unternehmensgruppe entwickelte immaterielle Werte. So ist gemäß § 1.482-4(f)(3)(i) die Übertragung der Befugnis, immaterielle Werte kommerziell zu nutzen, dem „Eigentümer“ des immateriellen Werts angemessen zu vergüten; haben andere verbundene Unternehmen dem Eigentümer „Unterstützung“ bei der Entwicklung des immateriellen Werts geleistet, sind diese Entwicklungsbeiträge durch den „Eigentümer“ angemessen zu vergüten.<sup>769</sup>

Die Ermittlung des Eigentums für Verrechnungspreiszwecke hängt gemäß § 1.482-4(f)(3)(ii) davon ab, ob der immaterielle Wert rechtlich geschützt ist. Wenn zivilrechtliches Eigentum an einem immateriellen Wert wirksam begründet wurde, sei dieses grundsätzlich auch für Verrechnungspreiszwecke maßgeblich.<sup>770</sup> Darin komme die Marktlogik zum Ausdruck, der zufolge rechtliches Eigentum eine vorrangige Bedeu-

---

<sup>767</sup> Vgl. ausf. a. *Culbertson/Durst*, Clearing away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today, Tax Law Review, 2003, 37 ff.

<sup>768</sup> Kursiv hinzugefügt.

<sup>769</sup> Vgl. § 1.482-4(f)(3)(i): „If the owner of the rights to exploit an intangible transfers such rights to a controlled taxpayer, the owner must receive an amount of consideration with respect to such transfer that is determined in accordance with the provisions of this section. If another controlled taxpayer provides assistance to the owner in connection with the development or enhancement of an intangible, such person may be entitled to receive consideration with respect to such assistance [...]”

<sup>770</sup> Vgl. a. § 1.482-4(f)(3)(ii)(A): „The legal owner of a right to exploit an intangible ordinarily will be considered the owner for purposes of this section. Legal ownership may be acquired by operation of law or by contract under which the legal owner transfers all or part of its rights to another. Further, the district director may impute an agreement to convey legal ownership if the conduct of the controlled taxpayers indicates the existence in substance of such an agreement [...]”

tung habe;<sup>771</sup> gleichwohl unternahm es der IRS nach Erlass der Treasury Regulations 1994 mit Erfolg, die Bedeutung des rechtlichen Eigentums für Verrechnungspreiszwicke auch bei rechtlich geschützten immateriellen Werten zu relativieren.<sup>772</sup> Kann kein zivilrechtlicher Eigentümer ermittelt werden, so gilt gemäß § 1.482-4(f)(3)(ii)(B) diejenige Entität als die „Entwicklerin“ des immateriellen Wertes und daher als dessen Eigentümerin, die den größten Anteil an den Entwicklungskosten getragen und allen anderen Entitäten angemessene Vergütungen für ihre Entwicklungsbeiträge geleistet hat, wobei der wirtschaftliche Inhalt dieser unterstützenden Entwicklungsbeiträge wiederum maßgeblich durch die vertraglichen Abreden geprägt wird.

„In the case of intangible property that is not legally protected, the developer of the intangible will be considered the owner... [I]f two or more controlled taxpayers jointly develop an intangible, for purposes of section 482, *only one of the controlled taxpayers will be regarded as the developer and owner of the intangible, and the other participating members will be regarded as assisters. Ordinarily, the developer is the controlled taxpayer that bore the largest portion of the direct and indirect costs of developing the intangible, including the provision, without adequate compensation, of property or services likely to contribute substantially to developing the intangible.* A controlled taxpayer will be presumed not to have borne the costs of development if, pursuant to an agreement entered into before the success of the project is known, another person is obligated to reimburse the controlled taxpayer for its costs. If it cannot be determined which controlled taxpayer bore the largest portion of the costs of development, all other facts and circumstances will be taken into consideration, including the location of the development activities, the capability of each controlled taxpayer to carry on the project indepen-

---

<sup>771</sup> Vgl. U.S. Treasury Regulations 1994, Introduction: „The 1993 regulations also provide rules for identifying the owner of an intangible for purposes of section 482 (the *developer-assister rule*). These rules generally track rules provided in prior regulations, under which the owner normally is considered to be the controlled taxpayer that *bears the greatest share of the risk of developing the intangible*. The party that bears the greatest risk of development generally is determined by identifying costs of development. Under this rule the owner for purposes of income allocation under section 482 would not necessarily be the legal owner. [...] Section 1.482-4(f)(3) provides rules regarding the ownership of intangible property. These rules are required to *identify the controlled taxpayer that should recognize the income attributable to intangible property*. The 1993 regulations provided that, for purposes of section 482, intangible property generally would be treated as owned by the controlled taxpayer that bore the greatest share of the costs of development. This rule was criticized by many commenters, principally because it disregarded legal ownership. The commenters asserted that disregarding legal ownership could be inconsistent with the arm's length standard. For instance, a controlled taxpayer that was treated as the owner of an intangible for section 482 purposes might not be the legal owner. *At arm's length, the legal owner could transfer the rights to the intangible to another person irrespective of the developer's contribution to the development of the intangible. On the other hand, it would be unlikely that at arm's length an unrelated party would incur substantial costs adding value to an intangible that was owned by an unrelated party, unless there was some assurance that the party that incurred the expenses would receive the opportunity to reap the benefit attributable to the expenses. The final regulations recognize these criticisms and adopt a modified approach to the identification of the owner of an intangible that is more consistent with legal ownership.*”

<sup>772</sup> Vgl. m.w.N. Mogle, The Future of Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intellectual Property, Economic Substance, and Entrepreneurial Risk in the Allocation of Intangible Income, Geo. Mason L. Rev., Vol 10:4, 2002, S. 925, 929 ff.

dently, the extent to which each controlled taxpayer controls the project, and the conduct of the controlled taxpayers.<sup>773</sup> [...]

Allocations may be made to reflect *an arm's length consideration for assistance* provided to the owner of an intangible in connection with the development or enhancement of the intangible. Such assistance may include loans, services, or the use of tangible or intangible property. Assistance does not, however, include expenditures of a routine nature that an unrelated party dealing at arm's length would be expected to incur under circumstances similar to those of the controlled taxpayer. *The amount of any allocation required with respect to that assistance must be determined in accordance with the applicable rules under section 482.*<sup>774</sup>

Diese Grundstruktur der Zuordnung des wirtschaftlichen Ertragspotentials eines immateriellen Werts an eine Entität verbundenen mit der angemessenen Vergütung der Entwicklungsbeiträge zum Entstehen des wirtschaftlichen Ertragspotentials des immateriellen Werts wird als die „Developer-assister rule“ (DAR) bezeichnet. Sie ist nach den U.S. Treasury Regulations 1994 ausdrücklich nur für rechtlich nicht-geschützte immaterielle Wert anwendbar, ihr Anwendungsbereich wurde indes vom IRS auch auf rechtlich geschützte immaterielle Werte übertragen und sie wurde die allgemeine Zuordnungsregel.<sup>775</sup> Die DAR betrachtet die relativen Anteile der übernommenen direkten und indirekten Entwicklungskosten eines immateriellen Werts. Die direkten und indirekten Kosten werden in der Regel auch die Risiken aus der Entwicklung des immateriellen Werts erfassen, auf die die vorläufigen Treasury Regulations 1993 zuvor noch ausdrücklich abgehoben hatten, wobei die Risikotragung durch die Kostentragung indiziert wurde.<sup>776</sup> Die Kostentragung als Anknüpfungspunkt für die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten ist in Verbindung mit dem funfgliedrigen System der Durchführung der Vergleichbarkeitsanalyse gemäß § 1.482-1(d) Treasury Regulations 1994, bei dem insbesondere vertragliche Abreden maßgeblich für den Inhalt der Geschäftsbeziehung sind, ein stark gestaltbares Moment. Die

---

<sup>773</sup> § 1.482-4(f)(3)(ii)(B) U.S. Treasury Regulations 1994. (kursiv hinzugefügt)

<sup>774</sup> § 1.482-4(f)(3)(iii) U.S. Treasury Regulations 1994. (kursiv hinzugefügt)

<sup>775</sup> Vgl. *Ossi*, The Significance of Intangible Property Rights in Transfer Pricing, Tax Notes, 1999, S. 51 ff; *Mogle*, The Future of Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intellectual Property, Economic Substance, and Entrepreneurial Risk in the Allocation of Intangible Income, Geo. Mason L. Rev., Vol 10:4, 2002, S. 925, 934 ff.; *Mentz/Carlisle*, The Tax Ownership of Intangibles Under the Arm's Length Principle, Tax Notes, 1997, DOC 97-29334.

<sup>776</sup> Vgl. U.S. Treasury Regulations 1994, Introduction: „The 1993 regulations also provide rules for identifying the owner of an intangible for purposes of section 482 (the developer-assister rule). These rules generally track rules provided in prior regulations, under which the owner normally is considered to be the controlled taxpayer that bears the greatest share of the risk of developing the intangible. The party that bears the greatest risk of development generally is determined by identifying costs of development. Under this rule the owner for purposes of income allocation under section 482 would not necessarily be the legal owner.“

praktische Bedeutung der DAR ergibt sich aus der Rolle der wirtschaftlichen Zuordnung der immateriellen Werte für die Verrechnungspreismethodenwahl und der durch diese ermöglichten Residualgewinnverteilung. Die Treasury Regulations 1994 setzten bei der Verrechnungspreismethodenwahl die von U.S. White Paper entwickelten Grundzüge um, d.h. die vorrangige Nutzung der Standardmethoden und subsidiär der CPM bei vertraglichen Routinefunktionen sowie die Verteilung des Gewinns durch die „profit split method“ entsprechend dem relativen wirtschaftlichen Gewicht der jeweiligen Beiträge der Parteien zum Entstehen des Gewinns<sup>777</sup> unter vorrangiger Bedeutung des Eigentums an immateriellen Werten.<sup>778</sup>

### c) Sonderregel für Entwicklung von immateriellen Werten in Umlageverträgen

Die DAR findet keine Anwendung, wenn die gemeinsame Entwicklung eines immateriellen Wertes auf der Grundlage eines Umlagevertrags („Cost sharing agreement“, CSA) erfolgt. In diesen Fällen erfolgt keine Verrechnungspreiskorrektur, sofern die

---

<sup>777</sup> Vgl. U.S. Treasury Regulations 1994, Introduction: „The basic approach of a profit split method is to estimate an arm's length return by *comparing the relative economic contributions* that the parties make to the success of a venture, and dividing the returns from that venture between them on the basis of the relative value of such contributions.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>778</sup> Vgl. U.S. Treasury Regulations 1994, § 1.482-6(c)(3)(i)(A)-(B): „(i) *In General*. Under this method, the combined operating profit or loss from the relevant business activity is allocated between the controlled taxpayers following the two-step process set forth in paragraphs (c)(3)(i)(A) and (B) of this section. (A) *Allocate income to routine contributions*. The first step allocates operating income to each party to the controlled transactions to provide a market return for its routine contributions to the relevant business activity. Routine contributions are contributions of the same or a similar kind to those made by uncontrolled taxpayers involved in similar business activities for which it is possible to identify market returns. Routine contributions ordinarily include contributions of tangible property, services and intangibles that are generally owned by uncontrolled taxpayers engaged in similar activities. A functional analysis is required to identify these contributions according to the functions performed, risks assumed, and resources employed by each of the controlled taxpayers. Market returns for the routine contributions should be determined by reference to the returns achieved by uncontrolled taxpayers engaged in similar activities, consistent with the methods described in §§ 1.482-3, 1.482-4 and 1.482-5. (B) *Allocate residual profit*. The allocation of income to the controlled taxpayers' routine contributions will not reflect profits attributable to the controlled group's valuable intangible property where similar property is not owned by the uncontrolled taxpayers from which the market returns are derived. Thus, in cases where such intangibles are present there normally will be an unallocated residual profit after the allocation of income described in paragraph (c)(3)(i)(A) of this section. Under this second step, the residual profit generally should be divided among the controlled taxpayers based upon the relative value of their contributions of intangible property to the relevant business activity that was not accounted for as a routine contribution. The relative value of the intangible property contributed by each taxpayer may be measured by external market benchmarks that reflect the fair market value of such intangible property. Alternatively, the relative value of intangible contributions may be estimated by the capitalized cost of developing the intangibles and all related improvements and updates, less an appropriate amount of amortization based on the useful life of each intangible. Finally, if the intangible development expenditures of the parties are relatively constant over time and the useful life of the intangible property of all parties is approximately the same, the amount of actual expenditures in recent years may be used to estimate the relative value of intangible contributions. If the intangible property contributed by one of the controlled taxpayers is also used in other business activities (such as transactions with other controlled taxpayers), an appropriate allocation of the value of the intangibles must be made among all the business activities in which it is used.“

vereinbarte Kosten- und Risikotragung bei der Entwicklung dem erwarteten Nutzen der jeweiligen Entität aus der späteren Nutzung des immateriellen Wertes entspricht.<sup>779</sup> Als spätere Nutzung zählt dabei auch die konzerninterne Lizenzierung des entwickelten immateriellen Werts. CSA eignen sich daher in besonderem Maß für internationale Steuergestaltungen. Insgesamt kann man die Regeln über CSAs als derselben Logik wie die DAR folgend verstehen: Alle Teilnehmer des CSA werden soz. als „Developer“ qualifiziert und daher ohne Weiteres „Nutzungsberechtigte“.<sup>780</sup>

### 3. Zusammenfassung

Der U.S. Gesetzgeber reagierte mit dem Tax Reform Act 1986 auf die zunehmenden Probleme, für grenzüberschreitende Übertragungen immaterieller Werte angemessene Verrechnungspreise zu ermitteln, mit Einführung des CWIS und gab eine Studie in Auftrag, die die Funktionsfähigkeit des Fremdvergleichsgrundsatzes grundlegend evaluierte. Das U.S. White Paper befand den Fremdvergleichsgrundsatz für „sachgerecht“ und entwickelte zur Beurteilung von Geschäftsbeziehungen zur kommerziellen Nutzung immaterieller Werte die transaktionsbezogenen Gewinnmethoden, die auf der theoretischen Zusammengehörigkeit von wirtschaftlichem Eigentum an immateriellen Werten und der Residualgewinnberechtigung basieren. Das White Paper gelangt zu diesem Ergebnis durch die Interpretation des Fremdvergleichsgrundsatzes im Sinne eines „production costs approach“ und der „zero profit theory“. Die U.S. Treasury Regulations 1994 lieferten die zur Operationalisierung dieses Systems erforderlichen Regeln zur Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten. Die Zuordnung des Eigentums entlang der vertraglichen Kostentragung im Entwicklungsprozess und die Vergütung der sonstigen Entwicklungsbeiträge durch die Standardmethoden, ermöglichte die „Cashbox“-Gestaltungen und es ist kein Zufall, dass die OECD „seit Mitte der '90er Jahre“<sup>781</sup> die zunehmende Zentralisierung von immateriellen Werten, operativen Risiken und der entsprechenden Residualgewinne der Unternehmensgruppe in Prinzipalentitäten (in Niedrigsteuerstaaten) erkennen musste. Ungeachtet dessen ist die zugrunde liegende Richtigkeitsvorstellung der U.S. Treasury Regulations 1994 hervorzuheben, Gewinne entsprechend des Gewichts der wirtschaftlichen Beiträge zu ihrer Entstehung international zu verteilen („economic allegiance“).

---

<sup>779</sup> Vgl. ausf. zu Umlageverträgen *Brauner*, Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation, Intertax, Vol. 38, 2010, S. 554 ff.

<sup>780</sup> Zu diesem inneren Zusammenhang der Regelungsregime unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.5.c.

<sup>781</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.2.

## **C. Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke nach internationalem Recht**

### **I. Die OECD-Leitlinien 1995/2010**

#### **1. Einleitung – Hintergrund der Revision von 1995**

Die OECD-Leitlinien 1979 wurden 1995 in Reaktion auf<sup>782</sup> die U.S. Treasury Regulations 1994 umfassend revidiert sowie im März 1996 um das Kapitel VI „Special considerations for intangibles“ ergänzt, das das Kapitel III der OECD-Leitlinien 1979 ersetzte. Die OECD-Leitlinien 1979 enthielten ein an den U.S. Treasury Regulations 1968 orientiertes Verrechnungspreissystem, das nur wenig konkrete Maßgaben für die Durchführung der Funktionsanalyse,<sup>783</sup> nur die drei Standardmethoden und die offene Kategorie der „other methods“ vorsah<sup>784</sup> und dementsprechend nur rudimentäre Maßgaben zur Ermittlung von Verrechnungspreisen für Geschäftsbeziehungen *ohne* feststellbare Vergleichswerte, insbesondere bei immateriellen Werten, bot.<sup>785</sup>

Zwar fanden sich für Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten zum einen Hinweise zu einer „vernünftigen“ Gewinnspanne („reasonable profit margin“) bei der Anwendung der Standardmethoden auf Warenlieferungen. So sei es sachgerecht bei Waren, für die sich keine direkten Vergleichswerte zur Anwendung der Preisvergleichsmethode finden lassen, die aber einen großen Innovationsgehalt aufweisen, einen „größeren“ Gewinnanteil an die Unternehmen zu allokalieren, die für die Produktion sowie die Forschung und Entwicklung verantwortlich sind und die anfallenden Kosten tragen, als bei standardisierten Waren, bei denen eher die Marketingfunktionen wichtig seien.<sup>786</sup> Ferner sei Anwendung der „resale-minus method“ zur Ermittlung eines „angemessenen“ Gewinnaufschlags erforderlich, den Wertschöpfungsanteil der Distributionsentität festzustellen,<sup>787</sup> wobei eine Wertsteigerung durch Weiterverarbeitung der Ware, durch die Entwicklung von „marketing intangibles“ auf eigenes Risiko oder durch Ausübung „besonderer Funktionen“ der Vertriebseinheit denkbar seien.<sup>788</sup> Gleiche Erwägungen sollten bei der Anwendung der „cost-plus method“ greifen, bei

---

<sup>782</sup> Vgl. u.a. OECD, Intercompany Transfer Pricing Regulations Under US Section 482 Proposed and Temporary Regulations, OECD CFA, General Distribution, OCDE/GD(93)131, 1993.

<sup>783</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 17, 23 f., 49 ff.

<sup>784</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 11-13, 70 ff.

<sup>785</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 45 ff.

<sup>786</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 55.

<sup>787</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 57.

<sup>788</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 59.

der ein der Wertschöpfung und den „actual economic functions“ entsprechender Gewinnaufschlag ermittelt werden müsse.<sup>789</sup> All dies bestätigt die zwar grundsätzliche Funktion der Verrechnungspreise, jeder Entität eine „angemessene“ Funktionsvergütung für ihre Wertschöpfungsbeiträge zuzuordnen,<sup>790</sup> gibt aber keine differenzierte Auskunft darüber, wie diese dem Grunde oder der Höhe nach zu ermitteln sind.

Zum anderen enthielten die OECD-Leitlinien 1979 das Kapitel III „Transfers of technology and trademarks“.<sup>791</sup> Die möglichen „transfers“ wurden in drei phänomenologische Kategorien getrennt; (i) die Übertragung eines vollentwickelten immateriellen Werts, (ii) die Beteiligung an einem Kostenumlagevertrag und (iii) die Auftragsentwicklung auf Kosten und Risiken eines Auftraggebers.<sup>792</sup> Die Übertragung eines vollentwickelten immateriellen Wertes, den eine Muttergesellschaft eigenständig als dessen Entwicklerin, die alle Entwicklungskosten trägt (und wohl auch die Entwicklungsfunktionen selbst ausübt<sup>793</sup>), an eine Tochtergesellschaft überträgt, erfordere – wenn die Tochter aus der Übertragung einen Nutzen zieht – eine „fremdübliche“ Vergütung.<sup>794</sup> Die Verwendung des Begriffs der „Entwicklerin“ deutet zwar in Richtung der DAR, die in Ansätzen schon in den U.S. Treasury Regulations von 1968 enthalten war, die DAR erfasst indes gerade die Fälle der gemeinsamen Entwicklung von immateriellen Werten außerhalb von Umlageverträgen, wobei die Entwicklerin nicht alle Kosten tragen und Funktionen ausüben, sondern nur den relativ größten Anteil, sowie die Entwicklungsbeiträge anderer Entitäten „angemessen“ vergüten muss. Die OECD-Leitlinien 1979 dagegen erwähnen die Beiträge eines verbundenen Lizenznehmers zum Wert eines immateriellen Wertes nach der Übertragung nur als einen möglichen Umstand, der Einfluss auf die Höhe einer fremdüblichen Lizenzgebühr haben kann.<sup>795</sup> Die gemeinsame Kostentragung betrachteten die OECD-Leitlinien 1979 nur im Kontext von Umlageverträgen („cost contribution agreements“), bei denen die Entwicklungskosten „fair and equitable“<sup>796</sup> unter den Teilnehmer aufgeteilt werden, die außerhalb der USA indes kaum vorkämen.<sup>797</sup> Die gemeinsame Entwicklung eines immate-

---

<sup>789</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 69.

<sup>790</sup> Vgl. historische Analyse oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.

<sup>791</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 76 ff.

<sup>792</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 87.

<sup>793</sup> Die OECD-Leitlinien 1979 sagen dies nicht ausdrücklich, trennen aber die Auftragsverhältnisse von diesen Entwickler-Fällen, so dass die Ausübung der Entwicklungsfunktionen *implizit* ist.

<sup>794</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 88 ff.

<sup>795</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 95, a.E.

<sup>796</sup> OECD-Leitlinien 1979, Tz. 121.

<sup>797</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 102 ff., 109 f..

riellen Wertes durch gemeinsame Kostentragung und Funktionsausübung wird angedeutet in der Behandlung von „trademarks“, bei denen die Kostentragung durch die Zahlung der Lizenzgebühr dem jeweiligen, erwarteten Nutzen der Parteien entsprechen müsse, um als „fremdüblich“ zu gelten.<sup>798</sup> Die „Auftragsentwicklung“ wird daneben kategorisch als Dienstleistung qualifiziert und dementsprechend einer routine, typischerweise einer Kostenaufschlagsvergütung unterworfen.<sup>799</sup> Zusammenfassend erfolgte in allen drei Fallgruppen keine differenzierte Betrachtung der im Einzelfall ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und der eingesetzten Wirtschaftsgüter, was eine Konsequenz der noch unterentwickelten Maßgaben zur Durchführung der Funktionsanalyse sowie der relativ engen dogmatischen Möglichkeiten war, die die Standardmethoden infolgedessen für differenzierte Betrachtungen bei gemeinsamen Wertschöpfungsprozessen, boten.

## **2. Das Kapitel I der OECD-Leitlinien 1995/2010**

Die dogmatische Fortentwicklung der Durchführung der Risiko- und Funktionsanalyse als Teil der Vergleichbarkeitsanalyse kam mit der Revision der OECD-Leitlinien 1995 im Kontext der Ausweitung des Methodenkataloges um die Gewinnmethoden, wodurch die Auswahl der im Einzelfall „sachgerechten“ Methode und die entsprechende (residuale) Gewinnallokation differenziert ermöglicht werden musste, denn der Fremdvergleichsgrundsatz basiere auf dem Vergleich der Bedingungen (d.h. „price or margin“) einer Leistungsbeziehung, wozu es erforderlich sei, die „wirtschaftlich wesentlichen Faktoren“ der Geschäftsbeziehung und der potentiellen Vergleichswerte zu identifizieren.<sup>800</sup> Ebenso wie die Treasury Regulations 1994 wurde die daher erforderliche Vergleichbarkeitsanalyse nun als fünfgliedrige Prüfung strukturiert, wobei der Unterschied besteht, dass die Risikoallokation in den OECD-Leitlinien 1995 Teil der Funktionsanalyse wurde, kein eigenständiger Prüfungsschritt.<sup>801</sup> Im Einzelnen sind die

---

<sup>798</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 136 f.

<sup>799</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 167.

<sup>800</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.15 bzw. 2010, Tz. 1.33. Die Verschiebung ist der 2010 ausgeweiteten Ablehnung der globalen Formularaufteilung im Kontext der Diskussionen um die Behandlung der „Business restructurings“ geschuldet, vgl. etwa BNA Bloomberg, OECD's Owens Rejects Unitary Idea, Focuses on Making Arm's-Length Work, 18 Transfer Pricing Report 518, 24.09.2009.

<sup>801</sup> Das U.S. White Paper 1988 hatte einen „inherent risk approach“ vertreten, demzufolge Risiken als inherente Folge der vertraglich übernommenen Funktionen zu verstehen sind und auch die Temporary Regulations 1993 sahen eine offene Wertung der Risikoallokation vor, die zwar nah an den vertraglichen Abreden ausgerichtet war, aber Verträge noch nicht für derart maßgeblich erklärte, wie die in durch die finalen Treasury Regulations 1994 erfolgte. Ob die OECD-Leitlinien 1995 also eine Tendenz für eine eher den Temporary Regulations 1993 entsprechende Risikoallokation andeuten, ist spekulativ.

(i) Charakteristika der Waren oder Dienstleistungen, (ii) die Funktionsanalyse, (iii) die vertraglichen Abreden, (vi) die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und (v) die Unternehmensstrategie in der Vergleichbarkeitsanalyse zu berücksichtigen.<sup>802</sup>

Die entscheidende Funktionsanalyse basiert in den OECD-Leitlinien 1995 auf der Grundannahme, dass unter fremden Dritten die Vergütung für erbrachte Leistungen die ausgeübten Funktionen unter Berücksichtigung der eingesetzten Wirtschaftsgüter und der übernommenen Risiken reflektieren wird. Daher sei es die Aufgabe der Funktionsanalyse, die wirtschaftlich signifikanten Aktivitäten und Verantwortlichkeiten der Transaktionsparteien unter Berücksichtigung der Organisation der Unternehmensgruppe zu identifizieren.<sup>803</sup> Entscheidend sei die Identifizierung des wirtschaftlichen Werts der Funktionen für die Transaktionsparteien, wobei u.a. die rechtlichen Positionen beachtlich sind.<sup>804</sup> In die Funktionsanalyse fließen ferner Art und Umfang der eingebrachten Wirtschaftsgüter ein (insbesondere immaterielle Werte), sowie die übernommenen Risiken, die sich zum Teil aus den übernommenen Funktionen ergeben können.<sup>805</sup> Bei diesen erforderlichen feststellungen werden die zwischen den verbundenen Unternehmen abgeschlossenen Verträge regelmäßig die maßgeblichen Aktivitäten und Verantwortlichkeiten der Parteien ergeben.

„In arm’s length dealings, the *contractual terms of a transaction generally define* explicitly or implicitly how the responsibilities, risks and benefits are to be divided between the parties. As such, an analysis of contractual terms should be a part of the functional analysis.<sup>806</sup>“

Werden Risiken vertraglich zugeordnet, müssen die Verträge ausdrücklich hinreichend wirtschaftliche Substanz aufweisen, wobei zwar die Maßgaben für und systemtische Bedeutung der Substanzerfordernisse im Einzelnen offen blieben, aber zwei grundsätzliche Faktoren wirtschaftlicher Substanz – das (i) „tatsächliche Verhalten“ der Parteien sowie die (ii) Konsequenzen der Risikoallokation – erwogen wurden.

„In line with the the discussion ... in relation to contractual terms, it *may* be considered whether a purported allocation of risk is consistent with the economic substance of the transaction. In this regard the parties’ conduct should generally be taken as the best evidence of the *true allocation of risks*. [...] An additional factor to consider in examining the economic substance of a purported risk allocation

---

<sup>802</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.19 ff. bzw. 2010, Tz. 1.38 ff.

<sup>803</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.20 („particular attention“) bzw. 2010, Tz. 1.42 („helpful“).

<sup>804</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.21 („juridical capacity“) bzw. 2010, Tz. 1.43 („legal rights and obligations“).

<sup>805</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.22 f. bzw. 2010, Tz. 1.44 f.

<sup>806</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.28 bzw. 2010, Tz. 1.52.

is the consequence of such an allocation in arm's length transactions. In arm's length dealings it *generally makes sense* for parties to be allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control.<sup>807</sup>

Ob („it may“) und inwieweit alle Risikoallokationen dem Grunde nach wirtschaftlich rational sein müssen, um für Verrechnungspreiszwecke anerkannt zu werden, blieb durchaus unklar und wurde im Rahmen der Diskussionen über Funktionsverlagerungen im OECD CFA kontrovers diskutiert.<sup>808</sup> Dabei war der spezifische Inhalt der zwei grundsätzlichen Erwägungen ebenso unklar, wie die systematische Bedeutung des „tatsächlichen Verhaltens“, das in einem Anwendungsbeispiel scheinbar restriktiv verstanden wurde,<sup>809</sup> sowie die systematische Bedeutung des zwischen fremden Dritten grundsätzlich „sinnvollen“ Zusammenfallens der vertraglichen Risikoallokation und der Kontrolle über Risiken. Aus der grundsätzlichen Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge unter den OECD-Leitlinien 1995 wurde indes zunächst ein grundsätzlich eher restriktives Konzept der wirtschaftlichen Substanzerfordernisse deduziert, das sich mit dem Ausnahmecharakter der Durchbrechung vertraglicher Abreden deckte, der sich aus den sprachlich sehr ähnlich formulierten Substanzerfordernisse der Treasury Regulations 1994 ergab.<sup>810</sup> Ferner äußerte sich die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge in einem ebenfalls restriktiven Konzept der Recharakterisierung der Geschäftsbeziehungen, die nur in zwei Ausnahmefällen zulässig sein sollte.

„A tax administration's examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the *transaction actually undertaken* by the associated enterprises *as it has been structured* by them, using methods applied by the tax payer insofar as these are consistent with the methods described in Chapter II. In other than *exceptional cases*, the tax administration should not disregard the actual transaction or substitute other transactions for it. Restructuring of legitimate business transactions would be a wholly arbitrary exercise the inequity of which could be compounded by double taxation created where

---

<sup>807</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.26 f. bzw. 2010, Tz. 1.48 f.

<sup>808</sup> Daher noch ausf. unten Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

<sup>809</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz., 1.26 bzw. 2010, Tz. 1.48.

<sup>810</sup> Vgl. dazu oben Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.2. sowie noch unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6. Die OECD-Leitlinien 1995 legten aber möglicherweise ein tendenziell größeres Gewicht auf die Ermittlung des „wahren wirtschaftlichen Gehalts einer Geschäftsbeziehung“ unter Berücksichtigung der Substanzerfordernisse als die Treasury Regulations 1994 die, zwar sehr ähnlich formulierte Substanzerfordernisse enthalten, die jedoch vor allem in *Abwesenheit* – weniger zur *Verprobung* – *von Verträgen* herangezogen werden sollen. Vgl. dazu nochmals Treasury Regulations 1994, Introduction: „[To] the extent that taxpayers allocate risks by contract and their conduct is consistent with such contract, their allocation of risk will be respected, unless the contract is executed after the impact of the risk is known or knowable. *In cases where the allocation of risk is not clear from the parties' contractual arrangements, several factors may be particularly relevant to determine which party bore the risk. These factors include whether the parties' conduct is consistent over time; which controlled taxpayer would ultimately bear the consequences of a risk; and the extent to which each taxpayer controls any activities that influence the outcome of a particular risk.*“ (Kursiv hinzugefügt)

the other tax administration does not share the same views as to how the transaction should be structured. However, there are *two particular circumstances* in which it may, *exceptionally*, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer entering into a controlled transaction. *The first circumstance arises where economic substance of a transaction differs from its form.* In such a case the tax administration may disregard the parties' characterisation of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance. [...] The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the *arrangements made in relation to the transaction*, viewed in their totality, differ from those which would have been made by independent enterprises *behaving in a commercially rational manner* and the actual structure *impedes* the tax administration from determining an appropriate transfer price.<sup>811</sup>

Obwohl die erste Fallgruppe ebenfalls von einer Zusammenführung von Form und Substanz spricht, ist es wichtig, die Rechtsfigur der Recharakterisierung einer durchgeführten Transaktion von der Ermittlung des „tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalts“ einer Transaktion im Wege der Risiko- und Funktionsanalyse unter Berücksichtigung von Substanzerfordernissen klar zu trennen.<sup>812</sup> Die Risiko- und Funktionsanalyse Er dient dem fundamentalen Zweck, den tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der durchgeführten Transaktion zu ermitteln; die Substanzerfordernisse, sollen diese Ermittlung ermöglichen und Situationen identifizieren, in denen der tatsächliche wirtschaftliche Gehalt nicht aus den vertraglichen Formalisierungen folgt. Die zweite Fallgruppe, die ebenfalls – die die Substanzerforderung an vertragliche Risikoallokationen – von „wirtschaftlich rationalem Verhalten“ spricht, setzt dieses in kumulative Verbindung zur Verhinderung der Ermittlung von „angemessenen“ Verrechnungspreisen.<sup>813</sup>

### **3. Das Kapitel II der OECD-Leitlinien 1995/2010**

Kurz erwähnt sei das Kapitel II,<sup>814</sup> das 1995 die Erweiterung des Katalogs zulässiger Verrechnungsmethoden in Anlehnung an die Entwicklungen in den USA vollzog und insbesondere für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten Neuerungen brachte. Das Kapitel II, insbesondere die Anwendung der Gewinnmethoden, wurde in einem erneuten Revisionsprozess zwischen 2006-2010 überarbeitet und konkretisiert.<sup>815</sup> Wie dargestellt basierten die OECD-Leitlinien 1979 stark auf der Feststellbarkeit von tatsächlichen Vergleichswerten auf deren Grundlage durch die Standardme-

---

<sup>811</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.39 ff bzw. 2010, Tz. 1.64 ff.

<sup>812</sup> Vgl. zur Unterscheidung ausf. OECD Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings, Public Discussion Draft, 2008, Tz. 35 ff.

<sup>813</sup> Vgl. zur Recharakterisierung noch unten ausf., Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

<sup>814</sup> Vgl. zur transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode unten Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.

<sup>815</sup> Vgl. OECD Transactional Profit Methods: Public Discuss Draft for Comments, 25.01.2008.

thoden die Ermittlung eines „fremdüblichen“ Preises für die Geschäftsbeziehungen<sup>816</sup> erfolgen sollte. Der zunehmenden kommerziellen Bedeutung von immateriellen Werten und den infolgedessen zunehmenden Schwierigkeiten bei der Feststellung von tatsächlichen Vergleichswerten wurde durch die Systematisierung der Gewinnmethoden abgeholfen, wobei nach der Revision der OECD-Leitlinien 2010 die Notwendigkeit für die Gewinnmethoden mit etwas abweichender Konnotation begründet wurde.<sup>817</sup> Ungeachtet der Betonung der Vor- und Nachteile der Methoden, sollten die Standardmethoden vorrangig Anwendung finden, diese seien „the most direkt means of establishing whether conditions in the commercial and financial relations between associated enterprises are arm’s length<sup>818</sup>“. Die Anwendung einer im Einzelfall sachgerechten Verrechnungspreismethode sei aber abhängig von den Ergebnissen der Funktionsanalyse und habe die Stärken und Schwächen der einzelnen Methoden zu berücksichtigen.<sup>819</sup> Somit kommt die Anwendung der Gewinnmethoden vor allem bei Geschäftsvorfällen, die durch den Einsatz von immateriellen Werten geprägt werden, in Betracht und zwar die „transactional net margin method“ (TNMM) auf Routineentitäten und die „transactional profit split method“ (PSM) auf Transaktionen zwischen Entitäten, deren Beiträge jeweils „unique and valuable“ sind.<sup>820</sup>

#### 4. Das Kapitel VI der OECD-Leitlinien 1995/2010

Im März 1996 wurde den OECD-Leitlinien 1995 das Kapitel VI hinzugefügt.<sup>821</sup> Dieses Kapitel beinhaltet spezielle Erwägungen für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten sowie eine Besprechung des besonderen Problems der Entwicklung von „marketing intangibles“ durch eine Vertriebsseinheit, die nicht zivilrechtliche Eigentümerin der immateriellen Werte

---

<sup>816</sup> OECD-Leitlinien 1979, Tz. 23.

<sup>817</sup> Die OECD-Leitlinien 1995 betonten in Tz. 2.49 die Schwierigkeiten, die Standardmethoden in „real life business situations“ anzuwenden, in denen sich keine oder nicht hinreichend genaue Vergleichswerte ermitteln lassen, während die OECD-Leitlinien 2010 in Tz. 2.4 die Gewinnmethoden mehr von der Sachgerechtigkeit der Ergebnisse her rechtfertigen, wenn „each of the parties makes valuable and unique contributions in relation to the controlled transaction, or where the parties engage in highly integrated activities“. Beide Begründungen gleichen sich im Kern.

<sup>818</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 2.49 bzw. 2010, Tz. 2.3.

<sup>819</sup> Die Betonung der „strengths and weaknesses“ der Methoden ähnelt der sog. „best method rule“ der U.S. Treas. Regulations 1994, siehe dazu bereits oben Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.2.

<sup>820</sup> Vgl. VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.10.3. Sowie i.Einz. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.1 ff. bzw. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.56 ff. Zur transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode noch unten Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.

<sup>821</sup> Annahme des Kapitels durch Beschluss des OECD CFA vom 23.01.1996, DAF/CF(96)2. Trotz der nachträglichen Ergänzung des Kapitels VI ist es üblich das Gesamtwerk als „OECD-Leitlinien 1995“ zu zitieren. Dies wird hier aus Einfachheitsgründen auch getan.

ist,<sup>822</sup> d.h. einer Fallkonstellation, die nach U.S. Recht in den Anwendungsbereich der DAR fällt und von den OECD-Leitlinien 1979 als Problem des Vertriebs von „wenig innovativen, standardisierten Waren“ abgetan nur als Teil der Ermittlung einer angemessenen Lizenzgebühr behandelt wurde, nicht als wirtschaftliche Eigentumsfrage.<sup>823</sup> Ferner wurde Besprechung der Maßgaben für „Cost contribution agreements“ aus dem Kapitel VI ausgegliedert und in das neue Kapitel VIII überführt.<sup>824</sup>

Das Kapitel VI bestätigt im Ausgangspunkt, dass das Verrechnungspreissystem der OECD-Leitlinien 1995 auf der „Vergleichbarkeitsanalyse“ basiert. Gleichwohl würden sich Vergleichswerte durch den „speziellen Charakter“ immaterieller Werte und die besonderen Strukturierungsmöglichkeiten innerhalb einer Unternehmensgruppe selten finden lassen.<sup>825</sup> Daher sei es zunächst erforderlich, den Transaktionsinhalt festzustellen, insbesondere die Übertragung des Vollrechts (Verkauf) von der Einräumung von Nutzungsberechtigungen (Lizensierung) abzugrenzen bzw. festzustellen, ob überhaupt dem Grunde nach eine eigenständig vergütungspflichtige Berechtigung zur Nutzung von immateriellen Werten Gegenstand der Geschäftsbeziehung geworden ist.<sup>826</sup> Letzteres kann u.a. streitig werden, wenn unter Nutzung von Technologie („trade intangibles“) hergestellte<sup>827</sup> oder mit Marken („marketing intangibles“) versehene Waren zwischen verbundenen Unternehmen verkauft werden<sup>828</sup> (sog. „embedded intangibles“ Fallkonstellationen<sup>829</sup>). Nach den OECD-Leitlinien 1995 kann der Verkaufspreis die Wertsteigerung des Produkts durch den immateriellen Wert abdecken, dies hänge jedoch von Einzelfall ab.<sup>830</sup> Bei der Ermittlung einer fremdüblichen Vergütung für Übertragungen von Rechten an immateriellen Werten seien einige Besonderheiten in

---

<sup>822</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.1 bzw. 2010, Tz. 6.1.

<sup>823</sup> Vgl. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.1.

<sup>824</sup> Die gesonderte Besprechung der „Cost contribution agreements“ (CCAs) wird ein zunehmendes Problembewusstsein widerspiegeln. Nach den OECD-Leitlinien 1979 hatten außerhalb der USA Steuerbehörden keine Erfahrungen mit CCAs. In den USA seien die Erfahrungen nur „positiv“ gewesen und CCAs ausdrücklich keine „avenues for tax avoidance“, vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 109.

<sup>825</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.13 bzw. 2010, Tz. 6.13.

<sup>826</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.16 f. bzw. 2010, Tz. 6.16 f.

<sup>827</sup> Vgl. dazu BMF, VG 1983, Tz. 3.1.2.3.

<sup>828</sup> Vgl. dazu U.S. Treasury Regulations 1994, § 1.482-3(f). Zu den verschiedenen Versuchen diese Konstellation nach U.S. Recht zu lösen ausf. *Mogle*, *The Future of Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intellectual Property, Economic Substance, and Entrepreneurial Risk in the Allocation of Intangible Income*, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol 10:4, 2002, S. 925, 939 ff.

<sup>829</sup> Die OECD-Leitlinien verwenden diesen Begriff selbst nicht, sondern sprechen von „goods incorporating intangible property“, a.a.O. 1995/2010 Tz. 6.24. Zu den verschiedentlichen Ansätzen diese Konstellationen zu lösen *Mogle*, *The Future of Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intellectual Property, Economic Substance, and Entrepreneurial Risk in the Allocation of Intangible Income*, *Geo. Mason L. Rev.*, Vol 10:4, 2002, S. 925, 939 ff.

<sup>830</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.17 bzw. 2010, Tz. 6.17, sowie 6.24 f. mit Beispiel.

die Vergleichbarkeitsanalyse einzubeziehen. Diese seien u.a. der erwartete kommerzielle Nutzen, die rechtliche, geographische und zeitliche Reichweite der Rechte, mögliche Anlaufinvestitionskosten, Teilhabe an Folgeentwicklungen auf der Grundlage des ursprünglichen immateriellen Wertes sowie die Möglichkeit, dass der Wert durch neue, bahnbrechende Entwicklungen zerstört wird.<sup>831</sup> Auf der Grundlage dieser bereichsspezifischen Vergleichbarkeitsanalyse sollen die Verrechnungspreismethoden Anwendung finden, wobei die Möglichkeit, die Preisvergleichsmethode (ggf. nach Anpassungsrechnungen) auf „embedded intangibles“ Fallkonstellationen anzuwenden, sowie – wie vom White Paper 1988 vorausgedacht – die Sachgerechtigkeit einer transaktionsbezogenen Gewinnaufteilung, wenn beide Parteien wertvolle immaterielle Werte in der Geschäftsbeziehung einsetzen, betont werden.<sup>832</sup>

Neben dieser Beschreibung des Regelverfahrens werden zwei Sonderkonstellationen adressiert. Die erste Sonderkonstellation betrifft die Ermittlung von Verrechnungspreisen für Übertragungen, wenn die Bewertung des immateriellen Werts im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses sehr ungewiss („highly uncertain“) ist.<sup>833</sup> Diese Fälle sollen durch eine Analyse dessen, was unabhängige Dritte getan hätten, um der Unsicherheit zu begegnen, gelöst werden. Unabhängige Dritte würden je nach Umständen des Einzelfalles etwa den hinreichend vorhersehbaren und einschätzbaren zukünftigen Nutzen des immateriellen Werts als Grundlage der Preisermittlung heranziehen, kurze Vertragslaufzeiten oder Preisanpassungsklauseln vereinbaren oder in dem gemeinsamen Verständnis für das Erfordernis möglicher Vertragsnachverhandlungen einer Risikoübernahme zunächst zustimmen.<sup>834</sup> Dogmatisch beachtlich ist an dieser Herangehensweise der Bezug auf ein hypothetisches Idealverhalten; Steuerverwaltungen sollen sich an den Verträgen orientieren, die unabhängige Dritte unter vergleichbaren Umständen abgeschlossen hätten.<sup>835</sup> Damit übernehmen die OECD-Leitlinien 1996 nicht den U.S. CWIS, sondern interpretieren den Fremdvergleichsgrundsatz partiell als einen Verhaltensstandard, der hypothetisches Idealverhalten bei der Ermittlung des Inhaltes des abgeschlossenen Geschäftes durchsetzen kann. Dies ist durchaus etwa anderes als die bloße Ermittlung des „tatsächlichen Inhalts“ der Geschäftsbeziehung auf der Grundla-

---

<sup>831</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.20 f. bzw. 2010, Tz. 6.20 f.

<sup>832</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.24 ff bzw. 2010, Tz. 6.24 ff.

<sup>833</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.28 ff. bzw. 2010, Tz. 6.28 ff. Dazu noch ausf. unten Kapitel II, Abschnitt II, C.III.5.b.bb.

<sup>834</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.29 ff. bzw. 2010, Tz. 6.29 ff.

<sup>835</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 6.32 bzw. 2010, Tz. 6.32.

ge der ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter. Diese Durchsetzung von Idealverhalten solle zwar nur die Einpreisung der tatsächlich im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses vorhandenen Risiken ermöglichen, was für sich dem Ansatz eines fremdüblichen angemessenen Preises entspricht, aber gerade die Anpassung des Preises ändert die Risikostruktur des Geschäftsvorfalles, indem die wirtschaftlichen Verantwortlichkeit für Folgen der Unsicherheiten gleichsam „umverteilt“ werden können. Diese Fallgruppe zeigt, dass (i) der Fremdvergleichsgrundsatz durch die OECD-Leitlinien 1995/2010 mit einer gewissen Flexibilität ausgelegt wurde und (ii) durch die Unterstellung von Preisanpassungsklauseln, um eine Gewinnverteilung, die den tatsächlichen Risiken aus der Geschäftsbeziehung entspricht, zu erreichen, eine Gewinnallokation entsprechend der tatsächlichen Wertschöpfung – gegenüber einer „bloßen“ Angemessenheitskontrolle für abgeschlossene Verträge – implizit das vorrangige internationale Allokationsziel war.

Die zweite Sonderkonstellation betrifft die Frage des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten bzw. die Frage der Berechtigung zur Teilhabe an den Erträgen aus immateriellen Werten, die mit dem wirtschaftlichen Eigentum verbunden ist, durch die Ausübung von wertsteigernden Unternehmensfunktionen und somit das Verhältnis von rechtlichem Eigentum zu wirtschaftlichem Eigentum im Verrechnungssystem der OECD-Leitlinien 1995/2010, m.a.W. die Behandlung von Konstellationen, in denen sich die gemeinsame, integrierte Wertschöpfungstätigkeit im Entstehen eines immateriellen Werts manifestiert. Die OECD-Leitlinien 1995/96 identifizierten damit das Zukunftsthema des internationalen Verrechnungssystemes.

*„Difficult transfer pricing problems can arise when marketing activities are undertaken by enterprises that do not own the trademarks or tradenames they are promoting (e.g. a distributor of branded goods). In such cases, it is necessary to determine how the marketer should be compensated for such activities. The issue is whether the marketer should be compensated as a service provider, i.e. for providing promotional services, or whether there are any cases in which the marketer should share in any additional returns attributable to the marketing intangibles. A related question is how the return attributable to the marketing intangibles can be identified.<sup>836</sup>”*

Diese Frage der Zuordnung des Ertragspotentials immaterieller Werte, das mit dem wirtschaftlichen Eigentum für Verrechnungszwecke verbunden ist, geht jedem Übertragungssachverhalt logisch voraus und unterscheidet sich von den ebenfalls stark

---

<sup>836</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.36. Vgl. die „Fromage Frere Examples“ in § 1.482-1(f)(3)(ii) U.S. Treasury Regulations 1994.

typisierten Anwendungsbeispielen für einen „profit split“ in integrierten Wertschöpfungsketten, bei denen beide Transaktionsparteien immaterielle Werte einbringen und daher nicht nur als „service providers“ vergütet werden, sondern an den „additional returns“ teilhaben. Nach allem bisher Gesagten ist diese Zuordnungsfrage mit ihren zahlreichen, weichenstellenden Rechtsfolgen, das Herzstück des internationalen Verrechnungspreissystems. Die OECD-Leitlinien nähern sich diesem Problem – anders als die DAR – nicht abstrakt-generell, sondern auf den identifizierten Einzelfall bezogen. In Bezug auf die erste Teilfrage, ob für die Marketingaktivität „above normal returns“<sup>837</sup> ausgewiesen werden müssen, besteht der erste Schritt darin, dass dies nicht ausgeschlossen wird, m.a.W. das rechtliche Eigentum an den immateriellen Werten entscheidet diese Frage nicht. Vielmehr sei es erforderlich, im Einzelfall die „obligations and rights of the agreement between the parties“<sup>838</sup> zu analysieren. Ein relativ eindeutiger Fall sei es, wenn sich aus den Verträgen ergibt, dass die Vertriebseinheit ihre „promotional expenditures“<sup>839</sup> vom Eigentümer erstattet bekommt; dann stehe der Vertriebseinheit nur eine Dienstleistungsvergütung zu, aber es entstehe keine Berechtigung „to share in any return attributable to the marketing intangible“<sup>840</sup>. Sehen die vertraglichen Abreden eine solche Kostentragungspflicht des Eigentümers nicht vor, sei die Frage in welcher Höhe die Vertriebseinheit an den „potential benefits“ seiner Marketingaktivitäten teilhaben darf/muss. Dies basiere „principally on the substance of the rights of that party“, ob also etwa die Vertriebseinheit bereits durch ein höheres Absatzvolumen an der Wertsteigerung teilnimmt. Trägt die Vertriebseinheit jedoch Marketingkosten, die nicht einer angemessenen Teilhabe an der Wertsteigerung durch ein höheres Absatzvolumen entsprechen und die fremde Dritte daher nicht übernommen hätten, entstehe die Berechtigung zu einem „additional return from the owner of the trade mark“, die ggf. durch eine Senkung der Lizenzgebühr geleistet werden könne.<sup>841</sup> Damit löst sich der Bezugspunkt der Lösung jedoch von einer echten Teilhabe an den „additional returns attributable to the marketing intangible“ – die im Ausgangspunkt als Problembeschreibung verwendet wurde – zu einer nur irgendwie gearteten Zusatzvergütung „from the owner of the trademark“ für die weitergehenden Aktivitäten, ohne dass deutlich wird, ob sich die Höhe dieser Zusatzvergütung konsequent an

---

<sup>837</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.37.

<sup>838</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.37.

<sup>839</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.37.

<sup>840</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.37.

<sup>841</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.38.

der tatsächlichen Wertsteigerung ausrichtet, also einer Teilhabe an der Wertschöpfung entspricht.<sup>842</sup> Auch die in Kapitel I bei der Ermittlung des Transaktionsinhaltes getroffenen Ausführungen bringen hierzu keine Klarheit. Zwar seien die ausgeübten Funktionen teilweise („to some extent“) maßgeblich für die Risikoverteilung zwischen den Parteien mit der Folge, dass etwa eine Vertriebsseinheit, die eigene Ressourcen zu Marketingzwecken einsetzt, erwarten kann, entsprechend höhere („commensurately higher“) Erträge zu erzielen;<sup>843</sup> auf welcher Grundlage diese „entsprechend höheren“ Erträge zu ermitteln sind, bleibt indes auch hier offen.

Versucht man diese Lösungsfindung der OECD-Leitlinien 1995/2010 zu verallgemeinern, so fällt zunächst die von der DAR der U.S. Treasury Regulations 1994 her bekannte Terminologie und Grundstruktur auf, die vertraglichen Abreden zur Kostentragung als entscheidenden Parameter der Untersuchung heranzuziehen. Allerdings scheinen die OECD-Leitlinien nicht soweit zu gehen, weder in der Problembeschreibung noch in der Lösungsfindung, das rechtliche Eigentum und die damit verbundene Berechtigung zur Vereinnahmen der „returns attributable to the intangible“ durch eine rein wirtschaftliche Betrachtung vollständig zur Disposition zu stellen. Eindeutig ist dies jedoch nicht, da die OECD-Leitlinien die Frage nicht stellen, zu welchen Rechtsfolgen eine vollständige oder wenigstens überwiegende Kostentragung durch die Vertriebsseinheit führen würde. Ebenso wenig wird deutlich, wie die erforderliche Zusatzvergütung der Höhe nach zu ermitteln ist.<sup>844</sup> Ferner wird die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge über die Kostentragung in der Besprechung dieser Einzelfallkonstellation unterstellt, insbesondere wird kein Bezug auf die Diskussion der Substanzerfordernisse bei der Risikoallokation genommen, nach denen Kontrollerfordernisse für die Anerkennung vertraglicher Risikoallokationen durchgreifen können.<sup>845</sup> Dies entspricht der Behandlung von Auftragsforschungsverhältnissen durch die OECD-Leitlinien 1995/2010, bei denen die (vertragliche) Auftragsentität als „insulated from financial risks“<sup>846</sup> ohne Rekurs auf die Substanzerfordernisse unterstellt wird.

---

<sup>842</sup> Vgl. a. *Mentz/Carlisle*, The Tax Ownership of Intangibles Under the Arm's Length Principle, Tax Notes, 1997, DOC 97-29334, Tz. 38.

<sup>843</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.25 bzw. 2010, Tz. 1.47.

<sup>844</sup> Vgl. auch die (in dieser Hinsicht klarstellende) Revision des Beispiels durch den Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 94 ff, Besprechung der Revision unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.2.

<sup>845</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.26 f. bzw. 2010, Tz. 1.48 f.

<sup>846</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 7.41.

## 5. Das Kapitel VIII der OECD-Leitlinien 1995/2010

Durch Beschluss vom 24.07.1997<sup>847</sup> wurde den OECD-Leitlinien 1995 ein weiteres Kapitel hinzugefügt.<sup>848</sup> Dieses Kapitel VIII bespricht sog. „Cost contribution agreements“ (CCAs), die zunächst im Rahmen des Kapitels III der OECD-Leitlinien 1979 adressiert wurden. CCAs sind eine Sonderstrukturierung zur gemeinsamen Entwicklung von – meist immateriellen<sup>849</sup> – Wirtschaftsgütern, die auf einer gemeinsamen Kosten- und Risikotragung und anteiligen Nutzenberechtigung basiert.<sup>850</sup> Durch die Verbindung von Kostentragung und Nutzenzuweisung kann man CCAs als partielle Formularaufteilungen entlang des Faktors „Kostentragung“ ansehen.<sup>851</sup> Werden durch ein CCA immaterielle Werte geschaffen, nutzt jeder Teilnehmer des CCA diese immateriellen Werte „as an effective owner thereof and not as a licensee<sup>852</sup>“. Die Figur des „effective owner“ ist eine Sonderform des wirtschaftlichen Miteigentums für verrechnungspreis Zwecke und ausdrücklich unabhängig von rechtlichem Eigentum.<sup>853</sup>

Die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf CCA erfordere einen Gleichlauf der Beiträge der Teilnehmer des CCA und des erwarteten Nutzens aus der gemeinsamen Tätigkeit unter dem CCA.<sup>854</sup> Teilnehmer eines CCA kann daher nur ein Unternehmen sein, das die begründete Erwartung hat, aus den Ergebnissen dieser gemeinsamen Tätigkeit einen tatsächlichen kommerziellen Nutzen für eigene Unternehmens-tätigkeit zu ziehen, wobei diese „eigene“ kommerzielle Aktivität allerdings auch die Weiterlizenzierung an andere verbundene Unternehmen sein kann.<sup>855</sup> Ferner konnte die aktive Entwicklungstätigkeit von den Teilnehmern des CCA an verbundene Unternehmen ausgegliedert werden, die selbst keine Teilnehmer des CCA sind und für ihre Entwicklungstätigkeit nur eine fremdübliche „service charge“ erhalten.<sup>856</sup> CCAs sind unter den OECD-Leitlinien 1995/2010 also zwischen rein passiven Gruppenunterneh-

---

<sup>847</sup> Vgl. OECD CFA DAF/CFE(97)27.

<sup>848</sup> Umsetzung in Deutschland durch BMF v. 30.12.1999, Schreiben betr. Grundsätze für die Prüfung der Einkünfteabgrenzung durch Umlageverträge zwischen international verbundenen Unternehmen, BMF I V B 4- S 1341-13/99, BStBl. I, 1122 ff.

<sup>849</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.6.

<sup>850</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.3.

<sup>851</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.3: „[I]n a CCA, each participant's proportionate share of the overall contributions to the arrangement will be consistent with the participant's proportionate share of the overall expected benefits to be derived under the arrangement.“

<sup>852</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.3.

<sup>853</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.4 und Tz. 8.6 („economically all the participants are co-owners“).

<sup>854</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.9 und ausf. Tz. 8.13 ff.

<sup>855</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.10.

<sup>856</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 8.12.

men möglich, die entsprechend ihrer vertraglichen Kostentragung anteilig „effective owners“ des entwickelten immateriellen Werts – mit all den Folgen für die Funktionsanalyse, die Verrechnungspreismethodenwahl und die entsprechende Residualgewinnallokation aus der operativen Nutzung dieses Werts – werden, dies auch dann, wenn sowohl die Entwicklungstätigkeit als auch die anschließende kommerzielle Verwertung vollständig durch andere gruppenangehörige Entitäten ausgeübt werden. So verwundert es nicht, dass CCAs oft ein Bestandteil von Steuergestaltungen sind.<sup>857</sup>

## **6. Das Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010**

### **a) Einleitung – Dynamik innerhalb des OECD Committee on Fiscal Affairs**

Der „fundamental review“<sup>858</sup> der Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes, den die Revision der OECD-Leitlinien im Jahr 1995 bedeutete, regte das OECD CFA dazu an, die Betriebsstättengewinnabgrenzung unter Art. 7 OECD-MA ebenfalls zu überdenken.<sup>859</sup> Insbesondere im Banken- und Versicherungssektor bereitete die Besteuerung der Gewinne aus Finanzprodukten, die immer größere Handelsvolumina erreichten, große Schwierigkeiten.<sup>860</sup> Die aus regulatorischen Gründen oft als Betriebsstätten strukturierten Bankniederlassungen zeigten die wirtschaftlich rationale Neigung, die buchhalterische Erfassung der Finanzprodukte und der entsprechenden Gewinne in Betriebsstätten zu zentralisieren, die einer niedrigen Besteuerung unterliegen. Das OECD CFA formulierte daraufhin die „Working Hypothesis“ (WH), wie weit der Ansatz getragen werden kann, (i) Betriebsstätten als „distinct and separate enterprise“ zu behandeln und (ii) die OECD-Leitlinien 1995 analog anzuwenden.<sup>861</sup> Dieser Ansatz versprach auch eine Lösung des ungelösten Problems der Abzugsfähigkeit von „notional royalties“, also der Lizenzgebührenverrechnung zwischen Stammhaus und Betriebsstätten bzw. zwischen Betriebsstätten ohne eine tatsächliche Realisa-

---

<sup>857</sup> Diese Strukturierung können U.S. Steuerpflichtige auch regelmäßig gegen Angriffe durch den IRS verteidigen, vgl. zuletzt und m.w.N. *Amazon v. Comm’r*, 148 T.C. No. 8. Zur Üblichkeit der Nutzung von Umlageverträgen durch deutsche Steuerpflichtige liegen keine öffentlichen Informationen vor. Vgl. a. *Benshalom*, Sourcing the „Unsourceable“: The Cost Sharing Regulations and the Source of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, 631 ff.

<sup>858</sup> Vgl. OECD CFA, Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2001, („OECD AOA Draft 2001“), Preface, Tz. 3.

<sup>859</sup> Vgl. OECD AOA Draft 2001, Preface, Tz. 3.

<sup>860</sup> Vgl. OECD AOA Draft 2001, Preface, Tz. 2, 4. Zur Herkunft des AOA aus dem Banken- und Versicherungssektor, in dem zunächst die Verwendung der „wichtigen“ Personalfunktionen als maßgeblicher Verteilungsfaktor in Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode erwogen wurde noch unten ausf., Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.a. sowie OECD, *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments: A Discussion Draft*, OCDE/GD(97)29, 1997.

<sup>861</sup> OECD AOA Draft 2001, Preface, Tz. 3.

tion („notional“), was zwischen kapitalimportierenden (die den Anzug verweigerten) und kapitalexportierenden Staaten (die die Verrechnung zuließen) kontrovers war. Das CFA konnte 2001 einen Discussion Draft vorlegen, der die Ergebnisse der WH zusammenfasst und bereits die Kernelemente des späteren AOA<sup>862</sup> enthielt.<sup>863</sup>

Das CFA gelangt in diesem Entwurf von 2001 zu der WH durch eine Interpretation des Art. 7 Abs. 1 OECD-MA, der die Rechte zur Besteuerung der „profits of an enterprise“ zwischen den Vertragsparteien verteilt.<sup>864</sup> Diese „profits“ könnten nun entweder die Gewinne aus der konkreten Tätigkeit, in die die Betriebsstätte eingebunden ist, sein („relevant business activity approach“), wodurch die Zuweisung von Gewinnanteilen an die Betriebsstätte auf einen Anteil an den tatsächlich realisierten Gewinnen beschränkt<sup>865</sup> und „notional royalties“ nicht verrechenbar wären, oder man hypothetisiert die Betriebsstätte als eigenständiges Unternehmen, das für die ausgeübten Funktionen diejenigen Gewinne zugeordnet bekommt, die Betriebsstätte in Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes hätte verdienen können, wenn sie ein unabhängiges Unternehmen wäre, das dieselben oder vergleichbare Funktionen unter denselben oder vergleichbaren Umständen ausübt („functionally separate entity approach“), wodurch auch unrealisierte Gewinnanteile bei der Quellenbesteuerung berücksichtigt werden können;<sup>866</sup> Letzterem gab die OECD den Vorzug.<sup>867</sup>

---

<sup>862</sup> Vgl. OECD Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2008, Preface, Tz. 5.

<sup>863</sup> Vgl. OECD AOA Draft, Preface, Tz. 5: „The process of testing the WH is not finished and there is not a consensus on how the WH would be applied in practice in certain situations. The WH would also be revised in the light of any particular problems that emerge from the testing process. Nevertheless, sufficient progress on developing an agreed WH has been made for the Committee on Fiscal Affairs to authorise the release of a discussion draft for public comment.“

<sup>864</sup> Vollständig lautete Art. 7 Abs. 1 OECD-MA in der 2001 gültigen Fassung: „The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but *only so much of them as is attributable to that permanent establishment.*“

<sup>865</sup> Vgl. ausf. zum „relevant business activity approach“ OECD AOA Draft, Part I, Tz. 14 ff.

<sup>866</sup> Vgl. OECD AOA Draft, Part I, Tz. 22 f. Indes scheint der „functionally separate entity approach“ *nur* eine Auslegung des Art. 7 Abs. 1 S. 2 OECD-MA zu sein, während der „relevant business activity approach“ *auch* eine Auslegung des Art. 7 Abs. 1 S. 1 OECD-MA bedeutet, was die OECD als Auslegungsziel angibt.

<sup>867</sup> Vgl. ausf. zu den dabei durchgreifenden Erwägungen OECD AOA Draft, Part I, Tz. 32. Die OECD hätte dabei die Probleme des „relevant business activity approach“ stärker betonen können (im Ansatz a.a.O. Tz. 17), nicht nur die praktischen Ermittlungsschwierigkeiten. Jede Ergebniskonsolidierung läuft Gefahr, die Quellenbesteuerung zugrundeliegende Idee der „economic allegiance“ zu verletzen, weil keine individuelle Funktionsvergütung erreicht wird, *wenn* das Gesamtergebnis eines Unternehmens konsolidiert und international verteilt wird; die Quellenstaaten werden gleichsam zu Teilhabern am Ergebnis des Gesamtkonzerns, nicht an der *Wirtschaftsaktivität in ihrem Hoheitsgebiet*.

Die Operationalisierung des „functionally separate entity approach“ erforderte in einem ersten Schritt die Hypothesierung der Eigenständigkeit der Betriebsstätte.<sup>868</sup> Dies erfordere eine „functional and factual analysis [...] in order to determine the functions of the hypothesised distinct and separate enterprise and the economically relevant characteristics (both “internal” and “external” conditions) relating to the performance of those functions<sup>869</sup>“. Da die Betriebsstätte keine vom Stammhaus gesonderten rechtlichen Positionen innehaben oder eigenständig Vertragspartei werden kann, musste für diese „functional and factual analysis“ ein Surrogat geschaffen werden, um die Funktionsanalyse zur Zuordnung von Wirtschaftsgütern und Risiken durchführen zu können.<sup>870</sup> Daher seien im Regelverfahren jeder Betriebsstätte diejenigen (immateriellen<sup>871</sup>) Wirtschaftsgüter zuzuordnen, die sie im Rahmen der Ausübung ihrer Funktionen einsetzt,<sup>872</sup> sowie diejenigen Risiken, die den ausgeübten Funktionen inhärent sind,<sup>873</sup> durch diese geschaffen werden oder einen direkten Bezug zu den Aktivitäten der Betriebsstätte aufweisen.<sup>874</sup> Für Bankbetriebsstätten sollten bei dieser Verknüpfung von Wirtschaftsgütern und Risiken mit den ausgeübten Funktionen die in der Betriebsstätte ausgeübten Personalfunktionen maßgeblich sein,<sup>875</sup> ein Ansatz aus dem sich im Weiteren der „significant people functions approach“ entwickelte, der im AOA ab 2008 Teil des Regelverfahrens zur Identifikation der ausgeübten Funktionen wurde<sup>876</sup> und für Bankbetriebsstätten etwas enger als „key entrepreneurial risk-taking

---

<sup>868</sup> Vgl. OECD AOA Draft, Part I, Tz. 41, 44 ff.

<sup>869</sup> OECD AOA Draft, Part I, Tz. 45.

<sup>870</sup> Vgl. OECD AOA Draft, Part I, Tz. 47 ff.

<sup>871</sup> Ausf. zu den Besonderheiten OECD AOA Draft, Part I, Tz. 109 ff.

<sup>872</sup> Vgl. OECD AOA Draft, Part I, Tz. 55: „[T]he facts and circumstances must be examined in order to determine the extent to which the assets of the enterprise are used in the functions performed by the PE. To the extent that assets are used in the functions performed by the PE, the use of those assets should be taken into account in attributing profit to the functions performed by the PE. Assets of the enterprise that are not used by the PE should not be taken into account for the purposes of attributing profits to the PE. Although a tax examiner will normally start with the branch accounts, it may be that some assets used by the PE have not been recorded in those accounts, but should be taken into account for the purposes of attributing profits. For this, and other reasons (e.g. because of the lack of legally binding contractual relationships between different parts of the same enterprise), it is particularly important for a taxpayer to document the methodology used to attribute profits to a PE.“

<sup>873</sup> Vgl. Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1. zu Überlegungen des U.S. White Paper diesen Ansatz bei verbundenen Unternehmen anzuwenden, es indes nicht in die Treasury Regulations 1994 geschafft hatte.

<sup>874</sup> Vgl. i.Einz. OECD AOA Draft, Part I, Tz. 56 ff.

<sup>875</sup> Vgl. OECD AOA Draft, Part II, Tz. 32

<sup>876</sup> Vgl. OECD AOA, 2008, Part I, Tz. 16 ff., insb. Tz. 18 f.: „As it is not possible to use a legal analysis as the required mechanism, another solution must be sought. After careful consideration, the OECD decided that a functional analysis should be used, as this concept underpins the application of the arm’s length principle under Article 9 and there is already considerable guidance on how to conduct this analysis in the Guidelines. However, in order to address the issues created by the fact that legally the assets, risks, capital, and rights and obligations arising out of transactions with separate enterprises belong to

approach“ (KERT)<sup>877</sup> formuliert wurde. Als „significant“ wurden dabei Management- und Kontrollfunktionen eingeschätzt,<sup>878</sup> wodurch sich gegenüber dem „inherent risk approach“ der WH 2001 zwar wieder eine Trennbarkeit von ausführenden Unternehmensfunktionen und der Allokation von wirtschaftlichem Eigentum und Risiken sowie eine gewisse Bevorzugung von kapitalexportierenden Staaten durch die ohne operative Radizierung von immateriellen Werten und Risiken eher mögliche Steuerung der residualen Gewinnallokation bei der analogen Anwendung der OECD-Leitlinien 1995 („Step 2“ des AOA) ergab, jedoch ein Zuordnungskonzept geschaffen wurde, das nicht mehr allein die buchhalterische Erfassung durchgreifen lässt, sondern, wie ein Substanzerfordernis, die Maßgeblichkeit der Buchungen durch den Steuerpflichtigen von weiteren, aktiven Voraussetzungen abhängig macht, die ihre Rechtfertigung in einer Vorstellung von „echter“ Wirtschafts- und Wertschöpfungstätigkeit fand.<sup>879</sup>

### **b) Verlauf des Prozesses zur Ergänzung der OECD-Leitlinien 1995**

Die Bedeutung der Entwicklung des AOA und des bereits im Jahr 2001 erreichten Fortschritts für das originäre Verrechnungspreissystem unter Art. 9 OECD-MA ergab sich nun aus Folgendem: Das System der OECD-Leitlinien 1995 basierte, wie darge-  
tan, maßgeblich auf vertraglichen Positionen, die von Unternehmensgruppen – ebenso wie die buchhalterische Erfassung von Wirtschaftsgütern und Gewinnen im Betriebsstättenfall – gesteuert werden können. Die Risiko- und Funktionsanalyse respektierte diese Allokationen regelmäßig und knüpfte an diese Allokationen durch die Vergleichbarkeitsanalyse und die Methodenwahl eine quasi-elektive Residualgewinnallokation. Unternehmensgruppe stand es dadurch fast völlig frei, die Funktionen der loka-

---

the enterprise as a whole rather than to any one part of the enterprise and that there is no legal transaction between different parts of a single entity, it proved *necessary to supplement the functional analysis of Article 9*. Accordingly, the authorised OECD approach attributes to the PE those risks for which the significant functions relevant to the assumption and/or management (subsequent to the transfer) of risks are performed by people in the PE and also attributes to the PE economic ownership of assets for which the significant functions relevant to the economic ownership of assets are performed by people in the PE. [...]The significant people functions relevant to the assumption of risk and the significant people functions relevant to the economic ownership of assets will vary from business sector to business sector (e.g. such functions are unlikely to be the same for an oil extraction company and a bank) and from enterprise to enterprise within sectors (e.g. not all oil extraction companies or all banks are the same). It should be stressed that a particular enterprise may have one or more significant people functions relevant to the assumption of risk and to the economic ownership of assets, each of which has to be taken into account in the above analysis. The extent of the overlap between the significant people functions relevant to the assumption of risk and the significant people functions relevant to the economic ownership of assets will also vary from business sector to business sector and from enterprise to enterprise within sectors.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>877</sup> Vgl. OECD AOA, 2008, Part I, Tz. 19, und ausf. Part II, Tz. 9 ff.

<sup>878</sup> Vgl. zu wirtschaftlichem Eigentum an immateriellen Werten OECD AOA, Part I, Tz. 114 ff.

<sup>879</sup> Zur Bedeutung des strategischen Personals noch ausf. unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

len Entitäten durch die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach Belieben als Routine- oder Entrepreneurfunktionen darzustellen. Während der Diskussionsentwurf der Working Hypothesis im CFA zum Authorised OECD Approach fortentwickelt wurde, bereitete diese Gestaltbarkeit der Risiko- und Funktionsanalyse nach den Maßgaben der OECD-Leitlinien 1995 mit ihren drastischen Konsequenzen den Steuerverwaltungen der OECD-Staaten zunehmend Unbehagen. Im Januar 2005 identifizierte der 2nd CTPA Roundtable daher das Phänomen der „Business restructurings“, d.h. der konzerninternen grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Risiko- und Funktionszuweisungen (Funktionsverlagerungen), als Folgeproblem der quasi-elektiven Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes.

„A common pattern clearly emerged with businesses, regardless of their products or sectors, increasingly reorganizing their structures to provide more centralized control and management of manufacturing, research and distribution functions. The pressure of competition in a globalized economy, savings from economies of scale, the need for specialization and the need to increase efficiency and lower costs were all clearly important driving business restructuring. The *changes in the business model typically consisted of “stripping out” functions, intangible assets and risks which were previously integrated in local operations and transferring them to more centralized and specialized regional or global units.* In the view of the business representatives, tax considerations by themselves were generally not the principal motivating factors for the restructurings, though tax considerations clearly played a role in the way in which the details of the revamped operations were set up. From the perspective of the host country tax administrators, they were *generally seeing reduced profits being generated in their jurisdictions as a result of the changes in the business models.*<sup>880</sup>”

Das CFA identifizierte vier Fragen, die bei der Betrachtung solcher Fallkonstellationen zu trennen sind: Erstens, ob eine Änderung der Risiko- und Funktionsstruktur, die einen gegenüber vorausgegangenen Veranlagungszeiträumen abweichenden Gewinnausweis rechtfertig, tatsächlich erfolgt ist, was faktisch schwer feststellbar sein könne; zweitens, wie die Umstrukturierung selbst steuerlich zu behandeln ist, insbesondere, ob die lokale, umstrukturierte Entität immaterielle Werte geschaffen hat und deren Übertragung die Teil der Transaktion wurde, eine Feststellung, die sowohl eine klare Definition des immateriellen Werts für Verrechnungspreiszwecke als auch ein klares Zuordnungskonzept voraussetzt; drittens, wie die umstrukturierte („new, more limited functions“) Entität künftig steuerlich zu behandeln ist, insbesondere welche Verrech-

---

<sup>880</sup> Vgl. den Konferenzbericht der OECD, 2nd Annual Centre for Tax Policy and Administration Roundtable: Business Restructuring, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/2ndannualcentrefortaxpolicyandadministrationroundtablebusinessrestructuring.htm>

nungspreismethode auf der Grundlage der „neuen“ Funktionsanalyse anzuwenden ist, wobei die Frage einer sachgerechten Residualgewinnallokation ausdrücklich gestellt wurde;<sup>881</sup> viertens, aber letztlich aus dem Prozess ausgegliedert, kam einmal mehr die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen „the activities of a limited function entity“ für Steuerzwecken als Betriebsstätten angesehen werden könnten.<sup>882</sup> Alle Fragen, außer der letzten, sind unmittelbar mit der Behandlung von immateriellen Werten durch das internationale Verrechnungspreissystem verbunden und erforderten grundlegende, konzeptionelle Betrachtungen dieses Systems. Das OECD CFA delegierte diese Untersuchung an eine Joint Working Group (JWG), deren Die Besonderheit in ihrer Zusammensetzung bestand: Neben der für Verrechnungspreise „eigentlich“ zuständigen OECD Working Party No. 6 waren – (offiziell) wegen der aufgeworfenen Betriebsstättenfragen – auch Mitglieder der OECD Working Party No. 1, in der seit 2001 die WH weiterentwickelt wurde, in der JWG vertreten. Bis das CFA die Betriebsstättenfragen 2007 aus dem Prozess ausgliederte, war diese JWG zuständig; 2008 konnte das CFA einen in vier sog. Issues Notes gegliederten Entwurf vorlegen, der zusätzlich zu den aufgeworfenen Fragen die Möglichkeiten zur Nichtanerkennung und Recharakterisierung von Geschäftsbeziehungen aufgriff.<sup>883</sup> Darin kam zum Ausdruck, dass Steuerverwaltungen es grundsätzlich anzweifeln, dass erfolgsentscheidende immaterielle Werte zwischen fremden Dritten gehandelt werden (sog. „crown jewels“-Debatte<sup>884</sup>).

Die *Issues Note No. 1* elaboriert die Risikoallokationsregeln des Kapitels I, insbesondere die Maßgaben der Tz. 1.26-1.29 der OECD-Leitlinien 1995, wodurch nach An-

---

<sup>881</sup> Vgl. Konferenzbericht der OECD, 2nd Annual Centre for Tax Policy and Administration Roundtable: Business Restructuring, a.a.O.: „A more *difficult conceptual issue* is the relation between the profitability of the “stripped” entity and the prior profitability of the “full fledged” operation. Assuming that all of the identified functions of the limited function entity have been adequately compensated, *what has happened to any “excess” profit which was previously earned by the full fledged entity?* In part, this may have to be accounted for by focusing on any intangibles transfers which took place at the time of the restructuring. Beyond this, however, *what may in fact be involved is some kind of sharing in the economic rent generated by the prior participation in the overall activities of the group which is now not available to the limited function entity. How to account for this “industrial organization” intangible is not clear and is an issue which must be considered further as it has important implications for all of the transfer pricing work.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>882</sup> Vgl. zu diesem Dauerproblem des internationalen Steuerrecht unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.II.

<sup>883</sup> Vgl. zum Ganzen OECD Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings, 2008, Preface, S. 2.

<sup>884</sup> Vgl. zunächst OECD Draft 2008, Tz. 216: „Some countries however consider that the sale of “crown jewels” such as valuable trade names is so detrimental to the seller that it would not be possible to arrive at an appropriate price and that *accordingly it would be unlikely to occur at arm’s length*, unless it could be demonstrated that a company had decided to exit a particular business or the seller has no option realistically available to it. *These countries consider that if the company continues in the business, there is no commercial logic in this divestment which is represented as being driven by the group policy. For these countries, if the arm’s length principle were applied, the group perspective would not feature.*”

sicht der OECD „general guidance on the allocation of risks between related parties“ mit „significance [...] beyond business restructurings<sup>885</sup>“ entstand. Die Issues Note No. 1 führte dabei zu einer systematischen Neuausrichtung des Fremdvergleichsgrundsatzes durch die Betonung der Substanzerfordernisse bei vertraglichen Risikoallokationen. Vertragliche Abreden sollten daher fortan nur noch als sog. „starting point“ der Funktionsanalyse zu betrachten sein, nicht als quasi-maßgeblich für die Zuordnung von Risiken, ferner auch die Üblichkeit der Risikoallokation und hypothetisches Idealverhalten berücksichtigt werden können, bei der erforderlichen Feststellung

*„whether the contractual terms provide for an arm’s length allocation of risks. Where reliable data evidence a similar allocation of risk in contracts between comparably situated independent parties, then the contractual risk allocation between the related parties is regarded as arm’s length. Furthermore, the mere fact that independent enterprises do not allocate risks in the same way as a taxpayer in its controlled transactions is not sufficient for not recognising that risk allocation. Where no comparables exist to support a contractual allocation of risk between related parties, it becomes necessary to determine whether that allocation of risk is one that might be expected to have been agreed between independent parties in similar circumstances. One factor that can assist in this determination is the examination of which party(ies) has (have) control over the risk. “Control” in this context should be understood as the capacity to make decisions to take on the risk ( decision to put the capital at risk) and decisions on whether and how to manage the risk, internally or using an external provider. This would require the company to have people – employees or directors – who have the authority to, and effectively do, perform these control functions. When one party bears a risk, the fact that it hires another party to administer and monitor the risk on a day-to-day basis is not sufficient to transfer the risk to that other party.<sup>886</sup>“*

Das Erfordernis, in Abwesenheit von Vergleichswerten – also in allen Fällen, in denen durch wirtschaftliche Besonderheiten die Transaktion internalisiert und daher nicht am Markt beobachtet wird – anhand von Faktoren wie der Kontrolle über Risiken festzustellen sei zu ermitteln, ob fremde Dritte die Risikoallokation vereinbart hätten, anstatt (sofort) eine hypothetische Verrechnungspreismethode anzuwenden, führt zu einer Zusammenführung von Personalfunktionen und Risikoallokation ähnlich dem AOA, wenn die Wertschöpfung zwischen verbundenen Unternehmen konzernspezifische Gestaltungsmöglichkeiten nutzt – *ergo* keine Vergleichswerte –, und dadurch (wirtschaftlich valide) zu einer Betrachtung der Gesamtwertschöpfung der verbundenen Unternehmen ähnlich einer einheitlichen Unternehmung. Aus Sicht der internationalen Gewinnalloktion bedeutete dies, dass das „Entrepreneurship“ nicht (länger) ohne Wei-

---

<sup>885</sup> OECD Draft 2008, Tz. 18.1.

<sup>886</sup> OECD Draft 2008, Tz. 18.1.

teres in funktionsarmen Entität gepoolt werden kann, sondern mit „echten“ Wirtschaftsaktivitäten verbunden und über den Gesamtkonzern verteilt wird.

Die *Issues Note No. 2*, die sich der Steuerfolgen der Umstrukturierung selbst widmet, wurde um den wichtigsten und schwierigsten Teil erleichtert als die Revision der (i) Definition immaterieller Werte und (ii) des Systems zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an diesen sowie (iii) ihrer Bewertung im Übertragungsfall in ein gesondertes Revisionsverfahren ausgegliedert wurden, das im Anschluss an die Revision der Leitlinien 2010 begonnen und vor dem Abschluss in die BEPS-Initiative inkorporiert wurde. Eine gewisse Vorprägung erhielt dieser Revisionsprozess durch die Weite der Definition der in Umstrukturierungen möglicherweise übertragenen Werte als jeder „transfer of something of value“<sup>887</sup>, eben nicht nur Rechteübertragungen.

Die *Issues Note No. 3* betrifft die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die funktionsumstrukturierte Entität nach erfolgter Umstrukturierung. Der Fremdvergleichsgrundsatz solle zwar „post-restructuring“ nicht anders arbeiten als zuvor, aber doch im Rahmen der Funktionsanalyse die faktischen Besonderheiten aufgreifen, die sich aus der ursprünglichen Strukturierung als „full-fledged entity“ und der Umstrukturierung gegenüber bereits anfänglich als „limited functions/assets/risks“ strukturierter Entitäten ergeben können.<sup>888</sup> Betont wurde ferner das seit 2006 parallel laufende Projekt zur Überarbeitung der Anwendung der Gewinnmethoden, das im Kern den Ausnahmecharakter der Gewinnmethoden aufheben und zu einem größeren Gewicht auf die Stärken und Schwächen der jeweiligen Methoden führen werde.<sup>889</sup> So wurde „tentatively concluded that the transactional profit split method may be found to be the most reliable method in cases where there are significant non-benchmarkable contributions (e.g. unique intangible assets) by each party to a controlled transaction, as in such cases there might be no or insufficiently reliable comparable data to apply a traditional transaction method or a transactional net margin method and because in such cases the use of a one-sided method might not be appropriate.“ Dies kann zu einer Anwendung eines „profit splits“ nach der Umstrukturierung führen, wenn die lokale Entität infolge der Maßgabe der *Issues Note No. 1* weiterhin z.B. strategische, „non-benchmarkable“ Risiken kontrolliert oder spezifisches Know-how in der lokalen Enti-

---

<sup>887</sup> Vgl. OECD Draft 2008, Tz. 18.2.

<sup>888</sup> Vgl. i.Einz. OECD Draft 2008, Tz. 134 ff.

<sup>889</sup> Vgl. OECD Draft 2008, Tz. 128. Dazu noch unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.

tät radiziert verbleibt.<sup>890</sup> Der Unterschied in der ausgewiesenen Gewinnspanne vor und nach der Umstrukturierung kann eine faktische Hilfe dabei sein, die maßgeblichen „value drivers“ der Wertschöpfungskette zu verstehen und angemessen zu berücksichtigen. Zuletzt wurden in der Issues Note No. 3 erstmals – möglicherweise durch die Teilnahme der Volksrepublik China an den Verhandlungen<sup>891</sup> – etwaige „Location savings“ erwähnt; diese seien wie unter fremden Dritten üblich zu verteilen.<sup>892</sup>

Die *Issues Note No. 4* enthält eine Konkretisierung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Geschäfte der OECD-Leitlinien 1995, insbesondere „some important notions“<sup>893</sup> dazu, wann die „exceptional circumstances“ der Tz. 1.36 ff. OECD-Leitlinien 1995 vorliegen, die es einer Steuerbehörde erlauben, die vom Steuerpflichtigen implementierte Geschäftsbeziehung nicht anzuerkennen und für Verrechnungspreiszweck zu recharakterisieren. Dies bedeutet eine Auseinandersetzung mit der Maßgeblichkeit der vertraglichen Abreden in der Funktionsanalyse. Die Issues Note No. 4 betont dabei den Ausnahmecharakter der Recharakterisierung der Transaktionsstruktur und beschränkt den Anwendungsbereich auf Fälle, in denen die „fundamental nature“ der Transaktion streitig ist.<sup>894</sup> Im Anwendungsbereich der Recharakterisierung ermögliche Art. 9 OECD-MA allerdings „an adjustment of conditions to reflect those which the parties would have attained had the transaction been structured in accordance with the economic and commercial reality of parties dealing at arm's length.“<sup>895</sup> Dadurch ist die Recharakterisierung zwar nicht dasselbe wie die Ermittlung des wahren Transaktionsinhaltes, durch die an Marktüblichkeiten ausgerichteten Substanzerfordernissen bei dieser Ermittlung besteht aber eine gewisse Ähnlichkeit.<sup>896</sup>

### **c) Ergänzung der OECD-Leitlinien um das Kapitel IX 2010**

Auf der Grundlage dieser vier Issues Notes, die maßgeblich zwischen 2005-2007 von der JWG parallel zur Erarbeitung des AOA entworfen wurden, konnte ein neues Kapitel IX verfasst und durch Beschluss vom 22.06.2010 vom CFA angenommen werden.<sup>897</sup> Das Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 behält die Gliederung in vier Prob-

---

<sup>890</sup> Vgl. i.Einz. OECD Draft 2008, Tz. 159 ff.

<sup>891</sup> Vgl. 2<sup>nd</sup> CTPA Rountable, a.a.O. sowie OECD Draft 2008, Tz. 1.

<sup>892</sup> Vgl. i.Einz. OECD Draft 2008, Tz. 188 ff.

<sup>893</sup> OECD Draft 2008, Tz. 18.3.

<sup>894</sup> Vgl. OECD Draft 2008, Tz. 18.3. sowie ausf.er Tz. 205 ff.

<sup>895</sup> OECD Draft 2008, Tz. 18.3.

<sup>896</sup> Vgl. zur Abgrenzung OECD Draft 2008, Tz. 35 ff. sowie OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.34 ff.

<sup>897</sup> Vgl. OECD CFA vom 22.06.2010, CTPA/CFA(2010)46.

lemschwerpunkte bei und verklammert diese durch allgemeine Erwägungen zu Begriff und Hintergrund der „Business restructurings“, die die grundsätzliche Bedeutung des Projektes deutlich machen, wenn man sie sorgfältig liest. Demnach sei seit Mitte der 1990er Jahre, also seit Annahme der OECD-Leitlinien 1995 mit ihrer starken Ausrichtung an vertraglichen Positionen, eine Zentralisierung von immateriellen Werten und Risiken und des mit ihnen zusammenhängenden Gewinnpotentials zu beobachten, insbesondere seien die Konversion von „full-fledged distributors to limited-risks distributors“, von „full-fledged manufactures to contract-manufacturers“ oder die Übertragung von immateriellen Werten an eine zentrale „IP-company“ typische Gestaltungsvarianten.<sup>898</sup> Die Verrechnungspreisbestimmung sei in diesen Fällen schwierig, weil sie offenlegen, wie problematisch die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes und seiner Grundlagen in modernen Konzernstrukturen sein kann.

„The implementation of integrated business models and the development of global organizations, where they are done for bona fide commercial reasons, *highlight the difficulty of reasoning in the arm's length theoretical environment* which treats members of an MNE group as if they were independent parties.<sup>899</sup>“

Das Kapitel IX sei vor diesem Hintergrund konzeptioneller Probleme entworfen worden und strebe Lösungen an, die „realistic and reasonably pragmatic“<sup>900</sup> sind. Während die vier Issues Notes nahezu unverändert in das Kapitel IX übernommen wurden, wurde auch versucht, die Revision vom AOA abzugrenzen – das Kapitel IX sei „independently from the Authorised OECD Approach“<sup>901</sup> entwickelt worden; es wurde deutlicher vor den Gefahren zu weitgehend verstandener Substanzanforderungen gewarnt, also die Maßgeblichkeit abgeschlossener Verträge tendenziell verteidigt;<sup>902</sup> die Kontrollerfordernisse der Substanzanforderungen seien nicht darauf gerichtet, ein System zu errichten, nach dem Risiken den Personalfunktionen stets folgen, daher bestünden Unterschiede zum AOA;<sup>903</sup> ferner wurden die Ausführungen zur „financial capacity to assume the risk“ konkretisiert, wodurch die Verknüpfung der Substanzanforde-

---

<sup>898</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.2.

<sup>899</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.6.

<sup>900</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.6.

<sup>901</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.7.

<sup>902</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.20.

<sup>903</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.21; die Definition der Kontrolle wurde gleichwohl unverändert aus der *Issues Note No. 1* übernommen, vgl. OECD Draft 2008, Tz. 20 sowie OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.23, der Verweise auf die „people functions“ nicht grundsätzlich geschwächt.

rungen mit den vertraglichen Abreden herausgehoben wird, also der Fokus wieder etwas mehr auf den Ausnahmecharakter der Substanzerfordernisse fällt.<sup>904</sup>

Gleichwohl bleibt es bei dem Anspruch des *Part I* des Kapitels IX „general guidance on risks“ im Sinne des Kapitels I zu geben,<sup>905</sup> wodurch die Revision starke Implikationen für alle Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werte, die durch ein hohes Risikopotential geprägt sind, hat; weitere Folgen ergeben sich aus der generellen Tendenz, die durch diese Revision Einzug in die OECD-Leitlinien 2010 hielt, Substanzerforderung in Form von Personalfunktionen bei der Zuordnung von passiven Produktionsfaktoren durchgreifen zu lassen.<sup>906</sup> Auch der *Part II* basierte weitestgehend auf der Issues Note No. 2, enthält aber einige sprachliche und inhaltliche Konkretisierungen, die Auskunft über die Gesamtkonzeptionierung des Fremdvergleichsgrundsatzes der OECD-Leitlinien 2010 geben: Insbesondere wurde der Bezugspunkt der Transaktion als „something of value“<sup>907</sup> bei der Ermittlung des Transaktionsinhaltes zur Beurteilung des Umstrukturierungsvorgangs gestärkt. Diese Stärkung legt größeres Gewicht auf die möglichen Übertragungen von ungeschützten immateriellen Werten durch die Funktionsverlagerung,<sup>908</sup> die der 2nd CTPA Roundtable 2005 als schwieriges faktisches und dogmatisches Problem identifiziert hatte.<sup>909</sup> Damit verbunden war eine gewisse Konkretisierung der Diskussion um die Verlagerung von Gewinnpotentialen als „something of value“ gegenüber dem Entwurf von 2008<sup>910</sup> und die Übernahme der Vergütungspflichtigkeit der Übertragungen von „going concern values“ in das Kapitel IX.<sup>911</sup> *Part II* gibt indes keinen Aufschluss über die wirtschaftlichen Zuordnung des

---

<sup>904</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.29 ff.

<sup>905</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.10.

<sup>906</sup> Vgl. zur Fortsetzung dieser Tendenz durch den 2012 OECD Intangibles Draft, ausf. unten Kapitel II, Abschnitt II, C.II.

<sup>907</sup> OECD-Draft 2010, Tz. 9.48 gegenüber OECD Draft 2008, Tz. 46.

<sup>908</sup> Vgl. i.Einz. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.80 ff.

<sup>909</sup> Konferenzbericht der OECD, 2nd Annual Centre for Tax Policy and Administration Roundtable: Business Restructuring, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/2ndannualcentrefortaxpolicyandadministrationroundtablebusinessrestructuring.htm>: „In some cases, the local operation will have developed valuable intangibles which are in effect transferred in the restructuring to other members of the group. This could arguably involve, for example, the switch from a full fledged distributor to a commissionaire, where marketing intangibles, goodwill, clientele, and the like are involved (but there is not one single view on this issue). In the case of a change from full fledged to contract or toll manufacturing, there might be a transfer of process intangibles developed locally. In addition, initial costs may have been incurred which have not yet been fully recovered. In these cases, it will be necessary to identify whether in effect an intangible is being transferred and where this is the case what is the transferred value to quantify its appropriate remuneration.“

<sup>910</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.65 ff. gegenüber OECD Draft 2008, Tz. 63 f.

<sup>911</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.93 ff., OECD Draft 2008, Tz. 93 ff. sowie bereits oben Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6..

„something of value“ an eine Entität der Gruppe. Der *Part III* des Kapitels IX wurde mit den Ergebnissen des eigenständigen Revisionsprozesses zur Anwendung der Gewinnmethoden abgestimmt und zeigt daher in der Strukturierung einige Abweichungen zur Issues Note No. 3. Inhaltlich scheint *Part III* wieder deutlicher von einem Vorrang der Standardmethoden auf der Grundlage von Vergleichswerten geprägt<sup>912</sup> und der mit diesen einhergehenden „one-sided analysis“.<sup>913</sup> Der *Part IV*, der die Issues Note No. 4 umsetzt, betont nochmals etwas mehr den Ausnahmecharakter der Recharakterisierungen<sup>914</sup> und die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge, auch in Fällen, in denen keine Vergleichswerte ermittelt werden können.<sup>915</sup>

## **7. Zusammenfassung des Konzepts der OECD-Leitlinien 1995/2010 zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten**

Das Gesamtsystem der OECD-Leitlinien 1995/2010 zur internationalen Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten kann wie folgt zusammengefasst werden: Der Fremdvergleichsgrundsatz des internationalen Rechts setzt den „separate entity approach“ um, demzufolge Steuerbehörden zu Gewinnberichtigungen ermächtigt sind, wenn verbundene Unternehmen in ihren kommerziellen oder finanziellen Beziehungen andere Bedingungen zugrundelegen als zwischen fremden Dritten in vergleichbaren Umständen vereinbart worden wären. Dies entspreche der Behand-

---

<sup>912</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.133 ff. gegenüber OECD Draft 2008, Tz. 142 ff.

<sup>913</sup> So haben es die Ausführungen zur Unterscheidung von „one-sided methods“ und „one-sided analysis“ nicht ins Kapitel IX geschafft. Im OECD Draft 2008 hieß es in Tz. 148 f.: „When applying a one-sided method, it is not necessary to examine a financial indicator for the non-tested party. However, as discussed by the OECD in the context of its current review of profit methods, a functional analysis must always be performed in order to appropriately characterize the transaction between the parties and choose the most appropriate transfer pricing method, and this functional analysis generally necessitates that some qualitative, non financial information be collected on both the tested and the non-tested parties. In other words, choosing a one-sided method does not mean that only a one-sided analysis can be performed. In business restructuring situations, *this implies that even in the cases where a one-sided method is applied to transactions between a restructured entity and a foreign related party (e.g. a foreign principal), information on the activities of the latter (i.e. of the non-tested party) is needed to support the functional analysis of the controlled transactions and to support the choice of the most appropriate transfer pricing method.* This is important given that questions often arise as to the nature and extent of the activities of a foreign related party that benefits from the transfer by the tested party of functions, assets and risks with the associated profit.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>914</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.168 ff. gegenüber OECD Draft 2008, Tz. 205 ff., sowie die in OECD Draft 2008 Tz. 194 noch enthaltene Skepsis: „This note discusses some important notions in relation to the application of that existing guidance in the context of business restructurings. *It does not discuss whether such existing guidance provides a satisfactory outcome* and does not attempt to propose any amendments to the existing guidance other than clarification of said existing guidance.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>915</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.164 ff. gegenüber OECD Draft 2008, Tz. 197 ff. Insbesondere wurde die einleitende Wendung der Tz. 199 (2008) in Tz. 9.166 (2010) entfernt: „Paragraphs 1.26 to 1.29 of the TP Guidelines provide guidance on the possibility for a tax administration to challenge non-arm’s length contractual terms.“

lung der verbundenen Unternehmen als „separate entities“ im Gegensatz zur deren Behandlung als „inseparable parts of a single unified business“<sup>916</sup>, die durch die globale Formularaufteilung angestrebt werde. Infolgedessen ist die Vergleichbarkeitsanalyse zentral für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes. Diese besteht aus einer fünfgliedrigen Prüfung interner und externer Parameter der Geschäftsbeziehung, wobei der wichtigste Prüfungsbestandteil die Funktionsanalyse ist. Diese erfordert es, die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken den jeweiligen Transaktionsparteien wirtschaftlich zuzuordnen. Insbesondere der wirtschaftlichen Zuordnung der immateriellen Werte und strategischen Risiken („non-benchmarkable factors“) kommt eine überragende Bedeutung für die Anwendung der im Einzelfall sachgerechten Verrechnungspreismethode zu. Diese wirtschaftliche Zuordnung und die Wahl der Verrechnungspreismethode entscheiden – als Reflex bei der Anwendung der einseitigen Verrechnungspreismethoden bzw. unmittelbar bei der Anwendung der zweiseitigen Verrechnungspreismethoden entlang der relativen Wertschöpfungsbeiträge – die Allokation der Erträge aus immateriellen Werten und bedeutet eine faktische Attraktion des Residualgewinns der Unternehmensgruppe. Die Zuordnung der immateriellen Werte an eine Entität folgt dabei – vergleichbar der U.S. „Developer-assisters rule“ – weitgehend der Kosten- und Risikotragung der Entwicklung des immateriellen Wertes. Diese Kosten- und Risikotragung ergibt wiederum sich aus den abgeschlossenen Verträgen zwischen den verbundenen Unternehmen, wobei für die vertragliche Risikoallokation Substanzerfordernisse bestehen, deren Inhalt und Reichweite zunächst unklar waren, aber durch die Revision der OECD-Leitlinien 2010 an Deutlichkeit gewonnen haben. Neben dieser Ermittlung des Transaktionsinhaltes besteht in Ausnahmefällen die Möglichkeit zur Recharakterisierung einer Risiko- und Funktionsverteilung. Die Ansicht, dass eine solche stets bei der Übertragung der erfolgsentscheidenden immateriellen Werte (sog. „crown jewels“) durchzuführen ist, konnte sich indes nicht durchsetzen. Die Definition des immateriellen Werts für Verrechnungspreiszwecke, die Formulierung eines ausdrücklichen Zuordnungssystems für diese Werte und die Einzelheiten zur Bewertung im Übertragungsfall war –was die OECD einräumte – in den OECD-Leitlinien 1995/2010 nur unzureichend geregelt, wurde aber ab 2010 zum Gegenstand eines eigenständigen Revisionsverfahrens.<sup>917</sup>

---

<sup>916</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.3 bzw. 2010, Tz. 1.6.

<sup>917</sup> Dazu sogleich.

Aus akademischer Sicht muss dieses Gesamtsystem als problematisch und inkonsistent bezeichnet werden. Es basiert auf dem Versuch, die individuellen Wertschöpfungsbeiträge der einzelnen Entitäten einer Unternehmensgruppe durch Übertragung von Marktanalogen zu ermitteln und den derart ermittelten Gewinn den beteiligten Jurisdiktionen zur Besteuerung zuzuweisen. Damit wird im Ansatz zwar die „economic allegiance“ gewerblicher Einkünfte operationalisiert; die Übertragung der Marktanalogen auf internalisierte Transaktionen führt indes zu einer Ermittlung des Wertes der individuellen Wertschöpfungsbeiträge, die nicht dem wahren, internen Wertschöpfungsgehalt der ausgeübten Funktionen entspricht; interne Routinefunktionen wie das Eigentum an immateriellen Werten und vertragliche Kosten- und Risikotragungsverpflichtungen (ohne Berücksichtigung der gruppeninternen Refinanzierung) werden dadurch zu „Entrepreneurfunktionen“ und rechtfertigen die Residualgewinnallokation. Die OECD erkannte diese Probleme im Rahmen des Revisionsprozesses zu „Business restructurings“<sup>918</sup> und setzte daher mit der gestärkten Berücksichtigung der Personalfunktionen zu Recht eine Dynamik in Gang, die ihren Ursprung im Authorised OECD Approach hatte und dadurch die wirtschaftliche Einheitlichkeit des Gesamtwertschöpfungsprozesse aus der internen Perspektive in den Blick zu rücken begann.

## **II. Der OECD Discussion Draft on Intangibles 2012**

### **1. Einleitung – Vorbereitung und Verlauf des Projekts**

Während der Verhandlungen über die steuerlichen Folgen grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen zwischen 2005-2010 wurde die Bestimmung von Verrechnungspreisen für immaterielle Werte vom CFA als „key area of concern“<sup>919</sup> identifiziert, konnte aber nicht unmittelbar gelöst werden.<sup>920</sup> Nach Abschluss der Revision der OECD-Leitlinien 2010 nahm sich die OECD Working Party No. 6 des Problems an und setzte dabei die Tendenz des Kapitels IX, bei der Verrechnungspreisermittlung

---

<sup>918</sup> Vgl. OECD Transfer Pricing and Intangibles: Scope of the Project, 25.01.2011 („Scoping Paper 2011“), Tz. 1: „In the process that led to the 2010 revision of the TPG, transfer pricing issues pertaining to intangibles were identified as *a key area of concern* to governments and taxpayers, due to *insufficient international guidance in particular on the definition, identification and valuation of intangibles* for transfer pricing purposes.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>919</sup> OECD Scoping Paper, Tz. 2.

<sup>920</sup> Vgl. OECD Scoping Paper, Tz. 4: „A number of issues specific to intangible transactions were however left aside in the 2010 revision of the TPG. There is currently significant difficulty, for taxpayers and governments, about the treatment of intangibles for transfer pricing purposes. This difficulty leads to many complex and monetarily-significant transfer pricing disputes and to risks of double or less-than-single taxation. The OECD believes that the development of clearer and consensus-based international guidance on the transfer pricing aspects of intangibles could help limiting this uncertainty and those risks.“

aktive Personalfunktionen und den internen Wertschöpfungsprozess stärker zu berücksichtigen, fort.<sup>921</sup> Die im Kontext von „Business restructurings“ praxistypische Gestaltung, aktiv tätige Entitäten vertraglich als „limited-functions/assets/risks“ Unternehmen zu strukturieren, basierte auf der Funktionsweise der OECD-Leitlinien 1995, die für die wirtschaftliche Zuordnung der immateriellen Werte und Risiken im Rahmen der Funktionsanalyse vorrangig vertragliche Abreden heranzog. Infolgedessen konnten vertragliche Routinegesellschaften strukturiert werden, die nur regelmäßig nur Routinegewinne zugewiesen bekamen.<sup>922</sup> Die OECD veröffentlichte zu Beginn des Projekts ein Scoping Paper, das diese Rechtsfolge in Frage stellte und dadurch *radikal* war.

„There is often an observed tendency in practice to use a cost plus method for services while a profit split would be considered for intangibles transfers, perhaps *implying an assumption that services involving intangibles are inherently less valuable than transfers of intangibles. However, there are services which are unique and carry high added value, for which a cost plus may not be appropriate.*“<sup>923</sup>

Die Radikalität der Herangehensweise, die sich hier abzeichnet, besteht in der Ausrichtung der Verrechnungspreisermittlung an der tatsächlichen Werthaltigkeit der ausgeübten Funktionen. Eng damit verbunden wurde die Teilhabe an den „Intangible related returns“ durch Entitäten der Gruppe, die nicht Eigentümer der immateriellen Werte sind, aber „wichtige“ Entwicklungsbeiträge leisten, als Problem identifiziert.

„For transactions between associated enterprises, it is generally possible to identify which of the associated enterprises is the legal owner of a legally protected asset (e.g. a patent or a trademark). However, it may be that an enterprise that is not the legal owner of an intangible should nevertheless be entitled, at arm's length, to share in any additional return attributable to the development or exploitation of that intangible, e.g. because it has incurred significant risk and expenses related to the development of an intangible or the enhancement of its value. [...] The question of the attribution of the economic benefits derived from the development or exploitation of an intangible, by contrast to its legal ownership, is sometimes referred to as “economic ownership”.“<sup>924</sup>

Das Scoping Paper 2011 machte somit deutlich, dass das CFA willens war, die strukturellen Probleme des Verrechnungspreissystems der OECD-Leitlinien 1995/2010 anzugehen und die vertragliche Gestaltbarkeit der Funktionsanalyse zu mindern. Im Juni 2012 legte die Working Party No. 6 einen ersten Diskussionsentwurf vor, der die

---

<sup>921</sup> Vgl. a. *Bell*, OECD's Andrus, BIAC Chair Lenon Square Off on Question Of Which Party Should Receive Returns from Intangibles, 21 Transfer Pricing Report 610, BNA Bloomberg, 18.10.2012. *Joe Andrus*, Head of Transfer Pricing der OECD, wird a.a.O. mit den Worten zitiert, der OECD Intangibles Draft 2012 „tries to build on the platform in Chapter IX dealing with functions and risks“.

<sup>922</sup> Vgl. die Ausführungen oben zur *Issues Note No. 3* und OECD-Leitlinien 9.123 ff.

<sup>923</sup> OECD Scoping Paper 2011, Tz. 15.

<sup>924</sup> OECD Scoping Paper, Tz. 23 ff.

seit 2010 erreichten Fortschritte darstellt und die Grundlage für die weiteren Verhandlungen bildete. Dieser Intangibles Draft 2012 brach mit dem vom White Paper entwickelten System und dessen Konkretisierung durch die U.S. Treasury Regulations 1994 und die OECD-Leitlinien 1995. Nicht weniger als die auf der Grundlage von eng verstandenen Marktanalogien entwickelte DAR, der zufolge die vertragliche Kostentragung bei der Entwicklung eines immateriellen Werts dessen wirtschaftliche Zuordnung für Verrechnungspreiszwecke determiniert und deren Folgen für die Verrechnungspreisermittlung infolge der Residualgewinnberechtigung des wirtschaftlichen Eigentümers immateriellen Werte die Grundlagen der internationalen Gewinnallokation berühren, sollte überholt werden. Die Grundlage der Revision des internationalen Zuordnungssystems für immaterielle Werte bildete daher eine einfache, aber vor dem Hintergrund der in Kapitel VI implizit enthaltenen DAR radikale Annahme.

„Working Party No. 6 delegates are uniformly of the view that transfer pricing outcomes in cases involving intangibles should reflect the functions performed, assets used, and risks assumed by the parties. This suggests that *neither legal ownership, nor the bearing of costs related to intangible development, taken separately or together, entitles an entity within an MNE group to retain the benefits or returns with respect to intangibles without more.*“<sup>925</sup>

Das Paradigma des BEPS-Projektes „Aligning transfer pricing outcomes with value creation“ hat hier seinen Ursprung. Die Working Party No. 6 unter der Leitung von Joe Andrus hat im Intangibles Draft 2012 unter Betonung eines negativen Verrechnungspreisergebnisses – dem Ausschluss der Residualallokation an passive Unternehmensfunktionen – ein positives Zuordnungssystem entwickelt, das sich auf die interne „value creation“ in Unternehmensgruppen bezieht.<sup>926</sup> Dieses Zuordnungssystem bildete die sog. „Intangibles related returns theory“ des Intangibles Draft 2012.

## **2. Die „Intangibles related returns theory“ der OECD Working Party No. 6**

Der Intangibles Draft 2012 entwirft eine bereichsspezifische Auslegung des Art. 9 OECD-MA. Art. 9 OECD-MA sei auf die Bedingungen von Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen bezogen, nicht auf bestimmte Kategorien von Geschäftsbeziehungen. Daher sei die Kernfrage der Verrechnungspreise, ob durch eine Geschäftsbeziehung ein wirtschaftlicher Wert übertragen wird, unabhängig davon, ob

---

<sup>925</sup> OECD Discussion Draft, Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions, 2012 („Intangibles Draft 2012“), S. 12. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>926</sup> Vgl. zum Paradigma der BEPS-Initiative oben, Kapitel I, Abschnitt I, G.III.4.

dieser wirtschaftliche Wert in materiellen oder immateriellen Vermögenswerten gebunden ist, in einer Dienstleistung oder anderen Aktivität besteht.<sup>927</sup> Die Vergleichbarkeitsanalyse, insbesondere die Risiko- und Funktionsanalyse, bilde bei Transaktionen mit immateriellen Werten die Grundlage der Verrechnungspreisermittlung. Bei Transaktionen mit immateriellen Werten sei es besonders wichtig, die Funktionsanalyse in ein Gesamtverständnis der globalen Wertschöpfung durch die Unternehmensgruppe und der wirtschaftlichen Bedeutung der immateriellen Werte einzubetten.<sup>928</sup> Die Vergleichbarkeitsanalyse habe zu diesem Zweck (i) die spezifischen immateriellen Werte der Geschäftsbeziehung zu identifizieren, (ii) die Parteien zu bestimmen, die berechtigt sind, die Erträge aus der kommerziellen Nutzung der immateriellen Werte zu vereinnahmen, (iii) das Wesen der Geschäftsbeziehung darzustellen und (vi) die Vergütung, die unter fremden Dritten gezahlt worden wäre zu ermitteln.<sup>929</sup>

Der Abschnitt B des Intangibles Draft 2012, der das Zuordnungssystem für Erträge aus immateriellen Werten entwirft, entfernt sich dabei allerdings in gewisser Hinsicht schon im Ausgangspunkt von der traditionellen Funktionsanalyse und fragt direkt, nicht nur mittelbar als Folge der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums und der Anwendung einer Verrechnungspreismethode, welche Entität einer Gruppe berechtigt ist („entitled“), die „intangibles related returns“ (IRR)<sup>930</sup> für Verrechnungspreiszwecke auszuweisen.<sup>931</sup> Diese Beurteilung hänge von den Umständen des Einzelfalles ab und könne mehr als eine Entität ergeben, die berechtigt ist, die Erträge aus immateriellen

---

<sup>927</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 1 f.

<sup>928</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 3: „As is the case with other transfer pricing matters, the analysis of cases involving the use or transfer of intangibles should begin with a thorough comparability analysis, including a functional analysis. That functional analysis should identify the functions performed, assets used, and risks assumed by each relevant member of the MNE group. Indeed, in cases involving the use or transfer of intangibles, it is especially important to ground the analysis on an understanding of the MNE’s global business and the manner in which intangibles are used by the MNE to add or create value.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>929</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 4: „In order to determine arm’s length conditions for the use or transfer of intangibles it is important to consider as part of the comparability and functional analysis: (i) the identification of specific intangibles; (ii) the identification of the party(ies) that should be entitled to retain the return derived from the use or transfer of the intangibles; (iii) the nature of the controlled transactions and whether they involve the use of intangibles and/or lead to the transfer of intangibles between the parties; and (iv) the remuneration that would be paid between independent parties for the use or transfer of such intangibles.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>930</sup> IRR werden in OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 28 definiert als: „[T]he intangible related return attributable to a particular intangible is the economic return from business operations involving use of that intangible after deducting (i) the costs and expenses related to the relevant business operations; and (ii) returns to business functions, assets other than the particular intangible in question, and risks, taking into account appropriate comparability adjustments. In a particular circumstance, intangible related returns with respect to an intangible may be positive, negative, or zero.“

<sup>931</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 27.

Werten zu vereinnahmen.<sup>932</sup> Wie von der Vergleichbarkeitsanalyse des Kapitels I der OECD-Leitlinien 1995/2010 her bekannt, aber eben mit diesem abweichenden Bezugspunkt – direkte Zuordnung von Erträgen anstelle des wirtschaftlichen Eigentums, das zum Ausweis der IRR berechtigt – entwirft der Abschnitt B. eine Prüfungsreihenfolge, die (i) die rechtlichen Positionen und Verträge als „starting point“ und (ii) die „Übereinstimmung“ der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken mit den rechtlichen Positionen und Verträgen analysiert sowie (iii) ob die Beiträge anderer Entitäten zu „development, enhancement, maintenance, protection“ (DEMP<sup>933</sup>) des immateriellen Werts fremdüblich vergütet worden sind.<sup>934</sup>

Demnach bilden rechtliche Positionen und Verträge nur den „starting point“ der Untersuchung, welche Entität berechtigt ist, die IRR steuerlich auszuweisen; wurden keine schriftlichen Verträge („written terms“) geschlossen, sind die vertraglichen Beziehungen aus dem „tatsächlichen Verhalten“ der Parteien und den wirtschaftlichen Prinzipien, die die Verhältnisse zwischen fremden Dritten beherrschen, abzuleiten.<sup>935</sup> Sofern nichts anderes bestimmt ist, ist die infolge der rechtlichen Positionen und Verträge zur wirtschaftlichen Nutzung des immateriellen Wertes berechtigte Partei auch für Verrechnungspreiszwecke berechtigt, die IRR steuerlich auszuweisen, wenn das „tatsächliche Verhalten“ mit den rechtlichen Positionen und Verträge übereinstimmt.<sup>936</sup>

Die Feststellung, ob das tatsächliche Verhalten mit den rechtlichen Positionen und Verträge übereinstimmt erfordere eine Betrachtung der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken in Bezug auf die DEMPE-Funktionen. Weicht das „tatsächliche Verhalten“ demnach von den rechtlichen Positionen und Verträge ab, könne es sachgerecht sein, die IRR vollständig oder anteilig denjenigen Entitäten zuzuweisen, die substantiell im DEMPE-Prozess die maßgeblichen Funktionen ausüben, Wirtschaftsgüter einbringen und Risiken übernehmen.<sup>937</sup>

Im Rahmen dieser Prüfung entwirft der Intangibles Draft 2012 ein sehr extensives Konzept der „Übereinstimmung“ von tatsächlichem Verhalten und rechtlichen Posi-

---

<sup>932</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 27.

<sup>933</sup> Erst im Revised Discussion Draft on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2013 wurde „exploitation“ zusätzlich erwähnt und das Akronym der „DEMPE-Funktionen“ geprägt, vgl. a.a.O. Tz. 66. Dieser Revised Intangibles Draft 2013 rahmt die Prüfung wieder ausdrücklich als „Eigentumsfrage“, vgl. a.a.O. Tz. 65 ff.

<sup>934</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 29.

<sup>935</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 30.

<sup>936</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 35.

<sup>937</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 37.

tionen und Verträgen. So kann in Bezug auf die ausgeübten Funktionen eine „Übereinstimmung“ angenommen werden, wenn das aufgrund rechtlicher Positionen und Verträge zum Ausweis von IRR berechnete Unternehmen, die Funktionen selbst durch eigenes Personal ausübt oder derart an andere Unternehmen ausgliedert hat, dass es die Ausübung der Funktionen selbst kontrolliert.<sup>938</sup> Welche Funktionen im konkreten Einzelfall diejenigen sind, die zum Ausweis der IRR berechnen, hängt zwar von den Umständen ab. Besondere Bedeutung werden regelmäßig allerdings diejenigen Funktionen haben, die zur tatsächlichen wirtschaftlichen Entwicklung oder Wertsteigerung des immateriellen Werts führen.<sup>939</sup> Während einige Funktionen ausgliedert werden können ohne die IRR-Berechtigung einzubüßen, müssen die „wichtigen“ Funktionen des Wertschöpfungsprozesses physisch selbst durch eigene Angestellte ausgeübt werden.<sup>940</sup> Diese „wichtigen“ Funktionen zeichne aus, dass sie einen wesentlichen Einfluss auf die Werthaltigkeit des immateriellen Werts haben.<sup>941</sup> Alle anderen Funktionen, die also ausgliedert werden können, müssen unter der Kontrolle der Entität bleiben, die aufgrund der rechtlichen Positionen zu den IRR berechnen wäre, wobei die Tz. 9.23-9.28 der OECD-Leitlinien 2010 analog gelten sollten.<sup>942</sup>

In Bezug auf die übernommenen Risiken könne eine „Übereinstimmung“ von tatsächlichem Verhalten und rechtlichen Positionen und Verträgen nur angenommen werden, wenn das Unternehmen die mit dem DEMP-Prozess verbundenen Risiken tatsächlich trägt und kontrolliert.<sup>943</sup> Einige Risiken werden besonders wichtig dabei sein, die IRR berechnete Entität zu bestimmen. Dazu gehören die Risiken, dass Forschungs- und Entwicklungs- oder Marketingaufwand erfolglos bleibt, dass Produkte technologisch überholt werden, dass es zu Rechtsverletzungen oder zu Haftungsfällen kommt.<sup>944</sup> Daneben ist es wichtig, dass die Kosten aus den Risiken tatsächlich getragen werden,

---

<sup>938</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 38.

<sup>939</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 39.

<sup>940</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 40.

<sup>941</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 40: „Depending on the facts and circumstances, these functions would generally include, among others, design and control of research and marketing programmes, management and control of budgets, control over strategic decisions regarding intangible development programmes, important decisions regarding defence and protection of intangibles, and ongoing quality control over functions performed by independent or associated enterprises *that may have a material effect on the value of the intangible.*”

<sup>942</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 41.

<sup>943</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 42.

<sup>944</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 43.

wenn sie sich materialisieren. Die gesamte Beurteilung dieser Fragen, soll sich nach den Maßgaben der Tz. 9.23-9.46 OECD-Leitlinien 2010 richten.<sup>945</sup>

Für die „Übereinstimmung“ des tatsächlichen Verhaltens mit den rechtlichen Positionen und Verträgen müssen ferner die mit dem DEMP-Prozess verbundenen Kosten getragen werden. Die Kostentragung könne teilweise aus der „angemessenen“ Vergütung anderer Entitäten für zulässigerweise ausgegliederte Funktionen beinhalten. Kostentragung allein berechtigt, in Bruch mit der U.S. „Developer-assisters rule“, nicht zum steuerlichen Ausweis von IRR.<sup>946</sup> Daher verlange die „Übereinstimmung“ des tatsächlichen Verhaltens mit den rechtlichen Positionen und Verträgen ferner, dass die Entitäten, die Beiträge im DEMP-Prozess leisten ohne aufgrund der rechtlichen Positionen und Verträge eine Teilhabe an den IRR zu beanspruchen, eine angemessene Vergütung für ihre ausgeübten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken erhalten.<sup>947</sup> Bei der Beurteilung dieser „Angemessenheit“ der Vergütung sollte sowohl die Höhe der gezahlten Vergütung als auch das Niveau der übernommenen Aktivitäten berücksichtigt werden.<sup>948</sup> Fälle, in denen die Angemessenheit der Vergütung für ausgeübte Funktionen fraglich wird, entstünden häufig bei Marketingfunktionen, die durch andere als der zu den IRR berechtigten Entitäten ausgeübt werden. Dabei trete die Frage auf, ob die Marketingaktivitäten als Dienstleistung vergütet werden müssen oder zu einer Teilhabe an gegenwärtigen oder zukünftigen IRR, die auf die im Marketingprozess eingesetzten immateriellen Werte entfallen, führen.<sup>949</sup> Die Beantwortung dieser Frage hänge wiederum von einer Prüfung der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken der Marketingentität nach o.g. Schema ab, insbesondere davon, ob durch die Marketingentität Risiken der eingesetzten immateriellen Werte getragen und kontrolliert werden.<sup>950</sup> Regelmäßig nehme die Marketing-/Vertriebseinheit durch den erhöhten Umsatz und Marktanteil am Erfolg ihrer Aktivitäten teil. Trägt die jedoch Kosten oder Risiken

---

<sup>945</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 44 f.

<sup>946</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 46 f.

<sup>947</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 48.

<sup>948</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 48: „In evaluating whether associated enterprises retained to perform functions related to the development, enhancement, maintenance and protection of intangibles have been compensated on an arm’s length basis, it is necessary to consider both the amount of compensation paid and the level of activity undertaken. Reference should be made to both the level of activity and the compensation received by comparable uncontrolled entities performing similar functions in assessing whether the compensation provided is consistent with the arm’s length principle.”

<sup>949</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 49; sowie zuvor Tz. 6.36 ff. OECD-Leitlinien 2010.

<sup>950</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 50; sowie zuvor Tz. 6.38 OECD-Leitlinien 2010.

oder übt Funktionen aus, die unabhängige Dritte angesichts ihrer vertraglichen Berechtigung zur Teilhabe am erhöhten Umsatz und Marktanteil nicht getragen bzw. ausgeübt hätten, so könnte ein unabhängiger Dritter die Berechtigung entstehen, an den IRR der eingesetzten immateriellen Werte teilzuhaben, etwa durch eine Minderung der Lizenzgebühr oder des Einkaufspreises für die vertriebenen Produkte.<sup>951</sup> Diese Grundsätze gelten auch bei der Ausübung von Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten und Fabrikationsaktivitäten.<sup>952</sup>

Damit eine verbundene Unternehmen zum steuerlichen Ausweis aller IRR berechtigt ist, muss es also im Ergebnis unter der „Intangibles related returns theory“ substantiell alle „wichtigen“ DEMP-Funktionen selbst durch eigenes Personal ausüben und kontrollieren und die sonstigen Funktionen kontrollieren, alle Risiken des Entwicklungsprozesses tatsächlich tragen und kontrollieren sowie die gesamten Kosten der Unterhaltung und des Schutzes der immateriellen Wert tragen und kontrollieren.<sup>953</sup> Wenn die aufgrund der rechtlichen Positionen und Verträge an den IRR berechtigte Entität diesen Anforderungen nicht gerecht wird, entsteht für diejenigen verbundenen Entitäten, die die konkreten Funktionen/Risiken/Kosten ausüben bzw. tragen und kontrollieren die Berechtigung, die IRR teilweise oder vollständig steuerlich auszuweisen.<sup>954</sup>

### 3. Stellungnahme

Diese „Intangibles related returns theory“ (IRRT) der OECD Working Party No. 6 weist radikale Änderungen gegenüber dem Kapitel VI der OECD-Leitlinien 1995/2010 auf. Diese werden auf Grundlage der im Ansatz bekannten Prüfungsstruktur als Substanzanforderungen für vertragliche Abreden entworfen. Dahinter steht ein klarer Ergebnisbezug: Die zu stark intern gestaltbaren Verträge zwischen verbundenen Unternehmen, insbesondere solche über die Kosten- und Risikotragung bei der Entwicklung und operativen Nutzung von immateriellen Werten, sollten nicht länger die wirtschaftliche Zuordnung der immateriellen Werte für Verrechnungspreiszwecke bestimmen können, weil dadurch die Verrechnungspreismethodenwahl und die in dieser inhärenten Wertung über die Berechtigung, die residualen Gewinne steuerlich aus-

---

<sup>951</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 51; sowie zuvor Tz. 6.38 OECD-Leitlinien 2010. In Tz. 6.38 der OECD-Leitlinien wurde indes nicht ausdrücklich eine Teilhabe an IRR erwähnt, sondern im Ergebnis nur das Entstehen einer Berechtigung zu einem „additional return from the owner of the trademark“ angenommen; vgl. zu Tz. 6.38 OECD-Leitlinien 1995/2010 oben Kapitel II, Abschnitt II, C.I.4.

<sup>952</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 52.

<sup>953</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 54.

<sup>954</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 55.

zuweisen, determiniert wird. Die Aufteilung der Berechtigung zur Teilhabe an IRR unter allen funktional an der wirtschaftlichen Entstehung des immateriellen Werts beteiligten Unternehmen ändert (i) die traditionelle Rolle der wirtschaftlichen Zuordnung der immateriellen Werte, weil diese Zuordnung nicht mehr die alleinige Residualgewinnberechtigung bedeutet, wodurch (ii) im Ergebnis nicht mehr die Zuordnung des immateriellen Werts selbst, sondern die bei seiner Entstehung ausgeübten Funktionen diejenigen Faktoren werden, die die Residualgewinn der Wirtschaftsaktivitäten zugeordnet bekommen. Dies bedeutet (iii) einen Betonungswechsel der Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes, der unter der IRRT den Wert der ausgeübten Funktionen für die Wertschöpfung der Unternehmensgruppe abbilden soll. Die Schwächung der vertraglichen Gestaltbarkeit der Risiko- und Funktionsanalyse ging somit im OECD Intangibles Draft 2012 mit einer Loslösung von den eng verstandenen Marktalogien der OECD-Leitlinien 1995/2010, einem Neuverständnis des Fremdvergleichsgrundsatzes und der zugrundeliegenden Sichtweise auf die Gruppenwertschöpfung, insbesondere das Entstehen des Residualgewinns durch die Ausübung von Funktionen bei der Entwicklung und Nutzung von immateriellen Werten, einher.

### **III. Revision der OECD-Leitlinien 2010 durch das OECD/G20 BEPS-Projekt**

#### **1. Einleitung**

Der Intangibles Draft 2012 war als Folgeprojekt der seit 2005 verhandelten Revision des Kapitels VI der OECD-Leitlinien 1995 unabhängig von den im Anschluss an die Finanzkrise 2007/08 intensivierten Anstrengungen der OECD/G20 für steuerliche Transparenz und gegen „Offshore financial centres“ fertiggestellt worden, hatte aber bereits das ausdrückliche Ziel, internationales „profit shifting“<sup>955</sup> – im Sinne der Trennung von aktiven Wirtschaftstätigkeiten und steuerlichem Gewinnausweis – zu verhindern.<sup>956</sup> Die graduelle Erweiterung der G20-Agenda auf die Überarbeitung auch der materiellen internationalen Steuerregeln setzte den Revisionsprozess der OECD-

---

<sup>955</sup> Vgl. BNA Bloomberg, OECD's Owens Rejects Unitary Idea, Focuses on Making Arm's-Length Work, 18 Transfer Pricing Report 518, 24.09.2009. *Jeffrey Owens* wird a.a.O. zitiert mit der Aussage: „Jettisoning the well-established arms-length principle in favor of unitary taxation would not address the underlying problem of profit shifting but would only change the way it is undertaken.“

<sup>956</sup> Vgl. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.II.1. sowie u.a. *Bell*, OECD's Andrus, BIA Chair Lenon Square Off on Question Of Which Party Should Receive Returns from Intangibles, 21 Transfer Pricing Report 610, BNA Bloomberg, 18.10.2012; *Bell*, Silberztein Quizzes Andrus on Whether OECD Discussion Draft Pretends Policy Shift Toward Treatment of Intangibles Returns, 21 Transfer Pricing Report 171, BNA Bloomberg, 28.06.2012.

Leitlinien 2010 in einen größeren Gesamtkontext.<sup>957</sup> Die fortgeschrittene Meinungsbildung innerhalb des OECD CFA für die Revision des Kapitels VI erklärt zum Teil wie die OECD es fertig brachte, in kürzester Zeit den dezidierten Addressing BEPS Report vorzulegen. Der im Juni 2013 vorgelegte Action Plan on BEPS befindet sich ebenfalls noch im Einklang mit den Entwicklungen innerhalb der OECD Working Party No. 6, die im Juli 2013 den Revised Discussion Draft on Intangibles vorlegte, der sich zwar wieder mehr den OECD-Leitlinien 1995/2010 annäherte, indes die „Intangibles related returns theory“ nicht vollständig aufhob. Der Revised Discussion Draft on Intangibles war von der Working Party No. 6 noch weitgehend unabhängig vom BEPS-Projekt entwickelt worden, aber unter den Vorbehalt gestellt worden, durch das einsetzende BEPS-Projekt Änderungen zu erfahren. Das daraufhin richtig einsetzende OECD/G20 BEPS-Projekt brachte eine regelrechte Flut an Entwürfen zu den Aktionspunkten 8-10, die 2014 zunächst in sog. BEPS Deliverables und schließlich 2015 im Final BEPS Report zusammengeführt wurden. Der Final BEPS Report ließ – seinem Namen zum Trotz – Kernprobleme der Aktionspunkte 8-10 ungelöst, so dass nach Abschluss des BEPS-Projekts erneute Entwürfe für die 2017 erfolgte Revision der OECD-Leitlinien 2010 erarbeitet und diskutiert wurden. Die im vorliegenden Kontext relevanten BEPS-Berichte sind chronologisch:

- OECD Public Consultation, Revised Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 30.07.2013;<sup>958</sup>
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Action 8: 2014 Deliverable, 16.09.2014;<sup>959</sup>
- OECD Public Discussion Draft, BEPS Action: 10, Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains, 16.12.2014;<sup>960</sup>
- OECD Public Discussion Draft, BEPS Actions: 8, 9 and 10: Discussion Draft on the Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Including Risk, Recharacterisation, and Special Measures), 19.12.2014;<sup>961</sup>

---

<sup>957</sup> Vgl. *Bell*, Silberstein Quizzes Andrus on Whether OECD Discussion Draft Protends Policy Shift Toward Treatment of Intangibles Returns, 21 Transfer Pricing Report 171, BNA Bloomberg: „[Andrus] noted the growing influence of China and India in shaping the draft, which places greater emphasis than previous versions on rewarding functions in the location where they are carried out.“

<sup>958</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/revised-discussion-draft-intangibles.pdf>. Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/comments-intangibles-discussion-draft.htm>.

<sup>959</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2314291e.pdf?expires=1498816257&id=id&accname=guest&checksum=33B5018882B99E93A969F51FBE8AE35A>.

<sup>960</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/discussion-draft-action-10-profit-splits-global-value-chains.pdf>. Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/public-comments-action-10-profit-splits-global-value-chains.pdf>.

- OECD Public Discussion Draft, BEPS Action 8: Discussion Draft on Revisions to Chapter VIII of Transfer Pricing Guidelines on Cost Contribution Arrangements (CCAs), 29.04.2015;<sup>962</sup>
- OECD Public Discussion Draft, BEPS Action 8: Hard-to-value Intangibles, 04.06.2015;<sup>963</sup>
- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, BEPS Actions 8-10: 2015 Final Reports, 05.10.2015;<sup>964</sup>
- OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Document for Public Review, Conforming Amendments to Chapter IX of the Transfer Pricing Guideline, 04.07.2016;<sup>965</sup>
- OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Public Discussion Draft, BEPS Action 8-10: Revised Guidance on Profit Splits, 04.07.2016;<sup>966</sup> sowie
- OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Public Discussion Draft, BEPS Action 8-10: Revised Guidance on Profit Splits, 22.06.2017.<sup>967</sup>

Die Gesamttendenz des BEPS-Projekts ist – ausgehend von dem Intangibles Draft 2012, der die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge und der vertraglichen Kostentragung bei der wirtschaftlichen Zuordnung immaterieller Werte, die sich aus dem U.S. Recht und den OECD-Leitlinien 1995/2010 ergab, angesichts der Gestaltungsmöglichkeiten, die dieses System bot, fast vollständig überwarf – als regressiv zu bezeichnen, insbesondere infolge einer Änderung der Herangehensweise der Delegation der USA, die ab 2014 stark auf eine größere Bedeutung vertraglicher Abreden

---

<sup>961</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussion-draft-actions-8-9-10-chapter-1-TP-Guidelines-risk-recharacterisation-Special-measures.pdf>. Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/public-comments-actions-8-9-10-chapter-1-tp-guidelines-risk-recharacterisation-Special-measures.htm>.

<sup>962</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/discussion-draft-beps-action-8-cost-contribution-arrangements.pdf>. Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/public-comments-beps-action-8-cost-contribution-arrangements.pdf>.

<sup>963</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/discussion-draft-beps-action-8-hard-to-value-intangibles.pdf>. Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/public-comments-beps-action-8-hard-to-value-intangibles.pdf>.

<sup>964</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315351e.pdf?expires=1498999246&id=id&accname=guest&checksum=85F9E3572E5AE18BB0F66F29CDEDE2B4>. Seit Mai 2017 auch in offizieller deutscher Übersetzung verfügbar unter <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2315355e.pdf?expires=1498999301&id=id&accname=guest&checksum=165BB5B8134527796BA95F97019CA8F>.

<sup>965</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/conforming-amendments-chapter-ix-transfer-pricing-guidelines.pdf>. Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/comments-conforming-amendments-chapter-ix-transfer-pricing-guidelines.pdf>.

<sup>966</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/BEPS-discussion-draft-on-the-revised-guidance-on-profit-splits.pdf>. Stellungnahmen abrufbar unter <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Comments-on-discussion-draft-beps-action-8-10-revised-guidance-on-profit-splitsP1.pdf> (Part I) sowie <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Comments-on-discussion-draft-beps-action-8-10-revised-guidance-on-profit-splitsP2.pdf> (Part II).

<sup>967</sup> Abrufbar unter <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Revised-guidance-on-profit-splits-2017.pdf>.

drängte.<sup>968</sup> Dies bedeutet – um dem Folgenden einen Rahmen zu setzen –, dass der BEPS-Prozess im Bereich Verrechnungspreise für immaterielle Werte insbesondere als tastende Suche nach (i) dem richtigen Maß an Bedeutung für vertragliche Abreden in der Funktionsanalyse, (ii) dem relativen Gewicht von Kapitaleinsatz, Risikotragung und aktiven Funktionen bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten und (iii) die Rolle der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums in der Verrechnungspreismethodenwahl verstanden werden muss. Dieses tastende Suche basiert auf den weitreichenden Ideen des Intangibles Draft 2012, der vertraglichen Abreden kaum noch eine entscheidende Bedeutung beimaß, und wurde zunächst durch die Figur des „tatsächlichen Verhaltens“ der Parteien, das als Substanzanforderung verstanden zunächst zu einer sehr weitreichenden Maßgeblichkeit der „wichtigen“ Personalfunktionen führen sollte, aber letztlich durch eine erneute Stärkung der Bedeutung vertraglicher Abreden im Final BEPS Report zurückgedrängt wurde.

Im Folgenden wird dieser diffizile Prozess der tastenden Suche im Einzelnen nachvollzogen, um (i) den Inhalt des Final BEPS Report, der sich teils nur ex negativo verstehen lässt, darstellen zu können und (ii) die im Rahmen des BEPS-Projekts erwogenen Schattierungen möglicher Ausgestaltungen der Funktionsanalyse zur wirtschaftlichen Zuordnung von immateriellen Werten und Risiken aufzuzeigen und somit als Teile einer denkbaren Lösung herauszustellen. Wie im Folgenden gezeigt werden kann, ist die theoretische Bedeutung, die vertraglichen Abreden eingeräumt wird, eine

---

<sup>968</sup> Vgl. Testimony of Robert B. Stack, Deputy Assistant Secretary (International Tax Affairs) U.S. Department of the Treasury Before the Senate Finance Committee, July 22, 2014, S. 3: „We must also work hard in several areas to preserve our national interest in rules based on principles and not merely individual country revenue interests. Let me highlight just a few. In the area of transfer pricing, we must ensure that the currently-used arm’s length standard is clearly articulated and that profits are attributable to the place of economic activity – that is, where the assets, functions, and risks of the multinational are located. We must further ensure that any “Special measures” agreed at the OECD are firmly anchored in these principles, *and that legal and contractual relationships are ignored in determining intercompany prices only in unusual circumstances. The arm’s length standard has been a bedrock of international taxation for over 50 years, and while it is not perfect, it is the best tool available to deal with the difficult issue of pricing among affiliates of a multinational group. We must steadfastly avoid turning longstanding transfer pricing principles into a series of vague concepts easily manipulated by countries to serve their revenue needs at the expense of the U.S. tax base and our multinationals.*” (Kursiv hinzugefügt). Vgl. a. Parillo, Robert Stack – BEPS and the United States, Tax Analysts, Doc 2014-29348: „Stack said that he and other U.S. officials have made it clear that the United States has always had an interest in minimizing the degree of stateless income and in working with other countries to do so. “We have always been focused on protecting the U.S. tax base in the BEPS project,” he said. “And I do believe that because there are so many successful and prominent U.S. multinationals it is in the interest of the United States to be sure that our taxpayers are being treated fairly around the world, that they have rules that are clear and administrable, and that we as the U.S. government are not opening the door to rules that will create greater and greater tax disputes,” Stack said. “So in those two senses *we have had to be aggressive in defending the U.S. position in the BEPS space.*” (Kursiv hinzugefügt)

Folge der Sichtweise auf die innerhalb der Unternehmensgruppe erfolgende Wertschöpfung; je mehr die Einheitlichkeit der gruppeninternen Wertschöpfung betont wird, desto geringer ist die Bedeutung der formalen Strukturierung der Geschäftsbeziehungen durch die Verträge und desto größer ist die Bedeutung der tatsächlichen, aktiven Unternehmensfunktionen und ihr wirtschaftliches Zusammenwirken.

## 2. Der Revised Discussion Draft on Intangibles 2013

Im Juni 2013 legte die OECD Working Party No. 6 den Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles<sup>969</sup> vor, der auf die Stellungnahmen zum Intangibles Draft 2012 reagierte.<sup>970</sup> Der Revised Intangibles Draft 2013 wurde vorgelegt als die BEPS-Initiative bereits offiziell begonnen hatte, war aber noch als ein weitgehend eigenständiges Dokument aus der Working Party No. 6 heraus entwickelt wurde, nicht in Hinsicht auf die spezifische G20-Agenda; er wurde auch daher unter den Vorbehalt gestellt, durch den Verlauf der BEPS-Initiative, insbesondere die Revision Maßgaben zur Risikoallokationen und die Neufassung der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode, weitere Änderungen zu erfahren.<sup>971</sup>

Der Abschnitt B. des Revised Intangibles Draft 2013 – „Ownership of Intangibles and Transactions Involving the Development, Enhancement, Maintenance and Protection of Intangibles<sup>972</sup>“ – richtet das Prüfungssystem zur Zuordnung der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten wieder näher an der Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes der OECD-Leitlinien 1995/2010 aus und zeigt eine vorsichtigeren Perspektive auf eine direkte, wertende Zuordnung von IRR.<sup>973</sup> Der rechtliche Eigentümer, der zunächst die Erträge aus der Verwertung eines immateriellen Wertes beziehe, sei unter Geltung des Fremdvergleichsgrundsatzes allerdings verpflichtet, anderen Entitäten der Unternehmensgruppe ihre Beiträge zur Werthaltigkeit des immateriellen Werts fremdüblich zu vergüten. Diese fremdübliche Vergütung für ausgeübte Funktionen, eingesetzte Vermögenswerte und übernommene Risiken der Nichteigentümer könne allerdings im Einklang mit den Kapiteln I-III der OECD-Leitlinien 2010 kon-

---

<sup>969</sup> OECD, Public Consultation, Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 30.06.2013 („Revised Intangibles Draft 2013“).

<sup>970</sup> Die Stellungnahmen (insg. über 1000 Seiten) können abgerufen werden unter: [http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Intangibles\\_Comments.pdf](http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Intangibles_Comments.pdf).

<sup>971</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, S. 1.

<sup>972</sup> Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 65 ff.

<sup>973</sup> Vgl. zunächst Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 65: „Both taxpayers and tax authorities have struggled with the question of how to correctly allocate *what may be described generally as the return “attributable to an intangible” or an “intangible related return.”*“ (Kursiv hinzugefügt)

zeptionell die Form einer Teilhabe an den IRR annehmen.<sup>974</sup> Das aus drei Schritten bestehende Prüfungssystem des Intangibles Draft 2012<sup>975</sup> wurde zu diesem Zweck zu einem aus sechs Prüfungsschritten bestehenden System erweitert und dessen einzelne Schritte formal wieder deutlicher die Fremdvergleichsprüfung der OECD-Leitlinien 1995/2010 widerspiegeln.

„The framework for analysing transactions involving intangibles requires the following steps: (i) *identifying the legal owner* of intangibles based on the terms and conditions of legal arrangements, including relevant registrations, licence agreements, other relevant contracts, and other indicia of legal ownership; (ii) identifying the parties performing functions (including specifically the important functions described in paragraph [79]), using assets, and assuming risks related to developing, enhancing, maintaining and protecting the intangibles by *means of the functional analysis*; (iii) *confirming the consistency* between the conduct of the parties and the terms of the relevant legal arrangements regarding intangible ownership through a detailed functional analysis; (iv) *identifying the controlled transactions* related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles in light of the legal ownership of the intangibles under relevant registrations and contracts and the relevant contributions of functions, assets, risks and other factors contributing to value; (v) where possible, *determining arm's length prices for these transactions* consistent with each party's contributions of functions performed, assets used, and risks assumed; and (vi) in the *exceptional circumstances* described in paragraphs 1.64 – 1.68, recharacterising transactions as necessary to reflect arm's length conditions.<sup>976</sup>“

Auch der Revised Intangibles Draft 2013 nimmt also „legal rights and contractual arrangements“ zum „starting point“ der Verrechnungspreisanalyse.<sup>977</sup> Bestehen keine Rechtspositionen oder vertraglichen Abreden gilt als rechtlicher Eigentümer eines immateriellen Werts diejenige Entität, die nach den Umständen des Einzelfalles die Nutzung des immateriellen Werts kontrolliert und andere von Einwirkungen ausschließen kann.<sup>978</sup> Diese Frage des rechtlichen Eigentums sei indes zu trennen von der Ermittlung der fremdüblichen Funktionsvergütungen. Rechtliches Eigentum für sich

---

<sup>974</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 65.

<sup>975</sup> Vgl. a.a.O., Tz. 29: „In determining which members of an MNE group are entitled to intangible related returns with respect to an intangible, the following factors should be considered: (i) the terms and conditions of legal arrangements including relevant registrations, licence agreements, and other relevant contracts; (ii) whether the functions performed, the assets used, the risks assumed, and the costs incurred by members of the MNE group in developing, enhancing, maintaining and protecting intangibles are in alignment with the allocation of entitlement to intangible related returns in the relevant registrations and contracts; and (iii) whether services rendered, in connection with developing, enhancing, maintaining and protecting intangibles, by other members of the MNE group to the member or members of the MNE group entitled to intangible related returns under the relevant registrations and contracts, are compensated on an arm's length basis under the relevant circumstances.“

<sup>976</sup> Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 66. (Fett und kursiv hinzugefügt)

<sup>977</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 67.

<sup>978</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 71. Dies entspricht dem wirtschaftlichen Gehalt der Ausschuss- und Nutzungsfunktion des zivilrechtlichen Eigentum nach deutschem Recht, vgl. § 903 BGB.

genommen vermittele keinerlei Berechtigung zum steuerlichen Ausweis von Gewinnen – auch nicht im Sinne einer reflexartigen Residualgewinnberechtigung<sup>979</sup> – obwohl die Erlöse aus der kommerziellen Verwertung eines immateriellen Werts infolge der vertraglichen Abreden zunächst beim Eigentümer anfallen werden.<sup>980</sup> Der dem rechtlichen Eigentümer zustehende Gewinnanteil („return“) hänge alleine von dessen Beiträgen zur Werthaltigkeit („anticipated value“) des immateriellen Werts durch die von ihm ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken ab und der von anderen verbundenen Unternehmen erbrachten Beiträge zur Werthaltigkeit dieses immateriellen Werts durch ihre ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken.<sup>981</sup> Die Beiträge der anderen verbundenen Unternehmen zur erwarteten Werthaltigkeit des immateriellen Werts sind vom rechtlichen Eigentümer „angemessen“ zu vergüten. Dafür ist es notwendig, die im DEMP-Prozess ausgeübten und kontrollierten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen und kontrollierten Risiken der verbundenen Unternehmen durch die Funktionsanalyse zu ermitteln.<sup>982</sup>

Trotz dieser formal engeren Ausrichtung an der Prüfungsstruktur der OECD-Leitlinien 1995/2010 und der Entfernung der Begrifflichkeit ist die „Intangible related returns theory“ noch in den Maßgaben zur Durchführung der Funktionsanalyse des Revised Intangibles Draft 2013 enthalten, wenn auch in weniger radikal ergebnisbezogener Form.<sup>983</sup> So sei die Beurteilung der ausgeübten und kontrollierten Funktionen eine maßgebliche Erwägung bei der Beantwortung der Frage, welche Entität letztlich berechtigt ist, die „returns attributable to intangibles“ (RAI) auszuweisen.<sup>984</sup> Daher wird der rechtliche Eigentümer nur dann berechtigt sein, die RAI steuerlich auszuweisen, wenn er die DEMP-Funktionen selbst ausübt oder deren Ausübung durch andere Un-

---

<sup>979</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 74.

<sup>980</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 73.

<sup>981</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 73.

<sup>982</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 74.

<sup>983</sup> Es wird i.Ü. kein Zufall sein, dass der Revised Intangibles Draft 2013 den Begriff der „intangibles related returns“ nicht mehr enthält, sondern – wie die Tz. 6.36 ff. OECD-Leitlinien von „returns attributable to intangibles“ spricht. Ferner wurde die Definition der IRR aus dem Revised Intangibles Draft 2013 entfernt. Somit ist die Gesamtausrichtung des Revised Intangibles Draft 2013 weniger direkt und ausdrücklich auf das Ergebnis der Verteilung des Nettogewinns aus der konkreten Wirtschaftstätigkeit der Gruppe, in der der immaterielle Wert eingesetzt wird gerichtet. Anstelle des Verweises auf die IRR der Gruppe finden sich im Revised Intangibles Draft 2013 dafür in Tz. 80 f. – d.h. bereits bei der Besprechung der Risiko- und Funktionsanalyse – Verweise auf die Sachgerechtigkeit des „profit split“ Verfahrens, das ebenfalls tatsächliche Gewinne aus einer konkreten unternehmerischen Tätigkeit zwischen Entitäten verteilt, indes mit einem stärkeren „Transaktionsbezug“ (daher war in den Verhandlungen um das neue Kapitel VI oft die Rede von der Suche nach einem „more transactional approach“).

<sup>984</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 75.

ternehmen kontrolliert. Die Beurteilung der hinreichenden Kontrolle der Funktionen sollte sich nach den Tz. 9.23-9.28 OECD-Leitlinien 2010 richten.<sup>985</sup> Anders als noch im Intangibles Draft 2012 führt ein Fehlen von Kontrolle durch den Eigentümer indes nicht sofort zur Zuweisung der nichtkontrollierten Funktion an die Entität, die ihre Ausübung kontrolliert,<sup>986</sup> sondern zunächst nur zu einem Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung für die Ausübung der Kontrollfunktionen.<sup>987</sup> Nach den Umständen des Einzelfalles kann diese angemessene Höhe der erforderlichen Vergütung für ausgelagerte Funktionen oder deren Kontrolle jedoch „any share of the total anticipated profit attributable to the intangible“<sup>988</sup> umfassen.

Beibehalten wird im Revised Discussion Draft 2013 im Kern auch das „important functions“-Konzept des Intangibles Draft 2012, erneut mit etwas anderer Systematik und teils abweichender Begrifflichkeit. So seien zunächst bei der Ermittlung der Vergütung für die ausgelagerten Funktionen und deren Kontrolle bestimmte Funktionen<sup>989</sup> von besonderer Bedeutung.<sup>990</sup> Ferner wird diejenige Entität, die aufgrund von Eigentum an immateriellen Werten sämtliche oder wesentliche Anteile der Erträge des immateriellen Werts beansprucht, regelmäßig durch eigenes Personal diese „wichtigen“ Funktionen des DEMP-Prozess selbst ausüben. Diese „wichtigen“ Funktionen tragen maßgeblich zum Entstehen des immateriellen Werts bei und ihre Ausübung müsse „dementsprechend“ vergütet werden.<sup>991</sup> Daher werde es regelmäßig sachgerecht sein, die „profit split method“ anzuwenden.<sup>992</sup>

Der Revised Discussion Draft 2013 nimmt – anders der Intangibles Draft 2012, der nur die Kostentragung neben der Funktionsausübung und Risikotragung erwähnte – allgemeiner die von den Parteien in den DEMP-Prozess eingebrachten Wirtschaftsgü-

---

<sup>985</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 76.

<sup>986</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 40.

<sup>987</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 77.

<sup>988</sup> Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 78, näher definiert wird weder „total“ noch „anticipated“ noch „attributable“. Zu letzterem Merkmal immerhin Tz. 6.39 OECD-Leitlinien 2010.

<sup>989</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 79: „Depending on the facts and circumstances, these more important functions would generally include, among others, design and control of research and marketing programmes, management and control of budgets, control over strategic decisions regarding intangible development programmes, important decisions regarding defence and protection of intangibles, and ongoing quality control over functions performed by independent or associated enterprises that may have a material effect on the value of the intangible.“

<sup>990</sup> Im Intangibles Draft 2012 waren die „especially important functions“ Teil *direkten* der Beurteilung, welche Entität(en) zum Ausweis der IRR berechtigt sind, a.a.O., Tz. 39.

<sup>991</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 80.

<sup>992</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 80 f.

ter in den Blick, insbesondere Finanzmittel und andere immaterielle Werte.<sup>993</sup> Elaboriert wird die Ermittlung einer „angemessenen“ Vergütung für die Einbringung von Finanzmitteln, d.h. für die Kostentragung. Weiterhin soll die Kostentragung allein nicht zu wirtschaftlichem Eigentum an immateriellen Werten führen können. Unter fremden Dritten würde die Kostentragung im DEMP-Prozess ohne Kontrolle über die Risiken oder Ausübung weiterer Funktionen nicht zu derselben Vergütung führen, wie sie ein vergleichbarer Investor erhalten würde, der neben der Kostentragung die Kontrolle über die Risiken oder weitere Funktionen ausübt.<sup>994</sup> Die Übernahme des Finanzierungsrisikos ohne weitere operative Risiken oder Funktionen der finanzierten Tätigkeit berechtige den Kapitalgeber daher nur zu einem „risk-adjusted rate of anticipated return on ist capital invested, but not more.“<sup>995</sup> Die maßgeblichen Fragen seien daher in jedem Fall: (i) Welches konkrete Finanzierungsrisiko hat die kapitalgebende Entität übernommen, (ii) hat die kapitalgebende Entität die finanzielle Kapazität das Risiko zu tragen, wenn es sich materialisiert, (iii) wie und durch wen wird das finanzielle Risiko kontrolliert, und (iv) was ist eine fremdüblich Vergütung für die Übernahme des konkreten finanziellen Risikos?<sup>996</sup>

Bei der Prüfung der übernommenen Risiken als Teil der Funktionsanalyse wird unmittelbar auf das Prüfungsverfahren der Tz. 9.10-9.46 OECD-Leitlinien 2010 verwiesen.<sup>997</sup> Etwas gestärkt gegenüber dem Intangibles Draft 2012 wird dadurch die Bedeutung von Vergleichswerten und – als Folge dessen – die Anwendung des Kontrollerfordernisses etwas eingeschränkt. Kontrollieren in diesem Zusammenhang andere Entitäten als der rechtliche Eigentümer des immateriellen Werts Risiken des DEMP-Prozesses, müssen diese Beiträge „angemessen“ vergütet werden, inklusive dem durch die Entitäten übernommenen Risiko. Einige Risiken werden bei der Funktionsanalyse – im Intangibles Draft 2012 hieß es dagegen noch bei der Beurteilung der Berechtigung zur Teilhabe an IRR<sup>998</sup> – eine besondere Bedeutung haben.<sup>999</sup> Fallen ferner die

---

<sup>993</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 82 ff.

<sup>994</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 82.

<sup>995</sup> Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 84.

<sup>996</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 84.

<sup>997</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 85.

<sup>998</sup> Vgl. OECD Intangibles Draft 2012, Tz. 43.

<sup>999</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 87: „Particular types of risk that may have importance in a functional analysis relating to transactions involving intangibles include (i) risks related to development of intangibles, including the risk that costly research and development or marketing activities will prove to be unsuccessful; (ii) the risk of product obsolescence, including the possibility that technological advances of competitors will adversely affect the value of the intangibles; (iii) infringement risk, includ-

vertragliche Risikoverteilung und die tatsächliche Kostentragung, wenn sich die Risiken materialisieren, auseinander, sei „möglicherweise“ eine Verrechnungspreisanpassung erforderlich, um die wahre Risikotragung zutreffend abzubilden.<sup>1000</sup>

Der Revised Discussion Draft 2013 fasst im Ergebnis zusammen, dass der Eigentümer eines immateriellen Werts nur dann zum steuerlichen Ausweis aller „returns attributable to intangibles“ (RAI) berechtigt ist, wenn er (i) alle „wichtigen“ Funktionen des DEMP-Prozesses selbst ausübt und kontrolliert, (ii) die sonstigen, ausgelagerten Funktionen kontrolliert und den funktionsausübenden Unternehmen dafür eine fremdübliche Vergütung leistet, (iii) alle Wirtschaftsgüter, die im DEMP-Prozess erforderlich sind, einbringt, und (iv) alle Risiken und Kosten des DEMP-Prozesses trägt und kontrolliert.<sup>1001</sup> In dem Umfang, in dem andere verbundene Unternehmen im DEMP-Prozess Funktionen ausüben, Wirtschaftsgüter einbringen und/oder Risiken tragen, muss für die Erbringung dieser Beiträge jeweils ein Anteil an den RAI in Form einer fremdüblichen Vergütung transferiert werden, die den erwarteten Nutzen der individuellen Beiträge für das Entstehen der Werthaltigkeit des immateriellen Werts abbildet. Diese „fremdübliche“ Vergütung könne, je nach Umständen des Einzelfalls, die gesamten oder substantielle Anteile an den RAI umfassen.<sup>1002</sup>

Die Funktionsweise dieses System wird (u.a.<sup>1003</sup>) veranschaulicht durch eine Revision des Marketing-Beispiels der OECD-Leitlinien 1995/2010.<sup>1004</sup> Betont wird nunmehr das Erfordernis des Eigentümers, zur Vermeidung einer zusätzlichen Vergütungspflicht nicht nur Kosten der Marketingaktivitäten des verbundenen Unternehmens zu erstatten, sondern kumulativ die Marketingaktivitäten auch substantiell inhaltlich zu steuern und zu kontrollieren.<sup>1005</sup> Daneben wird der Bezugspunkt der zusätzlichen Vergütungspflicht geweitet. Während der Bezugspunkt der OECD-Leitlinien 2010 in der Konstellation vorrangig die Kostentragung der Marketingentität war, bezieht der Revised Discussion Draft 2013 die zusätzliche Vergütung auf sämtlichen potentiellen wirt-

---

ing the risk that defence of intangible rights or defence against other persons' claims of infringement may prove to be time consuming, costly and/or unavailing; and (iv) product liability and similar risks related to products and services based on the intangibles. The existence and level of such risks will depend on the facts and circumstances of each individual case and the nature of the intangible in question.”

<sup>1000</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 88.

<sup>1001</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 89.

<sup>1002</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 90.

<sup>1003</sup> Vgl. insb. a. die Beispiele 5-14 des Anhangs zu Kapitel VI des Revised Intangibles Draft 2013.

<sup>1004</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 6.36 ff., Besprechung oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.4.

<sup>1005</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 95, gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 6.37.

schaftlichen Nutzen, der für den Eigentümer des immaterielle Werts durch die Wertschöpfung der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken/Kosten der Marketingentität im Ergebnis entsteht.<sup>1006</sup> Während der Eigennutzen der Marketingentität sich in solchen Fällen auch auf die Entwicklung und Wertsteigerung eines eigenen immateriellen Werts beziehen können (etwa eine eigenes Vertriebsrecht), könnten Konstellationen auftreten, in denen die Vertriebsentität Funktionen ausübt, die eine unabhängige Vertriebsentität mit „vergleichbaren“ Vertriebsrechten nicht ausgeübt hätte und die zur Wertschöpfung mehr beitragen als die Funktionen vergleichbarer unabhängiger Vertriebsentitäten dies hätten.<sup>1007</sup> Die infolgedessen erforderliche, „zusätzliche“ Vergütung für die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken/Kosten der Vertriebsentität – ermittelt entlang der o.g. Maßgaben, insbesondere den Kontrollerfordernissen – könne in Form eines höheren Vertriebsgewinns anfallen (etwa in Folge eines niedrigeren Einkaufspreises für die vertriebenen Produkte), in Form einer niedrigeren Lizenzgebühr oder durch eine Teilhabe an den Gewinnen, die durch die Wertsteigerung des immateriellen Werts durch die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken/Kosten der Vertriebsentität, generiert werden können.<sup>1008</sup>

### **3. Das OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable**

Das OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable war ein teilfinaler Bericht, dessen Abschnitt B. „Ownership of Intangibles and transactions involving the development, enhancement, maintenance and exploitation of intangibles<sup>1009</sup>“ erneut unter Änderungsvorbehalt gestellt wurde. Dies war erforderlich, da die Revision des Kapitel I der OECD-Leitlinien 2010 noch nicht erarbeitet war und bis zur Veröffentlichung des Deliverable noch kein Konsens über den finalen Inhalt des neuen Kapitel VI Abschnitt B. erreicht werden konnte. Dieser Abschnitt B. des Deliverable 2014 behält die Grundausrichtung der Verrechnungspreiskontrolle für immaterielle Werte, die durch den Intangibles Draft 2012 entworfen und im Revised Discussion Draft 2013 systematisiert wurde, bei und erkennt die Beurteilung der Frage, welche Entität der multinationalen Unternehmensgruppe letztlich berechtigt sei, an den Erträgen der Unternehmensgruppe aus der Verwertung von immateriellen Werten teilzuhaben („ultimately

---

<sup>1006</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 96 gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 6.38.

<sup>1007</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 96 gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 6.38.

<sup>1008</sup> Vgl. Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 96 gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 6.38.

<sup>1009</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.32 ff.

entitled to share in the returns derived by the group from exploiting intangibles”), weiterhin als entscheidend („crucial“).<sup>1010</sup> Dabei betont das 2014 Deliverable allerdings die Reziprozität mit der Kostenallokation.<sup>1011</sup> Ferner wurde gegenüber dem Revised Discussion Draft 2013 nochmals stärker die Geltung des Regelverfahrens der Kapitel I-III der OECD-Leitlinien 2010 bei dieser Beurteilung betont. So sollen zwar weiterhin die anderen Entitäten, die – ohne Eigentümer des immateriellen Werts zu sein – im DEMPE-Prozess Funktionen ausüben, Wirtschaftsgüter einbringen und/oder Risiken tragen für diese Beiträge eine „fremdübliche“ Vergütung erhalten. Ersatzlos gestrichen wurde aber die anfängliche Erwägung aus Abschnitt B, diese fremdübliche Vergütung könne konzeptionell als Allokation der gesamten oder wesentlicher Teile der „returns attributable to the intangible“ ausgestaltet werden.<sup>1012</sup> Dieser neuerliche Betonungswechsel wird unterstrichen durch die Einfügung einer Systematisierung der Anwendungsschwierigkeiten der Kapitel I-III bei Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten. Diese Schwierigkeiten können u.a. bestehen in:

- (i) „a lack of comparability between the intangible related transactions undertaken between associated enterprises and those transactions that can be identified between independent enterprises
- (ii) a lack of comparability between the intangibles in question;
- (iii) *the ownership and/or use of different intangibles by different associated enterprises within the MNE group;*
- (iv) the difficulty of isolating the impact of any particular intangible on the MNE group’s income;
- (v) *the fact that various members of an MNE group may perform activities relating to the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of an intangible, often in a way and with a level of integration that is not observed between independent enterprises;*
- (vi) the fact that contributions of various members of the MNE group to intangible value may take place in years different than the years in which any associated returns are realised; and
- (vii) *the fact that taxpayer structures may be based on contractual terms between associated enterprises that separate ownership, the assumption of risk, and/or funding of investments*

---

<sup>1010</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.32.

<sup>1011</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.32. Diese Reziprozität eröffnet sicherlich einiges an Gestaltungspotential in der Zukunft, da die wichtigen Personalfunktionen somit nicht nur die letztlich eventuell anfallenden Erträge „anziehen“, sondern auf dem Weg dahin zunächst (nur) von der Bemessungsgrundlage abzugsfähige Kosten.

<sup>1012</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.32 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 65.

*in intangibles from performance of important functions, control over risk, and decisions related to investment in ways that are not observed in transactions between independent enterprises and that may contribute to base erosion and profit shifting.*<sup>1013</sup>

Zusammengenommen ergeben diese Anwendungsschwierigkeiten keine grundlegend von den vorherigen Entwürfen der OECD Working Party No. 6 abweichende Problemanalyse. Insbesondere durch das Zusammenwirken der Punkte (iii), (v) und (vii) liegt dem Deliverable 2014 weiterhin die Identifikation konzeptionellen Probleme der Funktionsanalyse als Teil der Vergleichbarkeitsanalyse und als Anwendungsgrundlage der Verrechnungspreismethoden zugrunde, die auch den vorherigen Entwürfen zugrundelag. Dementsprechend blieb auch die Strukturierung der Prüfung der Berechtigung zum steuerlichen Ausweis der Erträge aus immateriellen Werten im Sinne eines „six-step „framework“, das im Revised Discussion Draft erarbeitet wurde, insbesondere auch das „important functions“-Konzept des „step (ii)“,<sup>1014</sup> unverändert.<sup>1015</sup>

Die Prüfung der rechtlichen Positionen und vertraglichen Abreden als „starting point“ wird im Deliverable 2014 allerdings inhaltlich etwas gestärkt, indem die möglichen Funktionen und Verantwortlichkeiten ausgeführt und betont werden, die sich aus rechtlichen Positionen und vertraglichen Abreden für die an der Transaktion beteiligten Parteien ergeben können.<sup>1016</sup> Ebenfalls betont wurde daher die Geltung der Tz. 1.52 OECD-Leitlinien 2010 gegenüber dem ausschließlichen Verweis auf Tz. 1.53 OECD-Leitlinien 2010 bei der Feststellung, dass der zivilrechtliche Eigentümer auch als der

---

<sup>1013</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.32 (kursiv hinzugefügt) gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 65 f.

<sup>1014</sup> Das „six-step framework“ ist oben angeführt, vgl. Kapitel II, Abschnitt II, C.III.2.

<sup>1015</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.34 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 66. Die Führung der US-Delegation bei den BEPS-Verhandlungen, *Robert Stack*, hat später eingeräumt, durch den Betonungswechsel diese konzeptionelle Konsistenz mit dem Revised Discussion Draft 2013 und die daraus entstehenden Implikationen zunächst übersehen zu haben. Die US-Delegation versuchte daher – mit teilweise Erfolg – den Final Report „aggressiv“ entsprechend den eigenen Vorstellungen zu prägen, vgl. etwa *Parillo*, Robert Stack – BEPS and the United States, Tax Analysts, Doc 2014-29348: „I do believe that because there are so many successful and prominent U.S. multinationals it is in the interest of the United States to be sure that our taxpayers are being treated fairly around the world, that they have rules that are clear and administrable, and that we as the U.S. government are not opening the door to rules that will create greater and greater tax disputes,” Stack said. “So in those two senses we have had to be aggressive in defending the U.S. position in the BEPS space.”

<sup>1016</sup> Vgl. die Einfügung in OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.35: „Contracts may describe the roles, responsibilities and rights of associated enterprises with respect to intangibles. They may describe which entity or entities provide funding, undertake research and development, maintain and protect intangibles, and perform functions necessary to exploit the intangibles, such as manufacturing, marketing and distribution. They may describe how receipts and expenses of the MNE associated with intangibles are to be allocated and may specify the form and amount of payment to all members of the group for their contributions. The prices and other conditions contained in such contracts may or may not be consistent with the arm’s length principle.”

Eigentümer für Verrechnungspreiszwecke anzusehen ist.<sup>1017</sup> Dies ändert jedoch nichts daran, dass weiterhin die Ermittlung des zivilrechtlichen Eigentums zwar als „important first step“<sup>1018</sup> bezeichnet wird, dieser aber losgelöst und gesondert von der Ermittlung fremdüblicher Vergütungen für die erbrachten Beiträge zur Wertschöpfung sei, da zivilrechtliches Eigentum für sich genommen keinerlei Berechtigung vermittele, Erträge der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts steuerlich auszuweisen, auch wenn diese Erträge zunächst infolge der vertraglichen Gestaltung des kommerziellen Verwertungsprozesses beim rechtlichen Eigentümer anfallen.<sup>1019</sup> Die Berechtigung des Eigentümers zum Ausweis dieser Erträge hänge allein von den Funktionen ab die der Eigentümer ausübt, von den Wirtschaftsgütern, die er einbringt und den Risiken, die er trägt sowie von den Beiträgen anderer Gruppenentitäten in der Form von ausgeübten Funktionen, eingebrachten Wirtschaftsgütern und übernommenen Risiken. Gegenüber dem Revised Discussion Draft 2013 wurde verdeutlicht, dass der Eigentümer, so er bei der gruppeninternen Entwicklung eines immateriellen Werts keine wesentlichen Funktionen ausübt, Wirtschaftsgüter einbringt oder Risiken trägt, wenn überhaupt, eine seinem funktionalen Profil entsprechende Vergütung für die Rechtsinhaberschaft („title holding“), aber keinerlei residuellen Erträge aus der Verwertung des immateriellen Werts, ausweisen darf.<sup>1020</sup> Zivilrechtliches Eigentum und vertragliche Abreden seien einzig und allein Referenzpunkte, um Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen zu identifizieren und zu prüfen und jeder Gruppenentität eine „angemessene“ Funktionsvergütung zuzuordnen.<sup>1021</sup> Das Deliverable 2014 ergänzt diese Ausführungen zum System der angemessenen Funktionsvergütungen durch allgemeine Erwägungen zur Unterscheidung von *ex-ante*-Vergütungen, die sich auf zukünftige, aber zum Zeitpunkt der Transaktion erwartete Erträge beziehen, und *ex-post*-Vergütungen, die sich auf tatsächlich durch eine Entität der Unternehmensgruppe erzielte Einkünfte beziehen.<sup>1022</sup> Die angemessenen Funktionsvergütungen für Entitäten, die Beiträge im DEMPE-Prozess leisten sei

---

<sup>1017</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.40 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 71.

<sup>1018</sup> OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.42.

<sup>1019</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.42 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 73.

<sup>1020</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.42 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 73.

<sup>1021</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.43 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 73.

<sup>1022</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.44.

grundsätzlich auf *ex-ante*-Basis zu ermitteln; die Allokation von tatsächlichen *ex-post*-Vergütungen oder Verlustzuweisungen hänge dagegen von den Umständen des Einzelfalles ab<sup>1023</sup> und bedürfe einer besonderen Erwähnung im Deliverable 2014, um eine zulässige Vergütungsform darzustellen.<sup>1024</sup> Damit wird die Tendenz des Revised Intangibles draft 2013 etwas gebremst, oft direkt zu einem „profit split“ zu führen. Umgekehrt wurde allerdings eine abstrakte Diskussion der „relativen“ Bedeutung der Beiträge der Gruppenunternehmen zur Generierung des immateriellen Werts durch die jeweils ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken in das Deliverable 2014 aufgenommen, ohne diese Diskussion deutlich in das System der Vergleichbarkeitsanalyse bzw. der Verrechnungspreismethodenwahl nach Kapitel I-III der OECD-Leitlinien 2010 einzuordnen, so dass die Konnotation der regelmäßigen Sachgerechtigkeit der Gewinnaufteilungsmethode, die als einzige Verrechnungspreismethode das „relative“ Gewicht der erbrachten Beiträge der Parteien einer Geschäftsbeziehung direkt abzubilden versucht, verbleibt.<sup>1025</sup>

Die relative Bedeutung der Beiträge der Gruppenunternehmen hänge von den Umständen des Einzelfalles ab und sei Teil der Prüfung, wie die Entitäten – einschließlich des rechtlichen Eigentümers des immateriellen Werts – für ihre ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken im DEMPE-Prozess „angemessen“ vergütet werden müssen. Das Deliverable 2014 behält dabei den Ansatz der vorherigen Entwürfe bei, dass rechtliches Eigentum für sich genommen nicht das Recht impliziere, die Erträge aus der kommerziellen Verwertung eines immateriellen Werts oder den Residualbetrag nach angemessener Vergütung der erbrachten Beiträge anderer Gruppenunternehmen steuerlich auszuweisen.<sup>1026</sup> Vielmehr sei unter Geltung des Fremdvergleichsgrundsatzes jeder wertschöpfende Beitrag eines verbundenen Unternehmens zur Entstehung immaterieller Werte („contribution to the creation of intangible value“) zu identifizieren und angemessen zu vergüten. Im Wege der Risiko- und Funktionsanalyse seien daher die jeweils ausgeübten und kontrollierten Funktionen, der jeweilige Einsatz von Kapital und die jeweils übernommenen und kontrollierten Risiken der Parteien festzustellen.<sup>1027</sup> Jeder dieser Beiträge kann vom Eigentümer oder einer anderen Entität erbracht werden und wird, ebenso wie die relative Bedeu-

---

<sup>1023</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.45.

<sup>1024</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.45.

<sup>1025</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.49.

<sup>1026</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.47.

<sup>1027</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.48.

tung für die Wertschöpfung, von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Insbesondere können dabei Schwierigkeiten entstehen, wenn immaterielle Wert (i) innerhalb der Unternehmensgruppe selbst geschaffen und/oder unfertig übertragen werden, (ii) wenn erworbene oder selbstgeschaffene immaterielle Werte als Plattform für weitere Entwicklungen dienen bzw. (iii) wenn „andere Umstände“ greifen, etwa die Wertschöpfung in Marketing- oder Produktionsprozessen stark von immateriellen Werten abhängig ist. Obwohl durchaus verborgen unter dem vielfachen Bezug auf die „ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken“ und der Maßgeblichkeit der „Umstände des Einzelfalls“, enthält das Deliverable 2014 durch (i) die wertende Betrachtung des relativen Gewichts der Einzelbeiträge im Wertschöpfungsprozess, (ii) durch den Bezugspunkt der durch die gesamte Unternehmensgruppe generierten Erträge durch die kommerzielle Verwertung des immateriellen Werts und (iii) durch das Kontrollerfordernis bei der Ermittlung des Inhaltes der wirtschaftlichen Beiträge der Entitäten substanziell noch die (ebenfalls radikal neue) Funktionsweise der Risiko- und Funktionsanalyse des Revised Discussion Draft 2013.

Dies wird durch eine Betrachtung der weiteren Ausführungen des Deliverables 2014 zur Funktionsanalyse deutlich, auch wenn in diesen ebenfalls der Trend zu einer stärkeren Ausrichtung am Fremdvergleichsgrundsatzes der OECD-Leitlinien 2010 gegenüber den freieren Wertungen des Intangibles Draft 2012 und des Revised Discussion Draft 2013 fortgesetzt wird. So sind im Deliverable 2014 im Kontext der Beurteilung der Ausübung und Kontrolle von Funktionen die anfänglichen Ausführungen des Revised Discussion Draft 2013, dass die Betrachtung der ausgeübten und/oder kontrollierten Funktionen eine „key consideration“ bei der Ermittlung der Entitäten sei, die letztlich berechtigt sind, die „returns attributable to intangibles“ (RAI) auszuweisen, aufgehoben und ersetzt worden durch die Ausgangserwägung, dass gemäß Kapitel I-III der OECD-Leitlinien 2010 jede Entität eine „fremdübliche“ Vergütung für ihre ausgeübten Funktionen zu erhalten habe, wobei die Feststellung der Ausübung der DEMPE-Funktionen jedoch Teil der Feststellung sei, welche Entitäten letztlich berechtigt sind, die „returns derived by the MNE group from the exploitation of intangib-

les<sup>1028</sup> auszuweisen. Im Deliverable 2014 fehlt der anfängliche Verweis auf die Kontrolle der Funktionen und die Bezugsgröße der RAI wurde erneut umbenannt.<sup>1029</sup>

Die Erforderlichkeit jeden Beitrag der verbundenen Unternehmen „angemessen“ zu vergüten impliziert, dass der Eigentümer im DEMPE-Prozess alle Funktionen ausüben, alle Wirtschaftsgüter einbringen und alle Risiken tragen muss, um zum Ausweis der gesamten Erträge aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts berechtigt zu sein.<sup>1030</sup> Dabei obliege es der unternehmerischen Entscheidung des Eigentümers, diese Funktionen (anteilig) an verbundene oder unverbundene Unternehmen auszugliedern und nicht selbst durch eigene Angestellte auszuüben, da unter fremden Dritten einige Funktionen („certain functions“) gelegentlich („sometimes“) ebenfalls ausgegliedert werden.<sup>1031</sup> Werden Funktionen an verbundene Unternehmen ausgegliedert, müssen diese entsprechend den Maßgaben der Kapitel I-III der OECD-Leitlinien 2010 eine „angemessene“ Vergütung erhalten.<sup>1032</sup> Unter fremden Dritten würde ein Eigentümer typischerweise („usually the case“) die Ausgliederung von DEMPE-Funktionen so gestalten, dass er diese weiterhin steuert oder kontrolliert („direction or control“). Das Deliverable 2014 ist also eher deskriptiv als präskriptiv formuliert,<sup>1033</sup> bezieht sich für die Feststellung, wer die Kontrolle über die ausgegliederten Funktionen ausübt indes ebenfalls auf die Maßgaben der Tz. 9.22-9.28 der OECD-Leitlinien 2010.<sup>1034</sup> Durch die besondere Natur der Beziehungen zwischen verbunde-

---

<sup>1028</sup> OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.50. Vgl. zum Begriff der „exploitation“ S. 93, Note 2: „As used herein, exploitation of an intangible includes both the transfer of the intangible or rights in the intangible and the use of the intangible in commercial operations.“

<sup>1029</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.50 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 75.

<sup>1030</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.51 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 76.

<sup>1031</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.51 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 76.

<sup>1032</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.52 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 77 (dort der etwas unbestimmter Verweis auf die Notwendigkeit, den „intangible value anticipated to be created through such [outsourced] functions“ zu vergüten).

<sup>1033</sup> Anders Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 76 : „In transactions between independent enterprises, certain functions are sometimes outsourced to other entities. A member of an MNE group that is the legal owner of intangibles could similarly be expected to retain either independent enterprises or associated enterprises, transacting on an arm’s length basis, to perform functions related to the development, enhancement, maintenance, and protection of intangibles. In such cases, however, the party performing the outsourced functions *should operate under the control of the legal owner*. In assessing what member of the MNE group in fact controls the performance of the relevant functions, principles analogous to those of paragraphs 9.23 through 9.28 apply.“

<sup>1034</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.53 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 76. Der Einbezug auf die Tz. 9.22, die das Kontrollerfordernis als Teil der Prüfung der „Substanz“ einer vertraglichen Allokation etabliert, mag auf eine Tendenz hindeuten, das Kontrollerfordernis in Kapitel VI des Deliverables 2014 ebenfalls mehr als Substanzerfordernis, denn als Teil einer „Gesamtwertung“

nen Unternehmen wird es dabei vorkommen, dass eine andere Entität als der Eigentümer die Ausübung von ausgegliederten Funktionen tatsächlich kontrolliert. In solchen Fällen hat diese Entität eine „angemessene“ Vergütung für die Ausübung dieser Kontrollfunktionen zu erhalten.<sup>1035</sup> Daraus folge, dass ein Eigentümer, der die DEMPE-Funktionen weder ausübt noch kontrolliert nicht berechtigt ist, irgendwelche laufenden Vorteile aus diesen ausgegliederten Funktionen zu ziehen („not entitled to any benefits attributable to the outsourced functions“).<sup>1036</sup> Unbelassen bleibe dem Eigentümer die Teilhabe an Erträgen der Unternehmensgruppe aus immateriellen Werten in Form einer Vergütung für eingebrachte Wirtschaftsgüter oder übernommene Risiken; an Erträgen der Unternehmensgruppe, die durch die Ausübung oder Kontrolle von Funktionen generiert werden, teilzuhaben, ist der Eigentümer jedoch nicht berechtigt.

Je nach den Umständen des Einzelfalls könne die „fremdübliche“ Vergütung, die der Eigentümer in diesen Fällen den anderen Entitäten für deren Ausübung oder Kontrolle von DEMPE-Funktionen zu leisten hat, ferner jeden beliebigen Anteil an den Gesamterträgen der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts umfassen.<sup>1037</sup> Bei dieser Beurteilung sei das relative Gewicht der jeweiligen Funktionen zu berücksichtigen und die Ausübung von einem Mehr an signifikanten Funktionen durch eine entsprechend höhere Vergütung abzugelten.<sup>1038</sup> Bei dieser Beurteilung der erforderlichen, fremdüblichen Vergütungen werden ferner bestimmte Funktionen ein besonderes Gewicht haben („special significance“). Gegenüber dem Revised Discussion Draft 2013 werden diese wichtigen Funktionen deutlicher systematisiert und getrennt in strategische Funktionen bei der gruppeninternen Entwicklung von immateriellen Werten sowie bei solche, die bei jedem immateriellen Wert besonderes Gewicht haben.<sup>1039</sup> Das Besondere dieser Funktionen sei es, dass sie typischerweise wesentlich zur Erschaffung des immateriellen Werts beitragen, weshalb die Ausübung dieser Funktionen mit einer angemessenen Beteiligung an den Erträgen der Unternehmensgruppe aus der Verwertung des immateriellen Werts vergütet werden

---

aufzufassen und zu betonen. Diese Tendenz wurde jedenfalls in der Folge, insb. auf Drängen der US-Delegation, intensiviert.

<sup>1035</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.53 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 77.

<sup>1036</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.54.

<sup>1037</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.54.

<sup>1038</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.55. Eine konkrete Verrechnungspreismethode wird nicht genannt, so hängt die Aussage etwas in der Luft.

<sup>1039</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.56 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 79.

müsse.<sup>1040</sup> Da sich für die Ausübung dieser Funktionen ferner häufig keine Vergleichswerte finden lassen werden, wird dieses Ergebnis durch Verrechnungspreismethoden erreicht werden müssen, die nicht direkt auf Vergleichswerten basieren, insbesondere durch die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1041</sup> Allgemein werden diese „important functions“ maßgeblich für die Steuerung der verschiedenen Funktionen, Wirtschaftsgüter und Risiken im gesamten DEMPE-Prozess sein und daher für den Wertschöpfungsprozess entscheidend; was grundsätzlich die Anwendung einseitiger Verrechnungspreismethoden entgegenstehe.<sup>1042</sup> Daneben können Fällen entstehen, in denen die Auslagerung der wichtigen Funktionen unter fremden Dritten, die sich wirtschaftlich rational verhalten, gar nicht vorkommen würde und die tatsächliche Strukturierung zwischen den verbundenen Unternehmen die Ermittlung eines angemessenen Verrechnungspreises verhindert („impedes“), wodurch eine Recharakterisierung der Transaktion erforderlich sein werden kann.<sup>1043</sup>

Die Beurteilung der eingebrachten Wirtschaftsgüter, die im Revised Discussion Draft 2013 in Ergänzung des Intangibles Draft 2012 entworfen wurde,<sup>1044</sup> wird im Deliverable 2014 beibehalten. Die entscheidende Frage hinter diesen Ausführungen ist das Verhältnis der Kostentragung zur Teilhabe an den Ergebnissen der finanzierten Tätigkeit, d.h. zur Teilhabe an den Erträgen der Unternehmensgruppe aus der Verwertung des immateriellen Werts, der durch die finanzierte Tätigkeit entsteht, erweitert, erhalten, geschützt oder verwertet („DEMPE“) wird.<sup>1045</sup> Der wesentliche argumentative Schritt ist die Trennung der Einbringung von Finanzmitteln (d.h. Kostentragung) und der Übernahme von bestimmten Finanzierungsrisiken, die in der Kostentragung Ausdruck finden; es gebe kein „standard set of risks assumed“ durch die Kostentragung, sondern die Risiken werden je nach den Umständen des Einzelfalls, dem Verhalten und der Solvenz, der Parteien, der Kontrolle und anderer Faktoren unterschiedlich

---

<sup>1040</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.56 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 79 f. Gestrichen aus dem Deliverable 2014 wurde die im Revised Intangibles Draft 2013 enthaltene Maßgabe, jede Entität, die wesentlich Anteile an den Erträgen der Unternehmensgruppe aus der Verwertung immaterieller Werte ausweisen, müssen diese „wichtigen Funktionen“ selbst durch eigene Angestellte ausüben.

<sup>1041</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.57 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 80.

<sup>1042</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.58 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 81.

<sup>1043</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.57 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 80.

<sup>1044</sup> Vgl. ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.II.2.

<sup>1045</sup> Siehe oben zur Arbeitshypothese der OECD Working Party No. 6.

sein.<sup>1046</sup> Das Deliverable 214 trifft die Schlussfolgerung, dass nicht angenommen werden könne, dass die finanzierende Entität stets die Risiken des Entwicklungsprozesses trägt.<sup>1047</sup> Die Übernahme der Finanzierungsfunktion für sich genommen berechtige daher nur zu einem „risk-adjusted rate of anticipated return on its funding“.<sup>1048</sup>

Bis auf einige sprachliche Anpassungen gegenüber dem Revised Discussion Draft 2013 unverändert geblieben sind die Ausführungen zur Übernahme von Risiken.<sup>1049</sup> Betont wurde indes die Reichweite der Folgen, die sich aus der Kontrolle über Risiken durch andere Entitäten als dem zivilrechtlichen Eigentümer der Immateriellen Werte und der entsprechenden Allokation dieser Risiken „weg“ vom Eigentümer ergeben können: Die erforderliche, „fremdübliche“ Vergütung für die Übernahme und Kontrolle der Risiken könne dazu führen, dass den risikotragenden Entitäten der erwartete Gewinn aus der Verwertung des immateriellen Wertes zusteht, der verbleibt nachdem der Eigentümer für seine ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken vergütet wurde.<sup>1050</sup> Die geringen Änderungen waren indes nicht der Reife des Konsenses über die Behandlung von Risiken geschuldet, sondern den laufenden Verhandlungen zur wirtschaftlichen Zuordnung von Risiken.

#### **4. Der Discussion Draft on the Revisions to Chapter I**

Infolge der Risikolastigkeit der operativen Entwicklung und Nutzung immaterieller Werte und der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke entlang der Tragung des Entwicklungsrisikos durch die DAR und vergleichbare Ansätzen, die sich implizit sowohl in den OECD-Leitlinien 1995/2010 als auch in den Verwaltungsanweisungen des BMF finden,<sup>1051</sup> haben die Regeln über die wirtschaftliche Zuordnung von Risiken maßgebliche Auswirkungen auf Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten.<sup>1052</sup> Am 19.12.2014 legte OECD Working Party No. 6 den „Public Discussion Draft, BEPS Actions: 8, 9 and 10: Discussion Draft on the Revisions to Chapter I of the Transfer Pricing Guidelines (Includ-

---

<sup>1046</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.60 sowie Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 83.

<sup>1047</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.60 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 83.

<sup>1048</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.61 gegenüber Revised Intangibles Draft 2013, Tz. 84.

<sup>1049</sup> Vgl. ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.2.

<sup>1050</sup> OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.63 a.E.

<sup>1051</sup> Vgl. ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.I.

<sup>1052</sup> Vgl. OECD Risks Discussion Draft 2014/15, S. 2.

ing Risk, Recharaterisation, and Special Measures) vor.<sup>1053</sup> Dieser Discussion Draft on Risks besteht aus zwei Teilen, (i) der Neufassung des Abschnitts D. des Kapitels I der OECD-Leitlinien 2010 sowie (ii) aus einer Darstellung möglicher „special measures“ zur Verhinderung von BEPS und zur Zusammenführung von steuerlichem Gewinnausweis und wirtschaftlicher Wertschöpfung in „besonderen“ Situationen. Inhaltlich zeigte sich, dass der Discussion Draft on Risks nicht nur ein fehlendes Element des Kapitels VI liefern sollte, sondern auch von den bisherigen Arbeiten am neuen Kapitel VI beeinflusst war und dessen Ergebnisse in das Kapitel I zu übertragen suchte. Dadurch zeigte sich, dass der erste Teil des Discussion Draft on Risks von Vorstellungen geprägt war, die radikale Neuerungen in der Grundausrichtung des internationalen Fremdvergleichssystems avisierten.

#### **a) Grundstruktur des Teil I des Discussion Draft on Risk**

Der erste Teil des Discussion Draft on Risks entwirft eine argumentativ komplexe Fortentwicklung des Kapitels I, Abschnitt D. der OECD-Leitlinien 2010, die verhindern soll, dass unangemessene Gewinne („inappropriate returns“) allein infolge von vertraglichen Risikoallokationen und des Kapitaleinsatzes steuerlich ausgewiesen werden können sowie, dass „BEPS“ durch Transaktionen entstehen kann, die nicht oder nur sehr selten zwischen unverbundenen Unternehmen erfolgen.<sup>1054</sup> Eigendank dieser Zielsetzung kennzeichnet den Teil I des Discussion Draft on Risks ein diffiziler Betonungswechsel, der sich (i) in einer formalen Änderung des Aufbaus der Durchführung der Vergleichbarkeitsanalyse, (ii) in einer grundsätzlichen Skepsis gegenüber vertraglichen Abreden sowie (iii) in einer Ausweitung und Vertiefung von wirtschaftlichen und wirtschaftstheoretischen Erwägungen bei der Analyse des „wahren“ wirtschaftlichen Gehalts der Transaktion im Kontext der einheitlichen Wertschöpfung un-

---

<sup>1053</sup> Der drei Tage zuvor vorgelegte erste Entwurf zur Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode in Global Value Chains (GVCs) wird in Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6. zusammen mit den zwei Folgentwürfen zur Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode besprochen, da sie nicht Teil des Final BEPS Report, sondern ausgegliedert wurden. Gleichwohl bedeutet diese Ausgliederung keine vollständige Eigenständigkeit der Revisionsverfahren. Vielmehr sind die Entwürfe zur Revision des Kapitels VI, aber auch des Kapitels I von der OECD Working Party No. 6 mit dem Gedanken an eine Ausweitung des Anwendungsbereichs verfasst worden, vgl. BNA Bloomberg, OECD's Hickman: Profit Splits ‚Different Type of Animal‘, 24 Transfer Pricing Report 1108, 07.01.2016.

<sup>1054</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, S. 1.

ter gemeinsamer Kontrolle innerhalb von Unternehmensgruppen<sup>1055</sup> entlang eines extensiven Verständnisses vom „tatsächlichen Verhalten“ der Parteien widerspiegelt.

In formaler Hinsicht ersetzt der Discussion Draft on Risks die Titel und die Gliederung der Unterabschnitte des Abschnitts D. „Guidance on für applying the arm’s length principle“. Der in den OECD-Leitlinien 2010 als „Comparability analysis“<sup>1056</sup> bezeichnete Unterabschnitt D.1 wird zu „Identifying the commercial or financial relations“ umbenannt, aber im Einleitungsabsatz weiterhin an die Durchführung der Vergleichbarkeitsanalyse geknüpft.<sup>1057</sup> Die Identifikation der kommerziellen oder finanziellen Beziehungen wird desweiteren untergliedert in die Durchführung einer Funktionsanalyse (D.1.1), eine Betrachtung der Charakteristika der Waren oder Dienstleistungen (D.1.2) sowie der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (D.1.3) und der Un-

---

<sup>1055</sup> Vgl. zunächst OECD Risk Discussion Draft, S. 13: „Sections D.2, D.3, and D.4 in particular give rise to several issues at the heart of the application of the arm’s length principle, on some of which Working Party No. 6 specifically invites comments before final guidance is drafted. In summary, *the issues tend to involve the extent to which associated enterprises can be assumed to have different risk preferences while they may also in fact be acting collaboratively in a common undertaking under common control.*“ (Kursiv hinzugefügt) Ferner eingängig im Kontext der Recharakterisierung, a.a.O. Tz. 85 ff.: „The underlying reason that may mainly generate an interest from tax administrations in non-recognition of arrangements made by taxpayers is that the transfer pricing analysis would otherwise attempt under the arm’s length principle to price a transaction that does not have arm’s length attributes. Attributes of non-arm’s length arrangements can be facilitated by *the ability of MNE groups to create multiple separate group companies, and to determine which companies own which assets, carry out which activities, assume which risks under contracts, and engage in transactions with one another accordingly, in the knowledge that the consequences of the allocation of assets, function, and risks to separate legal entities is overridden by control.* Except in certain regulated sectors, MNE groups have freedom to control their structures, including shareholding, capitalisation, and legal form. Structures based on multiple separate legal entities allow for separate legal ownership of assets, and location of activities and risks according to contracts between the separate legal entities. *Theoretically, there is no limit to the number of legal entities in an MNE group, and a group could, and sometimes does in practice, put individual contracts, assets, or risks into separate entities, with the result that the performance of activities can be conducted by a different legal entity to the one which owns assets or contractually bears risks.* As a consequence, transactions between the legal entities proliferate, and the nature of those transactions derives from the designated circumstances of the separate legal entities created by the MNE group. *Since MNE groups can control the environment in which transactions occur, including the number of separate legal entities, their capital structures, legal ownership of assets, and contractual arrangements, and since the resulting transactions derive from the environment created by the MNE group, it should not follow that this environment alone determines where profits arise for transfer pricing purposes.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1056</sup> OECD-Leitlinien 2010, S. 41.

<sup>1057</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 1: „As stated in paragraph 1.6 a “comparability analysis” is at the heart of the application of the arm’s length principle, and is based on a comparison of the conditions in a controlled transaction with the conditions in transactions between independent enterprises. There are two key aspects in such an analysis: the first aspect is to identify the commercial or financial relations between the associated enterprises and the conditions attaching to those relations in order that the controlled transaction is accurately delineated; the second aspect is to compare the conditions of the controlled transaction with the conditions of comparable transactions between independent enterprises. This section of Chapter I provides guidance on identifying the commercial or financial relations between the associated enterprises and on accurately delineating the controlled transaction. This first aspect is distinct from the second aspect of considering the pricing of that controlled transaction under the arm’s length principle.“

ternehmensstrategie (D.1.4); die Prüfung der vertraglichen Abreden taucht daneben nicht mehr als eigenständiger Prüfungspunkt auf.<sup>1058</sup> Obwohl im Rahmen der Funktionsanalyse auch die Risikoallokation festgestellt wird, tritt neben die Identifikation der kommerziellen oder finanziellen Beziehung der umfangreiche Unterabschnitt D.2 „Identifying risks in commercial or financial relations“ sowie ein Unterabschnitt D.3 „Interpretation“. Umbenannt und inhaltlich neugefasst wurde ferner der Unterabschnitt D.4 „Non-recognition“, der – wie der Titel bereits indiziert – den Unterabschnitt D.2 der OECD-Leitlinien 2010 „Recognition of the actual transactions undertaken“<sup>1059</sup> substantiell revidiert. Der Unterabschnitt D.5 „Specific considerations“ fasst die Unterabschnitte D.3-D.5 der OECD-Leitlinien 2010 inhaltlich weitgehend unverändert zusammen; Unterabschnitte D.6 „Location savings and other local market features“, D.7 „Assembled workforce“ und D.8 „MNE group synergies“ sind neu.

Die grundsätzliche Skepsis gegenüber vertraglichen Abreden zeigt sich neben dem formalen Verschwinden dieses Prüfungspunktes aus der Vergleichbarkeitsanalyse in den inhaltlichen Ausführungen. So wird die Ermittlung und Beurteilung der vertraglichen Abreden bereits in den einleitenden Erwägungen des neuen Unterabschnitts D.1 „Identifying the commercial or financial relations“ – noch bevor die Funktionsanalyse überhaupt Erwähnung findet – zwar als gewisser Ausgangspunkt angesehen, aber diese „Formalisierung“ der Transaktion durch den Steuerpflichtigen unmittelbar hinter das „tatsächliche Verhalten“ der Parteien („conduct of the parties“) im Kontext der gemeinsamen Wertschöpfung durch die gesamte Unternehmensgruppe zurückgestellt.

„The process of identifying the commercial or financial relations between associated enterprises follows from examining contractual terms governing those relations together with the conduct of the parties. *Establishing the conduct of the parties involves examination of all of the facts and circumstances surrounding how those enterprises interact with one another in their economic and commercial context to generate potential commercial value, how that interaction contributes to the rest of the value chain, and what the interaction involves in terms of the precise identification of the functions each party actually performs, the assets each party actually employs, and the risks each party actually assumes and manages.* A transaction is the consequence or expression of the commercial or financial relations between the parties, and, as discussed below, *the manner in which the transaction has been formalised by the taxpayer should be reviewed in light of the actual conduct of the parties.*“<sup>1060</sup>

---

<sup>1058</sup> Vgl. zur Vergleichbarkeitsanalyse der OECD-Leitlinien 2010 ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.2.

<sup>1059</sup> OECD-Leitlinien 2010, S. 51.

<sup>1060</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 2 f. (Kursiv Hinzugefügt)

Während die OECD-Leitlinien 1995/2010 vertragliche Abreden „generell“ für maßgeblich für den Inhalt der Transaktion erklären,<sup>1061</sup> basiert der Discussion Draft on Risks auf der Grundannahme, es könne nicht ohne Weiteres angenommen werden, abgeschlossene Verträge würden die tatsächlichen kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen zutreffend oder vollständig abbilden.<sup>1062</sup> Vielmehr seien das „tatsächliche Verhalten“ und die in diesem zum Ausdruck kommenden Funktionen und Fähigkeiten entscheidend für die Bestimmung des wahren wirtschaftlichen Transaktionsinhalts.<sup>1063</sup> Ferner können Situationen eintreten, in denen die verbundenen Unternehmen sich gar nicht bewusst sind, dass eine Transaktion vorliegt, obwohl sich aus dem tatsächlichen Verhalten der Entitäten ein Werttransfer ergibt.<sup>1064</sup> Dies mache es erforderlich, die kommerziellen oder finanziellen Beziehungen und die wirtschaftlich relevanten Charakteristika der Transaktion „zutreffend“ zu identifizieren („accurately delineating the transaction“).<sup>1065</sup> Dieser Identifikationsprozess umfasse im Allgemeinen – wie von der Vergleichbarkeitsanalyse der OECD-Leitlinien 2010 her bekannt – eine Betrachtung (i) der vertraglichen Bedingungen der Transaktion, (ii) der ausgeübten Funktionen der Parteien unter Einbezug der eingesetzten Wirtschaftsgüter sowie übernommenen und kontrollierten Risiken, einschließlich einer Beurteilung wie sich diese Funktionen auf den Gesamtprozess der Wertschöpfung der Unternehmensgruppe auswirken, der Gesamtumstände der Transaktion und der Standards im entsprechenden In-

---

<sup>1061</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.28 bzw. 2010, Tz. 1.52: „In arm’s length dealings, the contractual terms of a transaction *generally define* explicitly or implicitly how the responsibilities, risks and benefits are to be divided between the parties.” (Kursiv Hinzugefügt)

<sup>1062</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 5: „*It should not be automatically assumed that the contracts accurately or comprehensively capture the actual commercial or financial relations between the parties.* In transactions between independent enterprises, the divergence of interests between the parties ensures (i) that contractual terms are concluded that reflect the interests of both of the parties, (ii) that the parties will ordinarily seek to hold each other to the terms of the contract, and (iii) that contractual terms will be ignored or modified after the fact generally only if it is in the interests of both parties. The same divergence of interests may not exist in the case of associated enterprises. *It is, therefore, particularly important in considering the commercial or financial relations between associated enterprises to examine whether the arrangements reflected in the actual conduct of the parties conform to the terms of any written contract, or whether the parties’ actual conduct indicates that the contractual terms have not been followed, do not reflect a complete picture of the transactions, have been incorrectly characterised or labelled by the taxpayer, or are a sham.*” (Kursiv Hinzugefügt)

<sup>1063</sup> Vgl. das Beispiel in OECD Risk Discussion Draft, Tz. 6. Eine vertragliche Lizenzvereinbarung soll nach diesem Beispiel als ein Dienstleistungsverhältnis qualifizieren, wenn der Lizenzgeber nach Abschluss der Lizenzvereinbarung (weiterhin) wesentliche Funktionen ausübt, durch die das operative Risiko aus der Nutzung des Lizenzgegenstandes kontrolliert wird und die operative Verwertung des Lizenzgegenstandes ermöglicht wird. Die vertraglich als eigenständig operativ tätige Lizenznehmerin dargestellt Gesellschaft erbringe in diesem Fall „in Wahrheit“ durch ihre Tätigkeiten nur eine Dienstleistung an den (entrepreneurial) Lizenzgeber.

<sup>1064</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 7.

<sup>1065</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 9.

dustriesektor, (iii) der Charakteristika der Waren oder Dienstleistungen, (iv) der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Transaktion und des Marktes, in dem die Unternehmen operieren sowie (v) der jeweils verfolgten Unternehmensstrategien.

Die Funktionsanalyse habe zur Darstellung der Transaktion („delineating the transaction“) und zur Ermittlung von Vergleichswerten die wirtschaftlich wesentlichen Aktivitäten und Verantwortlichkeiten, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen und kontrollierten Risiken zu identifizieren.<sup>1066</sup> Die Funktionsanalyse betrifft die Ermittlung, was die Parteien tatsächlich tun und welche Fähigkeiten sie einbringen; diese Aktivitäten und Fähigkeiten schließen auch Entscheidungen über die Unternehmensstrategie und das Risikomanagement ein.<sup>1067</sup> Gestärkt wurde dabei der Bezug der Funktionsanalyse auf die tatsächliche Wertschöpfung durch die gesamte Unternehmensgruppe und die Rolle der jeweiligen Funktionen der Entitäten in dieser Gesamtwertschöpfung. Während die OECD-Leitlinien 2010 im Ausgangspunkt die steuerliche Eigenständigkeit jeder Entität betonen und die Gesamtwertschöpfung der Gruppe als die Summe dieser Einzelbeiträge sehen,<sup>1068</sup> scheint der Discussion Draft on Risk somit einen Paradigmenwechsel zu vollziehen und im Ausgangspunkt vom einem einheitlichen Wirtschaftsprozess auszugehen, der durch die Funktionsanalyse nur zerlegt, aber jeder Einzelbeitrag nicht aus dem Gesamtkontext der Gruppenwertschöpfung gelöst wird.<sup>1069</sup> Diese Gruppenwertschöpfung ist nach dem Discussion Draft on Risk gekennzeichnet durch Strukturierungsmöglichkeiten die unabhängige Dritte nicht haben und zu einer Interdependenz der Einzelfunktionen führen kann, die gruppenweite Koordinierungsprozesse, auch in Bezug auf das Risikomanagement, erforderlich machen und den Charakter der jeweiligen Funktionen beeinflussen können.

„A particular feature relevant in a functional analysis is that *an MNE group has the capability to fragment even highly integrated functions across several group companies to achieve efficiencies and*

---

<sup>1066</sup> Die gesonderte, kumulative Erwähnung der Kontrolle über die Risiken verwundert, da das Konzept der Kontrolle an sich als Teil der Prüfung, welche Entität die Risiken übernimmt, etabliert werden soll, nicht als davon gesonderte Prüfung.

<sup>1067</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 16 gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.42.

<sup>1068</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.6: „[The] arm’s length principle follows the approach of treating the members of an MNE group as operating as separate entities rather than as inseparable parts of a single unified business.“

<sup>1069</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 16: „In particular, it is important to understand how value is generated by the group as a whole, the interdependencies of the functions performed by the parties with the rest of the group, and the contribution that the parties make to that value creation. It will also be relevant to determine the legal rights and obligations of each of the parties in performing their functions. While one party may provide a large number of functions relative to that of the other party to the transaction, it is the economic significance of those functions in terms of their frequency, nature, and value to the respective parties to the transactions that is important.“

*specialisation, secure in the knowledge that the fragmented activities are under common control for the long term and are co-ordinated by group management functions. There may be considerable interdependencies between the fragmented activities. For example, the separation into different legal entities of logistics, warehousing, marketing, and sales functions may require considerable co-ordination in order that the separate activities interact effectively. Sales activities are likely to be highly dependent on marketing, and fulfilment of sales, including the anticipated impact of marketing activities, would require alignment with stocking processes and logistics capability. That required co-ordination may be performed by some or all of the companies performing the fragmented activities, through a separate co-ordination function, or through a combination of both. Risk may be managed through contributions from all the parties, or performed mainly by the co-ordination function. Therefore, when conducting a functional and risk analysis to identify the commercial or financial relations in fragmented activities, it will be important to determine whether those activities are highly interdependent, and, if so, the nature of the interdependencies and how the commercial activity to which the parties contribute is co-ordinated.*<sup>1070</sup>

Welche konkreten Folgen die Berücksichtigung dieses „particular feature“ multinationaler Unternehmensgruppen, wirtschaftlich stark integrierte Funktionen auf verschiedene Entitäten zu zerlegen und zu kontrollieren, expliziert der Discussion Draft on Risks nicht. Aus der Funktionsweise der Funktionsanalyse und ihrer Rolle in der Vergleichbarkeitsanalyse folgt indes wohl, dass (i) die grundsätzliche Berücksichtigung dieser Faktoren die Vergleichbarkeit mit Transaktionen zwischen unabhängigen Dritten stark einschränken und theoretisch sogar ausschließen kann und (ii) die Ausübung der Koordinierungsfunktionen unter Berücksichtigung des „tatsächlichen Verhaltens“ und der Fähigkeiten der jeweiligen Entitäten dadurch zu einer Anwendung von hypothetischen Verrechnungspreismethoden auf vertragliche Routineentitäten führen kann.<sup>1071</sup> Die durch den Gesamtkonzern zerlegten „even highly integrated functions“,

---

<sup>1070</sup> OECD Risk Discussion Draft, Tz. 21. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1071</sup> Dieser Befund lässt sich durch einen Bezug auf den zeitgleich am 16.12.2014 von der OECD Working Party No. 6 vorgelegten Entwurf zur Anwendung der Gewinnverteilungsmethode bestätigen, vgl. OECD Public Discussion Draft, BEPS Action: 10, Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains, 16.12.2014. Darin wird die Rechtsfolge der Anwendung der Gewinnverteilungsmethode für gemeinsame Risikotragungskonstellationen und die darausfolgende „gemeinsame“ Wertschöpfung expliziert, a.a.O. Tz. 7: „[T]here seems to be some experience of using transactional profit splits to address challenges posed by specific features of global value chains, in a way that one-sided transfer pricing methods may be less well equipped to do. In particular, where there is significant integration involving parties to a specific transaction or transactions within that value chain, for example in the effective sharing of key functions and risks, the reliability of one-sided methods may be reduced. One-sided methods may not be able to account reliably for the interdependence of the key functions and risks, or for the synergies and benefits created by such integration. In such cases transactional profit split methods may be an appropriate means of determining an arm’s length outcome, which takes into account the specific contributions of the parties to value creation.“ (Kursiv hinzugefügt) Zur Revision des Kapitels II der OECD-Leitlinien 2010 noch ausf. unten, Vgl. ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.

die vertraglich häufig als Routinefunktionen dargestellt sein werden, erfahren durch diese Berücksichtigung des Kontextes der Gesamtwertschöpfung eine wirtschaftliche Aufwertung gegenüber dem eng verstandenen „separate entity approach“ der OECD-Leitlinien 1995/2010, da ihr Wertschöpfungsanteil aus der internen Sicht der Unternehmensgruppe auf die Gesamtwertschöpfung beurteilt wird. Diese Routinefunktionen, die bislang in Anwendung einer Standardmethode vergütet wurden, operieren ferner auch nicht deshalb in einem „low risk environment“, weil die Standardmethoden ein zwar niedriges, aber stabiles Gewinnniveau sicherstellen.<sup>1072</sup>

In Bezug sowohl auf die eingebrachten Wirtschaftsgüter als auch die übernommenen Risiken behält der Discussion Draft on Risks die Ausführungen der OECD-Leitlinien 2010 weitgehend bei, die Risiko- und Funktionsanalyse sei unvollständig, wenn nicht Wesen und Natur der Wirtschaftsgüter und die wirtschaftlich relevanten Risiken identifiziert und berücksichtigt wurden.<sup>1073</sup> Dies sei erforderlich, da in Marktsituationen ein Mehr an übernommenen Risiken mit einem höheren Gewinnpotential einhergehe. Neu ist der Verweis dabei auf „general *entrepreneurial risks* related to the commercial success or failure of the business or of specific products or services<sup>1074</sup>“.

#### **b) Risikoallokationssystem des Discussion Draft on Risks**

Das Risikoallokationssystem des Discussion Draft on Risks wird *neben* der Funktionsanalyse in einem eigenen Unterabschnitt D.2 „Identifying risks in commercial or financial relations<sup>1075</sup>“ ausführlich dargestellt. Dieser Unterabschnitt widmet sich zunächst einleitenden Erwägungen zur Bedeutung von „Unsicherheiten und Risiken“ – die Kategorisierung von „uncertainty“ und „risks“ geht auf *Knight* zurück<sup>1076</sup> und war in den OECD-Leitlinien 2010 nicht enthalten – im Allgemeinen und bei der Ermittlung von Verrechnungspreisen auf der Grundlage der Funktionsanalyse im Besonderen. Argumentativer Ausgangspunkt ist die Inhärenz von Risiken in wirtschaftlichen Aktivitäten. Unternehmen gehen wirtschaftlichen Aktivitäten nach, um Möglichkeiten zu finden, Gewinne zu erzielen. Diese Möglichkeiten sind mit der Unsicherheit behaftet,

---

<sup>1072</sup> Vgl. zum Risikoallokationssystem des Discussion Draft on Risk sogleich.

<sup>1073</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 20, 22.

<sup>1074</sup> OECD Risk Discussion Draft, Tz. 23.

<sup>1075</sup> OECD Risk Discussion Draft, S. 12-24.

<sup>1076</sup> Vgl. *Frank H. Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Verlag Hart, Schaffner & Marx, Boston, MA, 1921, Voltext abrufbar unter <http://www.econlib.org/library/Knight/knRUP.html>. Die Relevanz der Terminologie liegt m.E. in der Gegensätzlichkeit der „disequilibrium economics“ zur „zero profit theory“ des U.S. White Paper 1988, zu diesem und dessen Folgen im Verrechnungspreissystem für die Residualgewinnallokation, ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1.

dass die eingesetzten Ressourcen letztlich nicht die erwarteten Erträge generieren. Daher sei die Identifikation der Risiken ein integraler Bestandteil der Ermittlung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen und der zutreffenden Darstellung des „wahren“ Transaktionsinhalts.<sup>1077</sup> Die Vergleichbarkeitsanalyse erfordere die Feststellung welche Risiken übernommen wurden und welche Funktionen, die sich auf diese Risiken beziehen oder auswirken, ausgeübt werden. Risiken können in Verrechnungspreisanalyse Schwierigkeiten bereiten, weil sie schwer zu identifizieren sein können und die vertraglichen Abreden zwischen verbundenen Unternehmen nicht auf einem Interessengegensatz der Parteien beruhen müssen.<sup>1078</sup> Deshalb sei das „tatsächliche Verhalten“ in Bezug auf Risiken zu analysieren und die Folgen aus dem tatsächlichen Verhalten bei der Ermittlung des Transaktionsinhalts und der tatsächlichen Risikoallokation („actual allocation of risk“<sup>1079</sup>) einzubeziehen. Bei dieser Feststellung sei zu berücksichtigen, wie die verbundenen Unternehmen die identifizierten Risiken kontrollieren, da unter fremden Dritten die Übernahme von Risiken ohne Kontrolle über diese Risiken wegen des „moral hazard“, das mit diesem Auseinanderfallen einhergehen könne, „vermutlich problematisch“ sei („likely to be problematic“<sup>1080</sup>).<sup>1081</sup>

---

<sup>1077</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 36.

<sup>1078</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 38.

<sup>1079</sup> OECD Risk Discussion Draft, Tz. 38.

<sup>1080</sup> OECD Risk Discussion Draft, Tz. 38.

<sup>1081</sup> Die OECD Working Party No. 6 war sich indes unsicher, ob „moral hazard“ als Argumentative Figur für die Ermittlung der Risikoallokation Verwendung finden sollte und forderte daher explizit Stellungnahmen zur Nützlichkeit dieser Figur bei der erforderlichen Ermittlung des wahren Transaktionsinhaltes. Vgl. OECD Risk Discussion Draft, S. 14: „A number of issues can be grouped around the term “moral hazard” which refers to the lack of incentive to guard against risk where one is protected from its consequences. The term is used [...] to introduce the concept that unrelated parties would seek to avoid moral hazard that may arise in situations where one party assumes a risk without the ability to manage the behaviour of the party creating its risk exposure. The concept extends to the safeguards or incentives that unrelated parties may incorporate into contracts between them in order that interests are better aligned and moral hazard is reduced or avoided. These concepts are used to support the observation that between unrelated parties it generally makes sense for parties to be allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control. In turn, these concepts are used to determine the allocation of risk between associated enterprises based on which party manages and controls the risk. Between associated enterprises, however, the existence of common control will generally mean that there is no need to contractually align incentives in order to ensure that one party will not act contrary to the interests of the other. Instead, the associated enterprises may operate collaboratively in order to maximise MNE group profits. The adverse effects of moral hazard may in practice not occur. In commentating on this point, respondents are invited to consider the following questions: 1. Under the arm’s length principle, what role, if any, should imputed moral hazard and contractual incentives play with respect to determining the allocation of risks and other conditions between associated enterprises? 2. How should the observation in paragraph 67 that unrelated parties may be unwilling to share insights about the core competencies for fear of losing intellectual property or market opportunities affect the analysis of transactions between associated enterprises? 3. In the example at paragraphs 90 and 91 how should moral hazard implications be taken into account under the arm’s length principle?”

Im Weiterern stellt der Discussion Draft on Risks sechs gesondert behandelte Fragen, die als Prüfungsstruktur für die Identifikation, Allokation und Beurteilung der Gewinnauswirkungen von Risiken in der Verrechnungspreisanalyse dienen sollen, deren Beantwortung indes oft ohne ausdrückliche Benennung der konkreten Rechtsfolgen der wirtschaftstheoretischen und/oder empirischen Diskussionen erfolgt und wegen dieser Komplexität Kritik hervorriefen. Die Fragen, die als Prüfungsreihenfolge dienen und in gesonderten Unterabschnitten besprochen werden, sind:

- „[(i)] Taking into account the nature and sources of risk, what are the specific risks included in the commercial or financial relations of the parties?
- [(ii)] How are those specific risks allocated in contractual arrangements? How are the risks assumed? Do the specific risks relate to operational activities from which the risks arise?
- [(iii)] What is the potential impact of those specific risks?
- [(iv)] How is each risk actually managed by the members of the MNE group? How does risk management related to the risk influence the occurrence or the impact of the risk?
- [(v)] Does the party contractually assuming the risk either (a) perform the operational activities from which the risk arises, (b) manage the risks, or (c) assess, monitor, and direct risk mitigation?
- [(vi)] What are the actual transactions undertaken? Are the contractual arrangements in relation to the risk allocation, the operational activities to which the risk relates and risk management aligned with the conduct of the parties?<sup>1082</sup>»

*Zu (i):* Für die Verrechnungspreisanalyse sei es zunächst sinnvoll, Risiken als Auswirkungen der Unsicherheiten der Wirtschaftstätigkeit, der das Unternehmen nachgeht, anzusehen. Risiken sind die Kehrseite der Chance, Gewinn zu erzielen. Unternehmen verwenden große Aufmerksamkeit darauf, Unsicherheiten zu identifizieren und Risikomanagementstrategien zu entwickeln, um ein positives Ergebnis für ihre Anteilseigner zu erzielen; kein Unternehmen geht Risiken ein, wenn es kein positives Ergebnis erwartet. Der tatsächliche erzielte Gewinn eines Unternehmens und das Risikoprofil sind untrennbar miteinander verbunden, wodurch das Risikomanagement des Unternehmens zu einem entscheidenden Faktor für die Erzielung des Gewinns werde.<sup>1083</sup> Darüberhinaus seien bestimmte Risiken entscheidend für den Gesamterfolg während andere Risiken nicht notwendigerweise signifikant sind. Dies hänge vom Einzelfall ab. Risiken ließen sich vielfältig kategorisieren; bei der Ermittlung von Verrechnungspreisen sei indes eine Unterscheidung nach der Quelle der Unsicherheiten, aus denen die

---

<sup>1082</sup> OECD Risk Discussion Draft, Tz. 40. (Nummerierung hinzugefügt)

<sup>1083</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 41.

Risiken erwachsen, entscheidend. So kann die Quelle der Unsicherheit eine interne oder eine externe sein, je nach dem, ob die die Unsicherheit durch die Aktivitäten des Unternehmens generiert wird. Risiken sind mit Bestimmtheit zu identifizieren; undifferenzierte Annahmen, dass Unsicherheiten bestehen, die sich auf den Unternehmenserfolg auswirken genügen nicht. Insbesondere bestehen typischerweise (a) „Strategic or market place risks“, (b) „Infrastructure or operational risks“, (c) „Financial risks“, (d) „Transactional Risks“ sowie (e) „Hazard risks“.<sup>1084</sup> Der Discussion Draft on Risk erwägt dabei, dass die spezifischen Risiken der Geschäftsbeziehung, die in die Verrechnungspreisanalyse einfließen müssen, auch diejenigen sind, die aus dem funktionalen Zusammenwirken der verbundenen Unternehmen ergeben oder sich infolge der Verbundenheit auf die beide Transaktionsparteien auswirken können.<sup>1085</sup> Die Beschreibung von Natur und Quelle der Risiken nimmt dadurch den Gesamtwertschöpfungsprozess und die aus diesem folgenden Unsicherheiten und Risiken in den Blick.

*Zu (ii):* Die vertraglichen Abreden der Parteien können eine Risikoallokation vorsehen. Verträge seien jedoch auf ihre „Übereinstimmung“ mit der Substanz der Transaktion zu überprüfen.<sup>1086</sup> Werden Unstimmigkeiten zwischen der vertraglichen Allokation der Risiken und dem „tatsächlichen Verhalten der Parteien“ festgestellt, so sollte das tatsächliche Verhalten der Parteien als entscheidendes Beweisanzeichen („best evidence“) für die tatsächliche Risikoallokation angesehen werden.

*Zu (iii):* Die Hauptrisiken („core risks“) werden in der Regel in den operativen Funktionen der Unternehmensgruppe radiziert sein und nicht immer auf die Entität begrenzt sein, bei der sich die Risiken zunächst materialisieren, sondern können sich durch die

---

<sup>1084</sup> Vgl. i.Einz. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 42.

<sup>1085</sup> Dies wird besonders deutlich bei der Beschreibung der „Infrastructure or operational risks“, a.a.O. Tz. 42: „These are likely to include the uncertainties associated with the company’s business execution and may include the effectiveness of processes and operations. The impact of such risks is highly dependent on the nature of the activities and the uncertainties the company chooses to assume. In some circumstances breakdowns can have a crippling effect on the company’s operations or reputation and threaten its existence; whereas successful management of such risks can enhance reputation. In other circumstances, the failure to bring a product to market on time, to meet demand, to meet specifications, or to produce to high standards, can affect competitive and reputational position, and give advantage to companies which bring competing products to market more quickly, better exploit periods of market protection provided by, for example, patents, better manage supply chain risks and quality control. Some infrastructure risks are externally driven and may involve transport links, political and social situations, laws and regulations, whereas others are internally driven and may involve capability and availability of assets, employee capability, process design and execution, outsourcing arrangements, and IT systems.“

<sup>1086</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 43.

gesamte Wertschöpfungskette der Unternehmensgruppe hindurch auswirken.<sup>1087</sup> Dementsprechend können sich auch Risikosteuerungsfunktionen durch die gesamte Wertschöpfungskette hindurch auswirken.<sup>1088</sup> Die Funktionsanalyse muss daher die Entität oder Entitäten identifizieren, die es der Unternehmensgruppe ermöglicht, auf Unsicherheiten und Risiken zu reagieren und sie zu steuern. Werden diese Funktionen durch mehrere Entitäten ausgeübt, sollte die Funktionsanalyse auch die relative Bedeutung der jeweiligen Funktionen für die eingegangenen Risiken ergeben.<sup>1089</sup>

*Zu (iv):* Die Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen und wie Unsicherheiten und Risiken die Ermittlung des Verrechnungspreises beeinflussen, sei abhängig von einer weitergehenden Funktionsanalyse wie die Wertschöpfung in der Unternehmensgruppe erfolgt, welche Funktionen es der Unternehmensgruppe ermöglichen, dauerhaft Gewinne zu erwirtschaften sowie der spezifischen Rolle der jeweiligen Entitäten in dieser Wertschöpfung der Unternehmensgruppe.<sup>1090</sup> In einer integrierten Unternehmensgruppe können sich durch die Interpendenz der Funktionen und das langfristige wirtschaftliche Zusammenwirken im gemeinsamen Interesse Risiken auf zahlreiche Gruppenentitäten auswirken, etwa können Produktionsrisiken, auf die Absatzvolumina oder –profitabilität übergreifen, ebenso sind Reputationsrisiken oder Refinanzierungskosten gemeinsames Risiken, die letztlich auf den wirtschaftlichen Erfolg aller Gruppenentitäten durchschlagen. Kategorische Behauptungen, dass die eine oder andere Gruppenentität, bei ihren Aktivitäten von bestimmten Risiken isoliert ist und die Verrechnungspreisermittlung daher risikofreien Erträge festzustellen habe, sollten kritisch überprüft werden.<sup>1091</sup> Die Feststellung der Auswirkungen der Risiken hänge davon ab, wie in der Unternehmensgruppe die Wertschöpfung erfolgt.<sup>1092</sup> Wird die Profitabilität der Wertschöpfungskette etwa maßgeblich durch die Sicherstellung bestimmter Einkaufskonditionen am Anfang der Leistungskette beeinflusst, die sich etwa auf Finanzierungsrisiken einer Tochtergesellschaft („working capital risks“) auswirken, und werden die Einkaufskonditionen allein durch die Muttergesellschaft kontrolliert, so kontrolliere die Muttergesellschaft teilweise auch die Kapitalrisiken der Tochtergesell-

---

<sup>1087</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 46.

<sup>1088</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 47.

<sup>1089</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 47.

<sup>1090</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 48.

<sup>1091</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 49.

<sup>1092</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 50.

schaft.<sup>1093</sup> Die unternehmerischen Risiken werden dadurch zwar nicht transferiert, aber ihre Auswirkungen durch die ausgeübten Funktionen und Fähigkeiten („functions and capabilities“) einer anderen Gruppenentität verstärkt oder gemindert.<sup>1094</sup>

Zu (v): Risiken sind also in unternehmerischen Aktivitäten inhärent und sie werden bewusst eingegangen, um Möglichkeiten zur Gewinnerzielung zu nutzen. Die sachgerechte Kontrolle der Risiken beeinflusst daher das unternehmerische Ergebnis. Risikomanagement kann Risiken daher nicht auslöschen – sie sind die theoretische Voraussetzung für die Erzielung von Gewinnen –, aber die Risiken zusammen mit den Gewinnpotentialen einschätzen und eine sachgerechte Risikominderungsstrategie entwickeln.<sup>1095</sup> Das Risikomanagement umfasse daher drei Elemente: (i) die Fähigkeit Entscheidung über das Eingehen eines Risikos zu treffen, zusammen mit der tatsächlichen Ausübung der Entscheidungsfunktion („decision-making function“), (ii) die Fähigkeit, Entscheidungen darüber zu treffen, ob und wie auf die mit der Geschäftschance verbundenen Risiken zu reagieren ist, zusammen mit der tatsächlichen Ausübung dieser Entscheidungsfunktion sowie (iii) die Fähigkeit, diese Risiken zu mindern, d.h. die Fähigkeit, Maßnahmen zu ergreifen, die sich auf die Entwicklung der Risiken auswirken, zusammen mit der tatsächlichen Ausübung dieser Risikominderungsfunktion.<sup>1096</sup> Die Kontrolle über Risiken im Sinne des Discussion Draft on Risks umfasse nur die ersten beiden Elemente. Die Kontrolle über ein Risiko erfordere aber, wenn Risikominderungsfunktionen an eine andere Entität ausgegliedert werden, die Fähigkeit, die ausgegliederten Risikominderungsfunktion zu überwachen und zu steuern, zusammen mit der tatsächliche Ausübung dieser Steuerungsfunktion.<sup>1097</sup> In Unternehmensgruppen können Risikomanagementfunktionen ferner auf verschiedenen Ebenen ausgeübt werden, nicht allein durch diejenige Entität, die rechtlich das Risiko übernommen hat.<sup>1098</sup> Die Ausübung dieser Risikomanagementfunktionen kann einen

---

<sup>1093</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 51 f.

<sup>1094</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 53.

<sup>1095</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 54.

<sup>1096</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 55. Übersetzung in Anlehnung an die offizielle Version des OECD/G20 Final BEPS Report, Tz. 1.61.

<sup>1097</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 55.

<sup>1098</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 56: „The board and executive committees may set the level of risk the company is prepared to accept in order to achieve commercial objectives, and to establish the control framework for managing and reporting risk in its operations. Line management in business segments, operational entities, and functional departments may identify and assess risk against the commercial opportunities, and put in place appropriate controls and processes to address risk and influence the risk outcomes arising from day-to-day operations. The opportunities pursued by operational entities

wichtigen Einfluss auf die Verrechnungspreisermittlung haben und es sollte *nicht* angenommen werden, dass die vertraglichen Abreden die jeweiligen Beiträge („respective contributions“) der Entitäten zum Risikomanagement „zutreffend“ erfassen.<sup>1099</sup> Die vertragliche Darstellung als „limited risks entity“ und der entsprechende Verrechnungspreisansatz durch den Steuerpflichtigen muss mit der tatsächlichen Ausübung der Funktionen, die sich auf das Risikomanagement auswirken verprobt werden.<sup>1100</sup>

Zu (vi): Dies bedeutet, dass die vertragliche Übernahme eines Risikos durch ein verbundenes Unternehmen *nicht* die Allokation dieses Risikos für Verrechnungspreis-zwecke determinieren könne. Vielmehr sei erforderlich, zu ermitteln, wie dieses Risiko tatsächlich in der unternehmerischen Aktivität kontrolliert wird und welche Entitäten Funktionen ausüben, die es ermöglichen, das Risiko einzugehen und zu mindern.<sup>1101</sup> Werden Risiken, die einer Entität vertraglich zugeordnet wurde, tatsächlich durch die ausgeübten (operativen) Funktionen einer anderen Entität kontrolliert, sollten für Verrechnungspreis-zwecke die positiven und negativen Potentiale des Risikos an die die Risiken kontrollierende Entität zu allokalieren sein.<sup>1102</sup> Die Allokation von Risiken zwischen den Entitäten einer multinationalen Unternehmensgruppe für Verrechnungspreis-zwecke habe daher die Verteilung der operativen Fähigkeiten und

---

require the ongoing management of the risk that the resources allocated to the opportunity will deliver the anticipated return. These functions all contribute to risk management.”

<sup>1099</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 57.

<sup>1100</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 57: „For example, a manufacturer may claim to be protected from the risk of price fluctuation of raw material as a consequence of its being remunerated by another group company on a cost plus basis that takes account of its actual costs. The implication of the claim is that the other group company assumes the risk. However, the key point to address is whether there exists an operational or financial risk associated with raw material price fluctuation, and if so how that risk is managed in the business. If the other group company in fact manages the risk and has the expertise and capability to do so, then it would be appropriate to determine how that function operates, where its costs are borne, and how the function should be rewarded. If however, the manufacturer manages the risk, then it is performing risk management, for which it should be rewarded.”

<sup>1101</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 60.

<sup>1102</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 60: „Consider the example of product recall risk: under the written contract this is assigned to the distributor, and the distributor is allocated a higher margin as a result. Assume, however, that the business has not had any product recalls, notwithstanding the fact that the risk is recognised in its financial reporting. Further, assume that the functional analysis reveals stringent supplier audit programmes, extensive testing protocols, mandatory training, and a culture of improvement. Risk management is in fact performed by the manufacturer, and the distributor has no involvement and no capability to assess the risk or effectively monitor risk mitigation. In such a circumstance, the group’s risk management is actually performed and controlled by the manufacturer, and accordingly the manufacturer should attract the outcome of upside and downside risk instead of the distributor. The distributor’s activities make no reference to the consideration of the risk it bears under the contract, whereas the manufacturer’s functions cover all aspects of product risk management *Under these circumstances, the risk in question should be allocated to the manufacturer based on the conduct of the parties, and not be allocated to the distributor based on the terms of written agreements.*” (Kursiv hinzugefügt)

Funktionalitäten zur Kontrolle der Risiken innerhalb der Unternehmensgruppe zu berücksichtigen.<sup>1103</sup> Wird einer Entität ein Risiko vertraglich zugeordnet, das sie durch ihr funktionales Profil nicht kontrollieren kann, entstehe ein Widerspruch zwischen der Risikozuordnung und dem „tatsächlichen Verhalten“ der verbundenen Unternehmen. Eine solche vertragliche Risikozuordnung sei vermutlich nicht fremdüblich („not likely to be seen at arm’s length“). Soweit einer Entität daher die Fähigkeit zur Kontrolle eines Risikos fehlt, determiniert eine vertragliche Zuordnung dieses Risikos nicht die Allokation dieses Risiko für Verrechnungspreiszwecke.<sup>1104</sup> Ob diese Fähigkeiten/Funktionen durch eigenes Personal ausgeübt werden müssen, wird nicht expliziert, ist aber naheliegend. Klargestellt wird, dass die Risiken der Geschäftsbeziehung exakt analysiert werden müssen und die Allokation der Risiken aus der Nutzung eines Wirtschaftsguts für Verrechnungspreiszwecke nicht zwingend dem rechtlichen Eigentum folgen.<sup>1105</sup> Zwar sind einige Risiken dem Eigentum inhärent, aber die Risiken und Chancen aus der kommerziellen Verwertung des Wirtschaftsguts hängen von zahlreichen Faktoren ab, insbesondere von den ausgeübten Funktionen und Fähigkeiten in operativen Geschäftsaktivitäten. Wenn der Eigentümer diese Risiken und Chancen nicht kontrolliert, können sie für Verrechnungspreiszwecke der Entität zugeordnet werden, die tatsächlich die Kontrollfunktionen – bzw. die operativen Funktionen, durch die das Risiko kontrolliert wird – ausübt. Die Funktionen des Eigentümers dagegen sollten dann nur als Erbringung einer Finanzierungsleistung in Höhe der Kosten des Wirtschaftsguts angesehen und „entsprechend“ vergütet werden.<sup>1106</sup> Diese entsprechende Vergütung sei, wie jede Einbringung von Finanzmitteln, im Einzelfall im Wege der Funktionsanalyse auf die durch sie übernommenen Risiken hin zu untersuchen; Risikotragung und Kapitaleinbringung seien – anders als in den OECD-Leitlinien 2010 angenommen wurde – separat zu beurteilen, insbesondere auch in Bezug auf die Allokation des verbleibenden Residualgewinns nach „angemessener“ Vergütung der Routinefunktionen.

„In a transfer pricing analysis, it is very important to conduct a full functional and comparability analysis to assess the contributions by all of the associated parties to the activities to which the risks relate. Based on the full functional and comparability analysis, it is appropriate to consider separately the appropriate return to the cash investment and any risk premium that may be associated with risk

---

<sup>1103</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 61.

<sup>1104</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 61.

<sup>1105</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 63.

<sup>1106</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 63.

management. *If the investor has no capability to mitigate the investment risk itself or to assess, monitor, and direct risk mitigation functions, and therefore is reliant on another party to perform risk management, then an assumption that an entity investing cash in a project without performing risk management is therefore entitled to all of the residual returns after rewarding routine functions is unlikely to be sustainable in a transfer pricing analysis.*<sup>1107</sup>

Die finanzielle Kapazität das Risiko zu tragen, wenn es sich materialisiert, sei ferner ein „weiterer wichtiger Faktor“ für die Allokation von Risiken in einer Verrechnungspreisanalyse, aber für sich genommen – wie in den OECD-Leitlinien 2010<sup>1108</sup> – nicht entscheidend. Vielmehr zeige die Kapitalisierung einer Entität für sich nicht, wer Risiken tatsächlich trägt, denn Unternehmensgruppen können die Kapitalisierung der gruppenangehörigen Entitäten – vorbehaltlich von Kapitaladäquanzvorschriften – frei wählen. Ein weiterer Umstand bei der Beurteilung des „tatsächlichen Verhaltens“ der verbundenen Unternehmen bei der Feststellung der wahren Risikoallokation sei die Signifikanz des konkreten Risikos. Unter fremden Dritten werden zwar einige Risiken gegen eine Vergütung übertragen, aber die Übertragung von erfolgswesentlichen Risiken („core risks“) oder von erfolgswesentlichen Fähigkeiten („core capabilities“) sei unter fremden Dritte unüblich. Unter fremden Dritten herrsche die Sorge vor, durch die Mitteilung von erfolgswesentlichen Fähigkeiten an einen anderen Marktteilnehmer immaterielle Werte oder Geschäftschancen zu verlieren.<sup>1109</sup> Diese Erwägungen übertragen das „important functions“-Konzept des Kapitels VI des OECD/G20 Deliverable 2014 auf den Bereich der Risikoallokation.<sup>1110</sup> Allerdings könne umgekehrt nicht geschlossen werden, dass unter fremden Dritte grundsätzlich übertragbare Risiken auch tatsächlich übertragen werden.<sup>1111</sup> Risikoübertragungen haben nämlich – auch eingedenk der inhärenten Gewinnpotentiale – Kostenimplikationen. Eine Aufgabe des Risikomanagements ist es, die Chancen und Risiken zu beurteilen und einzuschätzen, welche Risiken behalten werden und durch interne Funktionen soweit wie möglich kontrolliert sowie welche Risiken abgestoßen werden sollten, um die Volatilität zu verrin-

---

<sup>1107</sup> OECD Risk Discussion Draft, Tz. 65. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1108</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.29.

<sup>1109</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 67: „Some risks may be transferred for a fee at arm’s length. [...] There are more limited opportunities to transfer core risks involving strategic, marketplace, infrastructure, and operational risks, and risk transfer of core capabilities may involve strict conditions and is unlikely in an arm’s length situation to cover all potential losses. At arm’s length companies may be unwilling to share insights about their core competencies with third parties for fear of losing intellectual property or market opportunities.“ Zu diesem sog. „organizational failures approach“ O. Williamson’s und seinen Schlussfolgerungen für Verrechnungspreise unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

<sup>1110</sup> Siehe zu diesem Konzept oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.II. und C.III.1.

<sup>1111</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 70.

gern. Die bloße Volatilitätsminderung („risk-return trade-off“) könne aber für sich genommen nicht die Angemessenheit einer Risikoübertragung rechtfertigen.<sup>1112</sup> Die Beurteilung eines Risikotransfers habe deshalb die Positionen beider Transaktionsparteien zu berücksichtigen und festzustellen, ob durch die Risikoübertragung beide Parteien ihre wirtschaftliche Position bei einer risikogewichteten Betrachtung („risk-adjusted basis“) zu erhalten oder verbessern vermögen.<sup>1113</sup>

### c) Das Recharakterisierungskonzept des Discussion Draft on Risks

Der Discussion Draft on Risk entwarf ferner ein neues, gegenüber den Tz. 1.64 ff. OECD-Leitlinien 2010 ausgeweitetes Recharakterisierungskonzept. So sollte nach der Beurteilung der vertraglichen Abreden, der operativen Aktivitäten, zu denen die Risiken in Verbindung stehen, des Risikomanagements und des tatsächlichen Verhaltens der Parteien, die spezifischen Risiken der Geschäftsbeziehung identifiziert und allokiert<sup>1114</sup> sowie ein Verständnis für die Wertschöpfung der durch die Ausübung von Funktionen, den Einsatz von Wirtschaftsgütern und der Übernahme von Risiken und die Interaktion der Einzelbeiträge mit der weiteren Wertschöpfungskette der Unternehmensgruppe entwickelt worden seien.<sup>1115</sup> Folglich sei jeder Versuch („every ef-

---

<sup>1112</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 71.

<sup>1113</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 72. Die OECD Working Party No. 6 war sich dieser Argumentation unsicher und forderte Stellungnahmen ein, a.a.O., S. 14 f.: „A further set of issues can be grouped around the term “risk-return trade-off.” The concept is *specifically mentioned in paragraph 71, but is implicit throughout*. The economic concept establishes equivalence on a present value basis between a higher but less certain stream of income and a lower but more certain stream of income. The principle supports the associated notion that it is economically rational to take on (or lay off) risk in return for higher (or lower) anticipated nominal income. Between unrelated parties, for example, the sale of a risky income-producing asset may reflect in part a preference of the seller to accept a lower but more certain amount of nominal income and to forego the possibility of higher anticipated nominal income it might earn if it instead retained and exploited the asset (the discount rate applied to the anticipated nominal income provides a link in deciding whether the seller is “better off” in selling or retaining the asset). 4. Under the arm’s length principle, should transactions between associated enterprises be recognised where the sole effect is to shift risk? What are the examples of such transactions? If they should be recognised, how should they be treated? 5. In the example at paragraphs 90 and 91, how does the asset transfer alter the risks assumed by the 15 two associated enterprises under the arm’s length principle? 6. In the example at paragraphs 90 and 91, how should risk-return trade-off implications be taken into account under the arm’s length principle? 7. Under the arm’s length principle, does the risk-return trade-off apply in general to transactions involving as part of their aspect the shifting of risk? If so: a) Are there limits to the extent that the risk-return trade-off should be applied? For example, can the risk-return trade-off be applied opportunistically in practice to support transactions that result in BEPS (for example by manipulating the discount rates to “prove” that the transaction is economically rational)? b) Are there measures that can be taken in relation to the risk-return trade-off issue to ensure appropriate policy outcomes (including the avoidance of BEPS) within the arm’s length principle, or falling outside the arm’s length principle?” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1114</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 73.

<sup>1115</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 79.

fort“) unternommen werden, für diese Geschäftsbeziehung<sup>1116</sup> einen Verrechnungspreis zu ermitteln.<sup>1117</sup> Gleichwohl können Situationen entstehen, in denen die Geschäftsbeziehung nicht die fundamentalen wirtschaftlichen Eigenschaften („fundamental economic attributes“, FEA) einer Transaktion unter fremden Dritten aufweisen und infolgedessen nicht anerkannt werden kann.<sup>1118</sup> Dass für eine Geschäftsbeziehung keine Vergleichswerte ermittelt werden können, weil sie unter fremden Dritten so nicht vorkommt, sei indes für sich genommen nicht ausreichend, um anzunehmen, der Transaktion fehle es an den FEA einer Markttransaktion. Allerdings könne sich Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen die wirtschaftliche Verbundenheit der Entitäten bemerkbar machen und eine Nichtanerkennung erforderlich werden, wenn eine Preisfindung durch Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes für sich genommen „nicht sachgerecht“ wäre.<sup>1119</sup> Bei der Formulierung der Maßgaben, unter denen eine Nichtanerkennung und Recharakterisierung erforderlich werde, zeigt sich die erstaunliche Herangehensweise, die Strukturierungsfreiheit, die Unternehmensgruppen bei der der Gestaltung ihrer Geschäftsbeziehungen ausüben können, als Teil eines strukturellen Verrechnungspreisproblems bezeichnet. Steuerbehörden würden die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nicht einsehen, wenn dies zu einer Suche nach fremdüblichen Preisen für Transaktionen, denen es an FEA mangelt, führt;<sup>1120</sup> dafür zeigte die OECD Working Party No. 6 sogar Verständnis.

*„Attributes of non-arm’s length arrangements can be facilitated by the ability of MNE groups to create multiple separate group companies, and to determine which companies own which assets, carry out which activities, assume which risks under contracts, and engage in transactions with one*

---

<sup>1116</sup> Das Konzept der Ermittlung der wahren Transaktionsstruktur ist eingängig a.a.O. Tz. 80 zusammengefasst: „In performing the analysis, conditions of arrangements between the parties *may have been deduced* in the absence of formal recognition from observation of how the parties actually operate. Formal conditions recognised in contracts *may have been tested* against conduct, and *found not to be aligned* with the substantive arrangements. How the parties have formalised the arrangements *may have been found not to match* the conduct of the parties. In addition, risk allocation *may have been aligned* with where risks are actually managed (including controlled). Therefore, *the analysis will have set out the factual substance of the commercial or financial relations between the parties and accurately delineated the actual transaction.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1117</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 81.

<sup>1118</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 82.

<sup>1119</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 84: „Associated enterprises may have the ability to enter into a much greater variety of arrangements than can independent enterprises, and may conclude transactions of a specific nature that are not encountered, or are only very rarely encountered, between independent parties, and may do so for sound business reasons. The key question is whether the actual transaction possesses the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties, not whether the same transaction can be observed between independent parties. The non-recognition of a transaction that possesses the fundamental attributes of an arm’s length arrangement is not an appropriate application of the arm’s length principle.“

<sup>1120</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 85.

another accordingly, in the knowledge that the consequences of the allocation of assets, function, and risks to separate legal entities is overridden by control. [...] MNE groups have freedom to control their structures, including shareholding, capitalisation, and legal form. Structures based on multiple separate legal entities allow for separate legal ownership of assets, and location of activities and risks according to contracts between the separate legal entities. *Theoretically, there is no limit to the number of legal entities in an MNE group, and a group could, and sometimes does in practice, put individual contracts, assets, or risks into separate entities, with the result that the performance of activities can be conducted by a different legal entity to the one which owns assets or contractually bears risks.* As a consequence, transactions between the legal entities proliferate, and the nature of those transactions derives from *the designated circumstances of the separate legal entities created by the MNE group. Since MNE groups can control the environment in which transactions occur, including the number of separate legal entities, their capital structures, legal ownership of assets, and contractual arrangements, and since the resulting transactions derive from the environment created by the MNE group, it should not follow that this environment alone determines where profits arise for transfer pricing purposes. Instead it should be determined whether the resulting transactions have arm's length attributes.* The application of the arm's length principle is hampered if it is being applied to price an arrangement which does not have the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties.<sup>1121</sup>”

Dogmatisch basiere das Konzept der FEA auf dem „economic rationality test“ (ERT) der Nichtanerkennungsregeln der OECD-Leitlinien 1995/2010.<sup>1122</sup> Der ERT erfordere die Beurteilung, ob die Transaktionsstruktur („actual arrangement“) sich von dem unterscheidet, was fremde Dritte, die sich ökonomisch rational verhalten, in einer vergleichbaren Situation vereinbart hätten.<sup>1123</sup> Diese Feststellung könne schwer zu treffen sein, da durchaus unklar sein kann, was fremde Dritte, die sich ökonomisch rational verhalten, vereinbart hätten. Der Discussion Draft on Risk vollzieht daraufhin bei der Auslegung des „as-structured principle“ der Tz. 1.64 ff. OECD-Leitlinien eine Kehrtwende, indem der kumulative Charakter der Merkmale der zweiten Fallgruppe („second circumstance“) der Tz. 1.65 OECD-Leitlinien<sup>1124</sup> aufgehoben wird.

---

<sup>1121</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 85 ff. (Kursiv hinzugefügt) Vgl. dem gegenüber die connotation der OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.163: „MNEs are free to organise their business operations as they see fit. Tax administrations do not have the right to dictate to an MNE how to design its structure or where to locate its business operations. MNE groups cannot be forced to have or maintain any particular level of business presence in a country. They are free to act in their own best commercial and economic interests in this regard. In making this decision, tax considerations may be a factor. Tax administrations, however, have the right to determine the tax consequences of the structure put in place by an MNE, subject to the application of treaties and in particular of Article 9 of the Model Tax Convention.”

<sup>1122</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.36 ff. bzw. 2010 1.64 ff. Zum „as-structured principle“ und dem Recharakterisierungskonzept der OECD-Leitlinien 1995/2010 sowie den Verhandlungen und Ergebnissen im Rahmen der „Business restructurings“- Revision 2005-2010, oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

<sup>1123</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 88.

<sup>1124</sup> Vgl. a.a.O., Tz. 1.65: „The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality,

„[T]he test *can be interpreted* as having two legs (commercial rationality and whether the structure adopted practically impedes the determination of an appropriate transfer price) which must be met, as opposed to interpreting the pricing impediment reference as an *inherent quality of an arrangement lacking commercial rationality*. The two legs *can lead to the assertion that if you can find a price, the arrangement is not commercially irrational, with a resulting emphasis on the quality of the process of determining an “appropriate” price rather than on whether it is appropriate in the first place to try to find a price for something which lacks the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties.*<sup>1125</sup>”

Damit begibt sich der Discussion Draft on Risk in Widerspruch zu der Sichtweise der OECD-Leitlinien 2010, die ausdrücklich einem kumulativen Kriterium („second cumulative criterion<sup>1126</sup>“) ausgehen, dass die implementierte Struktur die Ermittlung eines Verrechnungspreises verhindert („impedes<sup>1127</sup>“).<sup>1128</sup> Damit eine Verrechnungspreisstruktur anerkannt werden kann, sollte sie nunmehr – nach Zusammenführung der Kriterien – einzig die FEA einer Markttransaktion aufweisen. Eine Verrechnungspreisstruktur, die die FEA einer Markttransaktion aufweist, eröffnet jeder Transaktionspartei die begründete Erwartung, ihre wirtschaftliche Position auf einer risikogewichteten Basis – verglichen mit den anderen im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses verfügbaren Optionen („options realistically available“) einschließlich der Option, nicht in die Geschäftsbeziehung einzutreten – zu erhalten oder zu verbessern.<sup>1129</sup> Hinweise auf das Fehlen der FEA von Markttransaktionen können sich daher u.a. aus der Minderung des Vorsteuerergebnisses der Unternehmensgruppe durch die Geschäftsbeziehung erge-

---

differ from those which would have been made by independent enterprises behaving in a commercially rational manner **and** the actual structure impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price.” (Kursiv und fett hinzugefügt)

<sup>1125</sup> OECD Risk Discussion Draft, Tz. 88. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1126</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.180

<sup>1127</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.65.

<sup>1128</sup> Die dogmatische Schwierigkeit in einer Beurteilung der Vereinbarkeit mit Art. 9 OECD-MA besteht dabei darin, dass sowohl die eine als auch die andere Sichtweise von der OECD nicht aus einem klar definierten Konzept des Fremdvergleichsgrundsatzes deduziert wird, sondern implizit als sachgerecht behauptet werden und v.a. Konsenslösungen der beteiligten Kreise sind. Zur methodentheoretische Herangehensweise von „Topik“ und Rechtsfindung mit Kritik ausf. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Springer, 1982, S. 141 ff.

<sup>1129</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 89: „An arrangement exhibiting the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties would offer each of the parties a reasonable expectation to enhance or protect their commercial or financial positions on a risk-adjusted (the return adjusted for the level of risk associated with it) basis, compared to other opportunities realistically available to them at the time the arrangement was entered into. If the actual arrangement, viewed in its entirety, would not afford such an opportunity to each of the parties, or would afford it to only one of them, then the transaction would not be recognised for transfer pricing purposes. In applying the criterion, it is relevant to consider whether there exists an alternative for one or more of the parties, including the alternative of not entering into the transaction, which does provide the opportunity to enhance or protect their commercial or financial positions. It is also a relevant pointer to consider whether the MNE group as a whole is left worse off on a pre-tax basis.“

ben.<sup>1130</sup> Die Rechtsfolgen des Fehlens der FEA bestehen nach den Discussion Draft on Risks in der Nichtanerkennung der gewählten Transaktionsstruktur und der Recharakterisierung zu einer solchen Transaktionsstruktur, die beiden Parteien die Möglichkeit eröffnet, ihre wirtschaftliche Position zu erhalten oder zu verbessern.<sup>1131</sup>

#### **d) Zusammenfassende Stellungnahme und Einordnung**

Die Bedeutung des Discussion Draft on Risks liegt in dem Betonungswechsel bei der Grundausrichtung des Fremdvergleichssystems von einem eng verstandenen Fremdvergleichsgrundsatz, der danach strebt, die individuellen Gruppenentitäten im Ansatz als wirtschaftlich eigenständige Unternehmen anzusehen und ihre Eingebundenheit in eine gemeinsame Gruppenwertschöpfung weitgehend – wenn auch weder vollständig noch konsequent – auszublenden, hin zu einer Betonung und Berücksichtigung der Eingebundenheit und Interdependenz der Unternehmensfunktionen in der Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe unter einer gemeinsamen Kontrolle der Aktivitäten und Risiken. Die terminologische Stellschraube für diesen Betonungswechsel ist die Zielsetzung, bei der Verrechnungspreisanalyse die tatsächliche Transaktion sachgerecht darzustellen („accurate delineation of the actual transaction“). Die „tatsächliche“ Transaktion sachgerecht darzustellen, erfordere es anzuerkennen, dass wegen der Eingebundenheit in die Gesamtwertschöpfung die wirtschaftlichen Interessen der Transaktionsparteien nicht divergieren. Verträge, die unter fremden Dritten als Instrument des Interessenausgleichs fungieren und deren Bedingungen von den Vertragsparteien im Eigeninteresse durchgesetzt werden, sei daher keine maßgebliche Bedeutung beizumessen. Dieses Argument ist im Ansatz schon in den OECD-Leitlinien 2010 enthalten,<sup>1132</sup> aber nicht als erster argumentativer Schritt eines Gesamtsystems, dass um den wirtschaftlichen Interessengleichlauf herum konzipiert ist.

So erfordere dieser wirtschaftliche Interessengleichlauf den Abgleich der vertraglichen Abreden mit dem tatsächlichen Verhalten der Parteien, wobei dieses „tatsächliche Verhalten“ nicht nur als Substanzerfordernis ausgestaltet ist, sondern als quasi-eigenständiges Allokationssystem entlang eines wirtschaftlichem Idealverhalten, das – infolge des Interessengegensatzes der Marktteilnehmer – durch das Zusammenfallen von Risikoallokation und Risikokontrolle geprägt sei. Nur diejenige Entität, die die

---

<sup>1130</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 89-92.

<sup>1131</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 89-93.

<sup>1132</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.53.

konkreten Risiken aus den Wirtschaftsaktivitäten kontrolliere, wird bereit sein diese in einer von Interessengegensätzen geprägten Markttransaktion zu übernehmen. Andernfalls würden sich Risiken auf ihre Profitabilität auswirken können, ohne dass dies beeinflusst werden kann („moral hazard“). Die Beeinflussung des Risikos sei daher – umgekehrt gedacht – auch Gewinnmanagement. Risikomanagement durch die Ausübung der operativen Funktionen, die sich auf die Risiken auswirken sei somit „in Wahrheit“ als die Übernahme der Risiken – und als Kehrseite auch der Gewinnchance – anzusehen. Diese Risikokontrolle wird dabei vom Discussion Draft on Risks relativ extensiv verstanden und schließt alle operativen Funktionen ein, die sich auf die (potentielle) Kontrolle der Geschäftsrisiken der Unternehmensgruppe beziehen. Durch die Interdependenz der Wirtschaftsaktivitäten der Gruppenentitäten folge eine Interdependenz der Geschäftsrisiken, so dass sich die operativen Funktionen einer Entität auf die interdependenten Risiken einer potentiellen Vielzahl von Entitäten auswirken können. Die Berücksichtigung dieser tatsächlichen Auswirkungen führte wohl zu einer drastischen Minderung – wenn nicht zum Verschwinden – von Vergleichswerten, wodurch die Anwendung von Gewinnmethoden erforderlich wird. Innerhalb der Gewinnmethoden wird ferner häufig die Gewinnaufteilungsmethode vorrangig anwendbar sein, wenn die operativen Funktionen auch die Risikoallokation beeinflussen und die Auswirkungen der Risiken als Interdependent angesehen werden, da somit die Funktionen der beteiligten Entitäten als „non-benchmarkable contributions“ anzusehen wären.<sup>1133</sup>

Eine zweite Implikation der Grundannahme des Interessengleichlaufs schlägt sich in dem stark ausgeweiteten Anwendungsbereich der Regeln zur Nichtanerkennung und Recharakterisierung von Transaktionsstrukturen nieder. Durch den fehlenden Interessengegensatz können Gruppenentitäten – anders als unabhängige Marktteilnehmer – bereit sein, in Geschäftsbeziehungen einzutreten, denen die „fundamental economic

---

<sup>1133</sup> Vgl. den zeitgleich erarbeiteten OECD Public Discussion Draft, BEPS Action: 10, Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains, 16.12.2014. Darin wird die Rechtsfolge der Anwendung der Gewinnverteilungsmethode für gemeinsame Risikotragungskonstellationen und die darausfolgende „gemeinsame“ Wertschöpfung expliziert, a.a.O. Tz. 7: „[T]here seems to be some experience of using transactional profit splits to address challenges posed by specific features of global value chains, in a way that one-sided transfer pricing methods may be less well equipped to do. In particular, where there is significant integration involving parties to a specific transaction or transactions within that value chain, for example in the effective sharing of key functions and risks, the reliability of one-sided methods may be reduced. One-sided methods may not be able to account reliably for the interdependence of the key functions and risks, or for the synergies and benefits created by such integration. In such cases transactional profit split methods may be an appropriate means of determining an arm’s length outcome, which takes into account the specific contributions of the parties to value creation.“ (Kursiv hinzugefügt)

attributes“ (FEA) fehlen, weil die Geschäftsbeziehung mindestens einer Entitäten nicht die berechtigte Erwartung eröffnet, durch die Geschäftsbeziehung ihre wirtschaftliche Position zu verbessern oder zu erhalten, auch wenn die Transaktion aus der Sicht der Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe wirtschaftlich rational sein kann. Der Discussion Draft on Risks nutzt dieses Argument, um mit dem fehlenden Interessengegensatz eine Zusammenführung der vormals kumulativen Kriterien der Tz. 1.65 OECD-Leitlinien 2010, 2. Alt., zu erreichen, d.h. den Wegfall des „practical impediment test“ zu begründen. Dies bedeutet, dass Transaktionsstrukturen auch dann nicht anerkannt und recharakterisiert werden könnten, wenn sie zwar wirtschaftlich „nicht rational“ sind, sich aber durchaus verlässlich verpreisen lassen würden.

Somit zeigt die OECD Working Party No. 6 im Discussion Draft on Risks die – zunächst im Kontext der immateriellen Werte entworfene – Neigung, aktive (Personal<sup>1134</sup>) Funktionen als maßgeblichen Faktor der wirtschaftlichen Zuordnung von Risiken durchgreifen lassen zu wollen und vertragliche Konstrukte und „bloße“ Kostentragung ausdrücklich nicht (mehr) als residualgewinnberechtignte Unternehmensfunktionen anzusehen. Dabei geht der Discussion Draft on Risks inhaltlich deutlich über die in der Issues Note No. 1 (2008) entworfene und als Part I des Kapitels IX der OECD-Leitlinien 2010 angenommene Prüfung von vertraglichen Abreden hinaus, der zufolge nur mangels tatsächlicher Vergleichswerte die Frage zu stellen sei, ob fremde Dritte eine entsprechenden Risikoallokation vereinbart hätten, weil nach dem System des Discussion Draft on Risks die Kontrolle über die Risiken bereits die „originäre“ Struktur der Risikoallokation determiniert und nicht „nur“ als Substanzanforderung fungiert, wenn sich Vergleichswerte nicht finden lassen. Dies entspricht der BEPS-Zielsetzung, die Verrechnungspreisergebnisse und die Wertschöpfung zusammenzuführen, schafft aber durch die extrem komplexen Wertungen, die das im Discussion Draft on Risks entworfene System erforderlich macht und die oft nicht dezidiert in das traditionelle Fremdvergleichssystem aus Vergleichbarkeitsanalyse und Methodenwahl eingeordnet werden, große Rechtsunsicherheiten. Aus der scheinbar offensichtlichen Feststellung des fehlenden Interessengegensatzes leitet der Discussion Draft on Risks also ein technisch extrem komplexes System ab, das aktive Risikokontrollfunktionen bei der Allokation der interdependenten Risiken der Unternehmensgruppe durchgrei-

---

<sup>1134</sup> Die OECD-Leitlinien 2010 erwähnen im Kontext der Kontrolle über Risiken ausdrücklich die Personalfunktionen in Tz. 9.23, der Discussion Draft on Risks tut dies nicht ausdrücklich.

fen lässt, dadurch die Bedeutung vertraglicher Konstrukte mindert und den Residualgewinn der Unternehmensgruppe infolge der Unternehmenscharakterisierung – und infolge der Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode – an die funktional aktiv an der Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe beteiligten Entitäten allokiert. Somit bleibt es der formalen Gliederung in die Durchführung der Funktionsanalyse und der folgenden Anwendung der „sachgerechtesten“ Verrechnungspreismethode, aber innerhalb dieser Prüfungsstruktur werden völlig andere Verrechnungspreisergebnisse erzielt, die sich an wirtschaftstheoretischen Erwägungen zur Werthaltigkeit der individuellen Aktivitäten der Gruppenentitäten innerhalb des Gesamtwertschöpfungsprozesses orientieren und eine entsprechende Residualgewinnverteilung erzeugen.

## 5. Der OECD/G20 Final BEPS Report 2015

Am 5. Oktober 2015 legt die OECD den finalen BEPS-Bericht zur Revision der Kapitel I, VI, VII und VIII der OECD-Leitlinien 2010 vor.<sup>1135</sup> Noch nicht enthalten waren die finalen Berichte zur Revision des Kapitels II hinsichtlich der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode in globalen Wertschöpfungsketten sowie die Anpassungen des Kapitels IX an diese Änderungen der OECD-Leitlinien. Die zu Beginn des BEPS-Projekts ausdrücklich nur im Aktionspunkt 8(ii) enthaltene Maßgabe, sicherzustellen, dass Gewinne dort besteuert werden, wo die wirtschaftliche Aktivitäten ausgeübt werden und Wertschöpfung erfolgt, wurde in den Titel der Final BEPS Reports aufgenommen und verklammert konzeptionell die Gesamtrevision,<sup>1136</sup>

---

<sup>1135</sup> Vgl. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, BEPS Actions 8-10: 2015 Final Report, 05.10.2015 („Final BEPS Report“) bezeichnet. Die Darstellung der zeitlich zwischen dem Discussion Draft on Risks und den Final BEPS Report vorgelegten Entwürfen zur Revision von Kapitel VII („Cost contribution agreements“) und zu „Hard-to-value intangibles“ erfolgt inzident bei der Besprechung der Final BEPS Report, um die Besprechung systemweisenden Neuerungen zu verdeutlichen.

<sup>1136</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, Action 8: „[...] (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation“. Implizit war diese Maßgabe wohl auch bereits im Wortlaut Action 9 enthalten, demzufolge „inappropriate returns“ nicht durch vertragliche Risikotragung ausgewiesen werden sollte; welche Gewinne „appropriate“ oder „inappropriate“ sind ist ohne weitere Maßgabe der Zusammenführung von Wirtschaftsaktivität und steuerlichem Gewinnausweis inhaltsleer. Ferner kann diese Maßgabe – vor dem Hintergrund der Problemanalyse im Addressing BEPS Report, s.o. – auch in den (von der OECD nicht definierten) Begriff „BEPS“ selbst hineingelesen werden; das es zu einer „Verschiebung“ von Gewinnen kommt, setzt schließlich eine wertende Zuordnung dieser Gewinne voraus, da sie sonst denkbare nicht „verschoben“ werden können. In diesem Sinne auch im „Executive summary“ der Final BEPS Report, S. 9: „[T]he existing international standards for transfer pricing rules can be *misapplied* so that they result in outcomes in which the allocation of profits is not aligned with the economic activity that produced the profits. The work under Actions 8-10 of the Action Plan on BEPS has targeted this issue, to ensure that transfer pricing outcomes are aligned with value creation.“ (Kursiv hinzugefügt)

die die tatsächliche wertschöpfenden Wirtschaftsaktivitäten insgesamt rein vertraglichen Strukturierungen von Geschäftsbeziehungen gegenüberstellt.<sup>1137</sup>

Der Fremdvergleichsgrundsatz habe sich als „practical and balanced standard“<sup>1138</sup> erwiesen und „special measures“ außerhalb des Fremdvergleichsgrundsatzes seien nicht erforderlich geworden.<sup>1139</sup> Die Revision des Fremdvergleichsgrundsatzes durch die Final BEPS Reports stelle sicher, dass die operativen Gewinne an die Wirtschaftsaktivitäten allokiert werden, die die Gewinne generiert haben.<sup>1140</sup> Dies erfolge im Wege einer sorgfältigen Darstellung der „wahren“ Transaktion durch eine Beurteilung der vertraglichen Abreden und dem „tatsächlichen Verhalten“ der Parteien sowie der „sachgerechten“ Anwendung der Verrechnungspreismethoden, wodurch verhindert werde, dass Gewinne an Gesellschaften allokiert werden, die keine „echten“ Beiträge zum Entstehen der Gewinne leisten. Transaktionen, denen es an wirtschaftlicher Rationalität fehle, können daneben nicht anerkannt und recharakterisiert werden.<sup>1141</sup> Da globale Unternehmensgruppen das Risikoprämienkonzept des Markts zur Steuergestaltung genutzt haben, lege der Final BEPS Report fest („determine“), dass abgeschlossene Verträge für die Übernahme von Risiken und der damit einhergehenden höheren Gewinnberechtigung, nicht maßgeblich sind, wenn die Kontrolle über die spezifischen Risiken nicht faktisch ausgeübt wird oder es an der finanziellen Kapazität fehle, diese Risiken tatsächlich zu tragen.<sup>1142</sup> In Bezug auf immaterielle Werte stelle der Final BEPS Report klar, das Eigentum alleine nicht die Berechtigung erzeugt, die

---

<sup>1137</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 9 f. „[W]ith its *perceived emphasis on contractual allocations of functions, assets and risks, the existing guidance on the application of the principle has also proven vulnerable to manipulation. This manipulation can lead to outcomes which do not correspond to the value created through the underlying economic activity carried out by the members of an MNE group.* [...] Work under Action 8 looked at transfer pricing issues relating to transactions involving intangibles, since *misallocation of the profits generated by valuable intangibles* has contributed to base erosion and profit shifting. Work under Action 9 considered the *contractual allocation of risks, and the resulting allocation of profits to those risks, which may not correspond with the activities actually carried out.* Work under Action 9 also addressed the level of returns to funding provided by a capital-rich MNE group member, where those returns do not correspond to *the level of activity undertaken by the funding company.* Work under Action 10 focused on other high-risk areas, including the scope for addressing profit allocations resulting from *transactions which are not commercially rational for the individual enterprises concerned (re-characterisation), the scope for targeting the use of transfer pricing methods in a way which results in diverting profits from the most economically important activities of the MNE group,* and neutralising the use of certain types of payments between members of the MNE group (such as management fees and head office expenses) *to erode the tax base in the absence of alignment with value creation.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1138</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 9.

<sup>1139</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 12.

<sup>1140</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 10.

<sup>1141</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 10.

<sup>1142</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 10.

Gewinne aus der Verwertung der immateriellen Werte steuerlich auszuweisen. Vielmehr seien diejenigen Entitäten, die auf der Grundlage einer sorgfältigen Darstellung der „wahren“ Transaktion die wichtigen Funktionen ausüben, wichtigen wirtschaftlichen Risiken kontrollieren und Wirtschaftsgüter einbringen, berechtigt, einen ihren jeweiligen Beiträgen „angemessenen“ Gewinn auszuweisen.<sup>1143</sup> Insgesamt würde der Final BEPS Report somit sicherstellen, dass die wirtschaftliche Aktivität und der steuerliche Gewinnausweis zusammengeführt und die Rolle von „capital-rich, low-functioning entities“ in internationalen Steuergestaltungen reduziert werden.<sup>1144</sup>

Trotz dieser vordergründigen Bestätigung der Vorarbeiten der OECD Working Party No. 6, zeigt sich im Detail eine starke Einschränkung der Konzeptionierung der Risiko- und Funktionsanalyse und der durch diese geprägten Methodenwahl durch den Final BEPS Report, der wieder ein größeres Gewicht auf vertragliche Abreden und die Gestaltungsfreiheit der Steuerpflichtigen legen, die Strukturierung der Verrechnungspreiskontrollen gegenüber den wirtschaftlichen und wirtschaftstheoretischen Wertungen wieder stärker formalisieren und die Möglichkeiten zur Nichtanerkennung und Recharakterisierung wieder einschränken. Insgesamt ist – trotz der Kontinuität in der Grundausrichtung und Zielsetzung – das Durchgreifen einer regresiven Tendenz gegenüber den Entwürfen das entscheidende Wesensmerkmal des Final BEPS Report.<sup>1145</sup>

#### **a) Finale Revision des Kapitels I, Abschnitt D.**

Der Final BEPS Report ersetzt den Abschnitt D. des Kapitels I der OECD-Leitlinien 2010 vollständig.<sup>1146</sup> Inhaltlich und formal basiert der Final BEPS Report dabei auf dem Discussion Draft on Risks vom 19.12.2014,<sup>1147</sup> doch zeigen sich deutliche Unterschiede. Formal gliedert der Final BEPS Report den Abschnitt D.1 „Identifying the commercial or financial relations“ anders als der Discussion Draft on Risks und erhebt die Prüfung der vertraglichen Abreden wieder – wie die OECD-Leitlinien 2010 – zu einem eigenständigen Unterabschnitt. Der Discussion Draft on Risks hatte die Rolle vertraglicher Abreden nur inzident bei den einleitenden Erwägungen und mit großer

---

<sup>1143</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 10.

<sup>1144</sup> Vgl. Final BEPS Report, Executive Summary, S. 12.

<sup>1145</sup> Vgl. Testimony of *Robert B. Stack*, Deputy Assistant Secretary (International Tax Affairs) U.S. Department of the Treasury Before the Senate Finance Committee, July 22, 2014, S. 3.

<sup>1146</sup> Vgl. Final BEPS Report, Box, S. 15.

<sup>1147</sup> Vgl. ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.4.

Skepsis besprochen.<sup>1148</sup> Dagegen wird die Prüfung der Allokation von Risiken im Final BEPS Report nicht mehr gesondert in einem eigenen Unterabschnitt, sondern inzident als Teil der Funktionsanalyse besprochen. Formal ist damit die Gliederung der Vergleichbarkeitsanalyse der OECD-Leitlinien 2010 wiederhergestellt, indes wurde die Prüfungsreihenfolge geändert.<sup>1149</sup> Wieder an die OECD-Leitlinien 2010 angenähert wurde auch der Titel des Abschnitts D.2 „Recognition of the accurately delineated transaction“<sup>1150</sup> gegenüber dem Titel des Discussion Draft on Risks, dessen Kapitel I, Abschnitt D.4 mit „Non-recognition“ überschrieben war.<sup>1151</sup> Schon die formale Gliederung und die Betitelung der Unterabschnitte enthält somit Indizien für die inhaltlichen Tendenzen des Kapitels I, Abschnitt D. des Final BEPS Report.

#### **aa) Abschnitt D.1 „Identifying the commercial or financial relations“**

Die inhaltliche Strukturierung des Abschnitts D.1 zur „Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen“ ist klarer an den konkreten Prüfungsschritten und der praktischen Prüfungsreihenfolge ausgerichtet.<sup>1152</sup> Die Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen und der wirtschaftliche relevanten Umstände dieser Geschäftsbeziehung sei notwendig, um die „wahre“ Transaktion zutreffend darzustellen, und stelle den ersten Schritt der Vergleichbarkeitsanalyse dar. Der zweite Schritt der Vergleichbarkeitsanalyse ist der Vergleich der identifizierten Bedingungen der Geschäftsbeziehung mit den Bedingungen, die in vergleichbaren Geschäftsbeziehungen zwischen fremden Dritten vereinbart worden wären sowie die Anwendung einer im Einzelfall sachgerechten Verrechnungsmethode.<sup>1153</sup> Zusätzlich verknüpft der Final BEPS Report die Identifikation der Geschäftsbeziehung mit den Dokumentationserfordernissen des Country-by-Country Reporting (CbC).

Der typische Prozess der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen verlange ein breit angelegtes Verständnis des Industriesektoren, in dem die Unternehmensgruppe operiert, sowie der Faktoren, die in diesem Industriesektoren

---

<sup>1148</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 2-8.

<sup>1149</sup> Die Prüfung der vertraglichen Abreden und die Prüfung der Charakteristika der Waren und Dienstleistungen haben, entsprechend ihrer praktischen Bedeutung, die Plätze getauscht.

<sup>1150</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 119 ff., der Abschnitt D.2 der OECD-Leitlinien 1995/2010 ist als „Recognition of the actual transactions undertaken“ betitelt.

<sup>1151</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 89 ff.

<sup>1152</sup> Anders als im Discussion Draft on Risks wird zunächst klar die Prüfung der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen strukturiert, bevor inhaltliche Erwägungen angestellt werden, vgl. insb. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 2-8.

<sup>1153</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.33.

erfolgsentscheidend sind.<sup>1154</sup> Dieses Verständnis wird durch einen Überblick über die Unternehmensgruppe gewonnen und durch eine Betrachtung die Unternehmensgruppe auf die erfolgsentscheidenden Faktoren des Industriesektors reagiert, einschließlich der Unternehmensstrategie, der Märkte, der Produkte, der Lieferketten sowie der entscheidenden ausgeübten Funktionen, wesentlichen eingesetzten Wirtschaftsgüter und wichtigen übernommenen Risiken. Diese Informationen werden sich der „master file“ des CbC entnehmen lassen.<sup>1155</sup> Der Prozess der Identifizierung des Inhalts der Geschäftsbeziehung verengt sich dann auf eine Betrachtung der einzelnen Entitäten der Unternehmensgruppe, ihrer Aktivitäten und identifiziert die kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen, die sich in den Geschäftsbeziehungen zwischen ihnen äußern („expressed in transactions between them“). Die sachgerechte Darstellung des Inhalts dieser Geschäftsbeziehung erfordert eine Analyse der wirtschaftlich relevanten Charakteristika der Geschäftsbeziehung, d.h. der Bedingungen der Geschäftsbeziehung sowie der wirtschaftlichen Gesamtumstände, in denen sich die Geschäftsbeziehung ereignet.<sup>1156</sup> Diese wirtschaftlich relevanten Charakteristika der Geschäftsbeziehung bzw. Vergleichbarkeitsfaktoren sollten sich aus der „local file“ des CbC ergeben und umfassen – wie in den OECD-Leitlinien 1995/2010 – insbesondere (i) die vertraglichen Bedingungen, (ii) die ausgeübten Funktionen der Parteien unter Einbezug der eingesetzten Wirtschaftsgüter sowie übernommenen und kontrollierten Risiken, einschließlich einer Beurteilung wie sich diese Funktionen auf den Gesamtprozess der Wertschöpfung der Unternehmensgruppe auswirken, der Gesamtumstände der Transaktion und der Standards im entsprechenden Industriesektor, (iii) die Charakteristika der Waren oder Dienstleistungen, (iv) die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Geschäftsbeziehung und des Marktes, in dem die Unternehmen operieren sowie (v) die jeweils verfolgten Unternehmensstrategien.<sup>1157</sup> Die jeweilige Bedeutung dieser Vergleichbarkeitsfaktoren im konkreten Einzelfall hänge davon ab, welches Gewicht unabhängige Dritte diesen bei der Beurteilung der Bedingungen einer vergleichbaren Geschäftsbeziehung beimessen würden.<sup>1158</sup> Ferner wird die Figur der „Options Realis-

---

<sup>1154</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.34.

<sup>1155</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.34.

<sup>1156</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.35.

<sup>1157</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.36.

<sup>1158</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.37. Vgl. demgegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 11 a.E., der keinen Bezug zwischen der Identifikation der Geschäftsbeziehung und den potentiellen Vergleichswerten herstellt, sondern das Gewicht der „wirtschaftlich relevanten Charakteristika“ von der abstrakt-theoretischen Bedeutung abhängig macht, die fremde Dritte diesen beimessen würden.

tically Available“ (ORA) durch den Final BEPS Report gegenüber den OECD-Leitlinien gestärkt und ebenfalls gegenüber dem Discussion Draft (wieder) enger mit der Vergleichbarkeitsanalyse und Verrechnungspreismethodenwahl zusammengeführt, indes nicht so strikt wie in den OECD-Leitlinien 2010.<sup>1159</sup>

### **(1) Die vertraglichen Bedingungen der Geschäftsbeziehung**

Die Geschäftsbeziehung der verbundenen Unternehmen kann in Verträgen formalisiert worden sein, aus denen sich die Absichten der Parteien in Bezug auf die im Vertrag geregelten Bestandteile der Geschäftsbeziehung zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, die Verteilung der Verantwortlichkeiten, Verpflichtungen und der Risiken sowie Preisvereinbarungen ergeben können. Bestehen *schriftliche* Verträge, bilden diese den Ausgangspunkt der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Bedingungen der Geschäftsbeziehung.<sup>1160</sup> Schriftliche Verträge allein werden jedoch vermutlich nicht alle für die Verrechnungspreisanalyse erforderlichen Informationen ergeben.<sup>1161</sup> Informationen zu den weiteren wirtschaftlich relevanten Charakteristika der Geschäftsbeziehung bzw. Vergleichbarkeitsfaktoren werden erforderlich sein, um

---

<sup>1159</sup> Vgl. Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.38 („Independent enterprises would only enter into a transaction if it is not expected to make them worse off than their next best option“) gegenüber Discussion Draft on Risks Tz. 12 („independent enterprises consider any differences between the options that would significantly affect the potential to meet [their commercial] objectives“), noch nicht in den OECD-Leitlinien 1995/2010 enthalten; sowie Final BEPS Report, Tz. 1.38 („Therefore, identifying the economically relevant characteristics of the transaction is essential in accurately delineating the controlled transaction and in revealing the range of characteristics taken into account by the parties to the transaction in reaching the conclusion that the transaction adopted offers a clearly more attractive opportunity to meet commercial objectives than alternative options realistically available. In making such an assessment, it may be necessary or useful to assess the transaction in the context of a broader arrangement of transactions, since assessment of the options realistically available to third parties is not necessarily limited to the single transaction, but may take into account a broader arrangement of economically related transactions.“) gegenüber Discussion draft on Risks Tz. 12 („Therefore, identifying the economically relevant characteristics of the transaction is essential in delineating the transaction and in revealing the range of characteristics taken into account in reaching the conclusion that the transaction adopted offers a better opportunity to meet commercial objectives than alternative options.“) sowie gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.34 („Therefore, when making the comparison entailed by application of arm’s length principle, tax administration should also take these differences into account when establishing whether there is comparability between the situations being compared and what adjustments may be necessary to achieve comparability.“).

<sup>1160</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.42. Weggefallen ist die im Discussion Draft on Risks schon als Eingangserwägung der Untersuchung der vertraglichen Abreden verankerte Skepsis, dass Verträge der Steuerpflichtigen immer im Lichte ihres tatsächlichen Verhaltens zu überprüfen sind, vgl. a.a.o. Tz. 3, S.1. Zum Discussion Draft on Risks ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.4.

<sup>1161</sup> Vgl. auch hier den Konnotationswechsel zwischen dem Final BEPS Report, Tz. 1.43 („However, the written contracts alone are unlikely to provide all the information necessary to perform a transfer pricing analysis, or to provide information regarding the relevant contractual terms in sufficient detail.“) gegenüber dem Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 5 (“It should not be automatically assumed that the contracts accurately or comprehensively capture the actual commercial or financial relations between the parties.“).

zusammengenommen („taken together“) ein vollständiges Bild vom tatsächlichen Verhalten der Parteien zu vermitteln.<sup>1162</sup> Die Figur des „tatsächlichen Verhaltens“ wird somit fester in den Gesamtkontext der Identifikation der Geschäftsbeziehung bzw. der Vergleichbarkeitsanalyse eingebunden und nicht als direkter Mechanismus zur Durchbrechung von abgeschlossenen Verträgen konturiert.<sup>1163</sup> Wenn sich indes ergibt, dass die vertraglichen Abreden nicht alle wirtschaftlich relevanten Charakteristika adressieren, sollten die Informationen aus den abgeschlossenen Verträge vollständig durch die weiteren vier Vergleichbarkeitsfaktoren ergänzt werden.<sup>1164</sup> Anders als die OECD-Leitlinien 2010 werden die abgeschlossenen Verträge also nicht mehr als grundsätzlich maßgeblicher Teil der Funktionsanalyse verstanden,<sup>1165</sup> sondern ausdrücklich neben die weiteren Vergleichbarkeitsfaktoren gestellt.

Diese anders konturierte Grundausrichtung der Prüfung der vertraglichen Abreden wird zunächst verdeutlicht durch die Änderung des Anwendungsbeispiels, das die Klarstellung und Ergänzung der abgeschlossenen Verträge durch die Identifizierung der „wahren“ kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen der Parteien verwendet wird.<sup>1166</sup> So sollte sich nach dem Discussion Draft on Risks bei einer Vertriebsentität, die ohne vertragliche Verpflichtungen und ohne rechtliche Eigentümerin des immateriellen Werts zu sein extensive Marketingaktivitäten ausübt, die Analyse der Geschäftsbeziehung nicht auf die vertraglichen Abreden beschränkt, sondern auf der Grundlage des tatsächlichen Verhaltens der Parteien durchgeführt werden und identifizieren, wie die Parteien das „Wesen“ der Marketingaktivitäten einschätzen, wie die Marketingaktivitäten ausgeführt und die Risiken kontrolliert werden. Im Final BEPS Report dagegen erfolgt der Warenabsatz auf Grundlage eines – nicht näher spezifizierten – „agency contracts“, d.h. tatbestandlich mit einem noch geringeren Funktionsprofil der Absatzentität, und in der Rechtsfolge wird nicht mehr das allein tatsächliche Verhalten zur Grundlage einer rein wirtschaftlichen Betrachtung der Marketingaktivitäten und der Kontrolle über die Risiken erklärt, sondern es sei in solchen Fällen nach „weiteren Indizien“ für das tatsächliche Verhalten der Parteien zu suchen, einschließ-

---

<sup>1162</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.43.

<sup>1163</sup> Vgl. demgegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 3: „Where no written terms exist, or where the conduct of the parties shows that the contractual terms are ambiguous, incorrect or incomplete, the delineation of the transaction should be deduced, clarified, or supplemented based on the review of the commercial or financial relations as reflected by the actual conduct of the parties.“

<sup>1164</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.43 a.E.

<sup>1165</sup> Vgl. OECD-leitlinien 2010, Tz. 1.52.

<sup>1166</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.44 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 4.

lich der Grundlage, auf der der „agent“ die Marketingaktivitäten für den Eigentümer erbringt.<sup>1167</sup> Wenn sich wirtschaftlich relevante Merkmale der Geschäftsbeziehung nicht mit abgeschlossenen Verträgen decken, soll nach dem Final BEPS Report nunmehr die tatsächliche Geschäftsbeziehung entsprechend den Merkmalen des Geschäftsvorfalles, die sich im Verhalten der Beteiligten widerspiegeln, abgegrenzt werden.<sup>1168</sup> Unklar bleibt, wie die Feststellung zu treffen ist, ob sich die „Merkmale des Geschäftsvorfalles“ im „tatsächlichen Verhalten“ widerspiegeln und wie sich das „tatsächliche Verhalten“ grundsätzlich zu den vertraglichen Abreden verhält. Durch die Einbettung des „tatsächlichen Verhaltens“ in den Gesamtkontext der fünfgliedrigen Vergleichbarkeitsanalyse, bei der alle Vergleichbarkeitsfaktoren zusammen („taken together“) Aufschlüsse über das tatsächliche Verhalten geben sowie durch die Gegenüberstellung der abgeschlossenen Verträge mit den „Merkmale der Transaktion, die sich im Verhalten der Beteiligten widerspiegeln“, ist jedenfalls der im Discussion Draft on Risks hergestellte, unmittelbare Zusammenhang von vertraglichen Abreden und dem tatsächlichen wirtschaftlichen Verhalten der Parteien durchbrochen.

Dieser Befund wird durch die weiteren Ausführungen bestätigt. So geht der Final BEPS Report – ebenso wie die OECD-Leitlinien 2010 und der Discussion Draft on Risks – zwar davon aus, dass zwischen unabhängigen Dritten der Interessengegensatz dafür sorgen wird, dass (i) die Interessen beider Parteien in Verträgen berücksichtigt sind, (ii) die Parteien gegenseitig auf die Einhaltung der Verträge bestehen, und (iii) Verträge nur dann unbeachtet bleiben oder modifiziert werden, wenn dies im Interesse beider Parteien liegt.<sup>1169</sup> Zwischen verbundenen Unternehmen muss ein solcher Interessengegensatz nicht bestehen oder kann infolge der durch die Verbundenheit bestehenden Kontrollmöglichkeiten geregelt werden, nicht allein durch vertragliche Abreden. Daher sei eine Überprüfung der vertraglichen Abreden erforderlich, deren Inhalt und Rechtsfolgen indes erneut nicht ganz schlüssig sind, jedenfalls ist erneut die Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verhaltens abgeschwächt, das zwar noch im Tatbestand

---

<sup>1167</sup> Vgl. Rechtsfolgendeitig Final BEPS Report, Tz. 1.44: „Accordingly, the analysis should not be limited by the terms recorded in the written contract, but further evidence should be sought as to the conduct of the parties, including as to the basis upon which Company S undertook the media campaign.“ Gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 4: „Accordingly, the analysis should not be limited by the terms recorded in the written contract, but should be based on the conduct of the parties, and will need to identify further how the parties determine the nature and scale of the brand-building activities, and how the activities are conducted and risks managed.“

<sup>1168</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.45.

<sup>1169</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.46.

auftaucht, aber – anders als im Discussion Draft on Risks – nicht mehr zwingend die Rechtsfolgen determinieren soll.

„Es ist [wegen des fehlenden Interessengegensatzes] bei der Betrachtung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen zwischen verbundenen Unternehmen besonders wichtig *zu untersuchen, ob die Vereinbarungen, die im tatsächlichen Verhalten der Beteiligten zum Ausdruck kommen, im Wesentlichen mit dem schriftlichen Vertrag, so ein solcher vorliegt, übereinstimmen*, oder ob das tatsächliche Verhalten der verbundenen Unternehmen darauf hindeutet, dass die Vertragsbedingungen nicht eingehalten wurden, kein vollständiges Bild des Geschäftsvorfalles zeichnen, von den Unternehmen nicht richtig qualifiziert oder bezeichnet wurden oder nur zum Schein eingegangen wurden. *Wenn das Verhalten der Beteiligten nicht voll mit wirtschaftlich erheblichen Vertragsbedingungen übereinstimmt, muss eine weitere Analyse durchgeführt werden, um den tatsächlichen Geschäftsvorfall zu identifizieren*. Wenn wesentliche Abweichungen zwischen den Vertragsbedingungen und dem tatsächlichen Verhalten der verbundenen Unternehmen in ihren Beziehungen zueinander bestehen, *sollten letztlich die von ihnen tatsächlich ausgeübten Funktionen, tatsächlich genutzten Vermögenswerte und tatsächlich übernommenen Risiken – im Kontext der Vertragsbedingungen betrachtet –, maßgeblich für die Bestimmung der faktischen Substanz und die sachgerechte Abgrenzung des tatsächlichen Geschäftsvorfalles sein.*<sup>1170c</sup>

Diese Unklarheit über die Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verhaltens in der Rechtsfolge der Überprüfung der vertraglichen Abreden wird besonders deutlich im zweiten, ebenfalls im Final BEPS Report geänderten Anwendungsbeispiel.<sup>1171</sup> In diesem Beispiel überlässt eine Muttergesellschaft ihrer Tochter einen immateriellen Wert zur kommerziellen Nutzung gegen Zahlung einer Lizenzgebühr.<sup>1172</sup> Auf Grundlage der weiteren „wirtschaftlich relevanten Charakteristika“ der Geschäftsbeziehung, insbesondere der ausgeübten Funktionen, wird festgestellt, dass die Mutter tatsächlich auch die Vertragsverhandlungen mit Dritten für die Tochter führt, regelmäßig technische Dienstleistungen an die Tochter erbringt und Mitarbeiter an die Tochter entsendet, damit diese ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Dritten zu erfüllen vermag.

---

<sup>1170</sup> Final BEPS Report, Tz. 1.46, offizielle Übersetzung. (Kursiv hinzugefügt). Somit scheint auch hier die Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verhaltens, die der Discussion Draft on Risks statuiert hatte durchbrochen. Dessen Rechtsfolge dieser Prüfung lautete: „Where conduct is not fully consistent with contractual terms, further analysis is required to identify the actual transaction. *Where there are differences between contractual terms and factual substance, the conduct of the parties in their relations with one another, and what functions they actually perform, the assets they actually employ, and the risks they actually assume and manage, in the context of the consistent contractual terms, should ultimately determine the delineation of the actual transaction.*“ A.a.O. Tz. 5 a.E. (Kursiv hinzugefügt).

<sup>1171</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.48 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 6.

<sup>1172</sup> Im Discussion Draft on Risks verpflichtet sich die Mutter ferner zur Erbringung von „technical services“ in bezug auf den immateriellen Wert. Durch das Entfallen dieser weiteren Vertragspflicht der Mutter wird (tatbestandlich) eine *größere Diskrepanz* zwischen den Verträgen und dem tatsächlichen Verhalten der Parteien erzeugt, d.h. umgekehrt gesprochen, die Maßgeblichkeit des *tatsächlichen Verhaltens auf der Tatbestandsseite der Prüfung der Verträge geschwächt*.

Die Abnehmer der Leistungen der Tochter bestehen zudem auf eine Einbeziehung der Mutter in die Verträge, obwohl das Leistungsentgelt an die Tochter zu zahlen ist. Die Tochter wäre ohne die Unterstützung der Mutter nicht in der Lage, ihren vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen und baut auch keinerlei entsprechende Kapazitäten auf. Somit habe die Mutter der Tochter vertraglich eine Lizenz zur operativen Nutzung des immateriellen Werts eingeräumt, steuert aber tatsächlich sowohl die operativen Risiken als auch die Gewinnerwartungen der lizenznehmenden Tochter, so dass – soweit stimmen Final BEPS Report und Discussion Draft on Risks noch überein – die Mutter die Risiken und Funktionen nicht übereinstimmend mit dem Lizenzvertrag übertragen habe, sondern gegenüber der Tochter wie ein Prinzipal/Auftraggeber agiere. Die Identifizierung des tatsächlichen Geschäftsvorfalles könne sich daher nicht allein auf die Bedingungen des schriftlichen Vertrags gründen, sondern die tatsächliche Geschäftsbeziehung sei anhand des Verhaltens der Beteiligten zu bestimmen, was nach dem Final BEPS Report *nur* zu der Schlussfolgerung führt, dass die „tatsächlich von den Beteiligten ausgeübten Funktionen, genutzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken nicht mit der schriftlichen Lizenzvereinbarung übereinstimmen.“<sup>1173</sup> Dass die tatsächlich von den Beteiligten ausgeübten Funktionen, genutzten Vermögenswerte und übernommenen Risiken nicht mit der schriftlichen Lizenzvereinbarung übereinstimmen, ist indes bereits der Tatbestand des Anwendungsbeispiels und lässt die konkrete rechtsfolgenseitige Behandlung dieser Fallkonstellation offen. Die Rechtsfolge des Discussion Draft on Risks dagegen war es, die tatsächliche Geschäftsbeziehung aus den Fähigkeiten und dem tatsächlichen Verhalten der Parteien abzuleiten, mit der Folge, dass die Leistungsbeziehung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, die vertraglich als Lizenzvereinbarung dargestellt wurde, *tatsächlich* nur in Dienstleistungen (in Form von Titelverwaltung und Buchhaltung) besteht, die von der Tochtergesellschaft an die Mutter erbracht werden. Diese Schlussfolgerung zieht der Final BEPS Report nicht.<sup>1173</sup>

---

<sup>1173</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.48 („The identification of the actual transaction between Company P and Company S should not be defined solely by the terms of the written contract. Instead, the actual transaction should be determined from the conduct of the parties, *leading to the conclusion that the actual functions performed, assets used, and risks assumed by the parties are not consistent with the written licence agreement.*“) gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 6 („The identification of the actual transaction between Company P and Company S should not be limited by the legal form of the contract. Instead, *the actual transaction should be determined from the capabilities and conduct of the parties*, leading to the conclusion that the parties have incorrectly characterised or labelled the transaction as a licence whereas in fact Company S provides services to Company P.).

Bestehen keine schriftlichen Verträge, muss die „wahre“ Geschäftsbeziehung aus dem tatsächlichen Verhalten abgeleitet werden, wie es sich aus den wirtschaftlich relevanten Charakteristika ergibt.<sup>1174</sup> Ferner könne es vorkommen, dass die verbundenen Unternehmen nicht alle Transaktionen zwischen ihnen identifiziert haben, obwohl es zu Wertverschiebungen („transfers of value“) kommt, etwa kann dies bei technischen Dienstleistungen, bei bewusst geschaffenen Synergien („deliberate concerted action“) oder bei Know-how-Übertragungen im Zusammenhang mit Arbeitnehmerentsendungen vorkommen.<sup>1175</sup> Die verbundenen Unternehmen haben solche Werttransfers möglicherweise nicht bemerkt, nicht in anderen Verrechnungspreisanalysen berücksichtigt,<sup>1176</sup> nicht vertraglich reguliert und auch nicht buchhalterisch erfasst. Ist ein tatsächlicher Werttransfer gar nicht in Verträgen erfasst worden, muss der gesamte Inhalt dieser Transaktion aus dem tatsächlichen Verhalten, einschließlich der ausgeübten Funktionen, der eingebrachten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken, abgeleitet werden.<sup>1177</sup> Der Verweis der OECD-Leitlinien 2010 auf die „principles that generally govern relationships between independent enterprises“<sup>1178</sup> neben dem Verhalten der Parteien, ist weggefallen. Dementsprechend ist auch das dritte Anwendungsbeispiel geändert worden und so bezieht sich der Final BEPS Report bei der Ermittlung des Inhaltes einer nicht identifizierten Transaktion nicht allein auf das tatsächliche Verhalten, sondern relativ allgemein auf eine Bestimmung der Bedingungen des identifizierten Geschäftsvorfalles durch die Analyse der „Art der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen ausgehend von den wirtschaftlich relevanten Merkmalen“; der Discussion Draft on Risks bezog die Rechtsfolgen dagegen klar und ausdrücklich auf das „conduct of the parties“.<sup>1179</sup>

---

<sup>1174</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.49.

<sup>1175</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.49.

<sup>1176</sup> Die Erwägung, dass Werttransfers (implizit) durch die Verrechnungspreise für andere Transaktionen abgedeckt sein kann, ist weder in den OECD-Leitlinien 2010 noch im Discussion Draft on Risk enthalten.

<sup>1177</sup> Etwas anders waren die OECD-Leitlinien 2010 formuliert, a.a.O. Tz. 1.52 („Where no written terms exist, the contractual relationships of the parties must be deduced from their conduct *and the principles that generally govern relationships between independent enterprises.*“) (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1178</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.52.

<sup>1179</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.50 („The analysis would need to determine the nature of those commercial or financial relations from the economically relevant characteristics in order to determine the terms and conditions of the identified transaction.“) gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 8 („The analysis would need to determine the nature of those commercial or financial relations from the conduct of the parties, and would need to determine the terms and conditions of the identified transaction.“).

## **(2) Die Risiko- und Funktionsanalyse**

Der Final BEPS Report bringt eine erhebliche Änderung und Ausweitung der Ausführungen der OECD-Leitlinien 2010 zur Funktionsanalyse – der Unterabschnitt „Functional analysis“ der OECD-Leitlinien 1995/2010 enthielt nur zehn Absätze, sechs davon zur Risikoallokation,<sup>1180</sup> der Final BEPS Report dagegen enthält 56 oft lange Absätze, 51 davon zur Risikoallokation. Die im Discussion Draft on Risks eigenständig neben die Funktionsanalyse gestellten Ausführungen zur Risikoallokation wurden im Final BEPS Report wieder in die Funktionsanalyse integriert.

### **(a) Grundstruktur der Funktionsanalyse des Final BEPS Report**

Die Grundstruktur der Funktionsanalyse wurde weitgehend aus dem Discussion Draft on Risks übernommen und formal nur leicht, aber inhaltlich in der Nuancierung entscheidend modifiziert.<sup>1181</sup> Ausgangspunkt ist die grundlegende Überlegung, in Geschäftsbeziehungen zwischen fremdem Dritten würde das Entgelt regelmäßig die von den Parteien ausgeübten Funktionen (einschließlich der eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken) abbilden.<sup>1182</sup> Die Ermittlung der ausgeübten Funktionen sei daher notwendig, um die Geschäftsbeziehung „zutreffend“ zu beschreiben und mit Transaktionen zwischen unabhängigen Dritten zu vergleichen zu können.<sup>1183</sup> Dadurch verbindet der Final BEPS Report die Zwecke der Funktionsanalyse mit der Grundstruktur des neuen Abschnitts D des Kapitels I, der zufolge die Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen sei der „erste Aspekt“ der Vergleichbarkeitsanalyse, der tatsächliche Vergleich der identifizierten Geschäftsbeziehung mit Vergleichswerten, u.a. durch die Anwendung der Verrechnungspreisemethoden, sei der „zweite Aspekt“ der Vergleichbarkeitsanalyse.<sup>1184</sup> Die Funktionsanalyse hat dafür die wirtschaftlich bedeutsamen Aktivitäten und Verantwortlichkeiten, die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken der Parteien darzustellen; weggefallen ist im Final BEPS Report bei der Grundausrichtung der Funktionsanalyse der im Discussion Draft on Risks enthaltene Zusatz, die Risiken

---

<sup>1180</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.45-150.

<sup>1181</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.51 ff. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 16 ff.

<sup>1182</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.51, Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 16, OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.42, OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.20 (dort noch die Verwendung des Begriffs „in dealings“ gegenüber der Wendung ab 2010 „in transactions“ zur deutlicheren Abgrenzung der Betriebsstättenkonstellation gegenüber verbundenen Unternehmen), etwas anders noch OECD-Leitlinien 1979, Tz. 17.

<sup>1183</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.51.

<sup>1184</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.33 gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.33.

müssten auch gesteuert („and managed“<sup>1185</sup>) werden,<sup>1186</sup> dies wohl, um im Final BEPS Report die Steuerungsfunktionen bei der Risikoallokation von vornherein nicht als kumulatives Kriterium der Allokation („and managed“), sondern als (nur) inhärenten Bestandteil der substanziellen Übernahme von Risiken deutlich zu machen. Die Funktionsanalyse habe zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich tun und welche Fähigkeiten sie in die Geschäftsbeziehung einbringen, dazu gehören die Entscheidungsfunktionen („decision-making“) einschließlich der Entscheidungen über die Unternehmensstrategie und Risiken.<sup>1187</sup> Diese Feststellungen auf einem Verständnis für die Struktur und Organisation der Unternehmensgruppe und für den Kontext, in dem die Unternehmensgruppe operiert, basieren.<sup>1188</sup> Insbesondere wird es wichtig sein, die Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe, die Interdependenzen der ausgeübten Funktionen der einzelnen Entitäten mit der Unternehmensgruppe und die Beiträge der einzelnen Entitäten zu der Wertschöpfung der Unternehmensgruppe zu verstehen. Der Final BEPS Report ergänzt somit die Reichweite der Perspektive der Funktionsanalyse gegenüber den OECD-Leitlinien 2010 durch den Bezug auf die Gesamtwertschöpfung der Gruppe.<sup>1189</sup> Dieser Bezug auf die Gesamtwertschöpfung der Gruppe ist gleichwohl gegenüber dem Discussion Draft on Risks geschwächt worden.

Zum einen wurden die beispielhaften Erwägungen zu „reduced/additional capabilities“ bei der Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe ersatzlos gestrichen, die eine Gesamtbetrachtung dieses Gruppenwertschöpfungsprozesses indizierten ohne spezifische Abgrenzung der jeweiligen Funktionen der individuellen Entitäten der Unternehmensgruppe.<sup>1190</sup> Zum anderen wurden die Erwägungen zur Fragmentierbarkeit von stark integrierten Funktionen innerhalb einer Unternehmensgruppe abgeschwächt.<sup>1191</sup> So könne die Funktionsanalyse zwar faktisch erkennen lassen, dass eine Unternehmensgruppe stark integrierte Funktionen fragmentiert hat.<sup>1192</sup> Dies wird jedoch nicht mehr als „particular feature“ und originäre „capability“ von Unternehmensgruppen bezeichnet und nicht mehr mit der Zielsetzung der Unternehmensgruppe zusammengeführt, Effizienzen und Spezialisierungen vor dem Hintergrund zu erzeugen, dass der

---

<sup>1185</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 16.

<sup>1186</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.51 sowie OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.42.

<sup>1187</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.51.

<sup>1188</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.51 sowie OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.42.

<sup>1189</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.51 gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.42.

<sup>1190</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 18.

<sup>1191</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.55 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 21.

<sup>1192</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.55 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 21.

Gesamtprozess im gemeinsamen langfristigen Interesse durch die Leitung der Unternehmensgruppe („group management“) kontrolliert wird.<sup>1193</sup> Faktisch erkennt der Final BEPS Report weiterhin an, dass erhebliche Interdependenzen zwischen den jeweiligen Funktionen der Gruppenentitäten bestehen können und dass diese Interdependenz erhebliche Koordinationsfunktionen notwendig machen kann, welche durch einige oder alle Entitäten, die diesen interdependenten Funktionen nachgehen, ausgeübt werden können.<sup>1194</sup> Ferner können die Risiken durch die Beiträge aller Entitäten oder hauptsächlich durch diese Koordinationsfunktion gemindert („mitigated“) werden; ersetzt wurde indes der Verweis auf die Risikokontrolle („managed“<sup>1195</sup>) aller operativ tätigen Entitäten.<sup>1196</sup> Daher ist es erforderlich bei der Funktionsanalyse zur Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen festzustellen, ob die Funktionen stark integriert sind, und falls ja, das Wesen der Interdependenzen und die Ausübung der erforderlichen Koordinierung der jeweiligen Funktionen festzustellen.<sup>1197</sup> Insgesamt löst der Final BEPS Report die individuelle Funktionen daher zwar nicht aus dem Gesamtkontext der Gruppenwertschöpfung, aber schwächt die Bedeutung des faktischen Zusammenwirkens im gemeinsamen Interesse und unter gemeinsamer Kontrolle zugunsten einer Grundausrichtung der Funktionsanalyse, die die individuellen Einzelfunktionen, d.h. die funktionalen Einzelbeiträge der Entitäten als Inputfaktoren der Gruppenwertschöpfung, wie von den OECD-Leitlinien 2010 bekannt,<sup>1198</sup> gegenüber ihren Auswirkungen auf den Gruppenoutput, wieder stärker in den Blick nimmt. Diese Unterscheidung mag graduell erscheinen, modifiziert indes implizit das Allokationsziel der Verrechnungspreisanalyse von einer Verteilung der Gesamtwertschöpfung an die funktional beteiligten Entitäten zurück zu einer eigenständigen Verpreisung der funktionalen Beiträge, aus denen sich das Gruppenergebnis „nur“ zusammenaddiert.

### **(b) Risikoallokationssystem des Final BEPS Report**

Diese Tendenz der stärkeren Zerlegung der funktionalen Einzelbeiträge der Gruppenentitäten wird im Risikoallokationssystem des Final BEPS Report fortgesetzt. Die Funktionsanalyse sei unvollständig, wenn nicht alle wirtschaftlich bedeutsamen Risi-

---

<sup>1193</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 21.

<sup>1194</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.55 sowie Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 21.

<sup>1195</sup> Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 21.

<sup>1196</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.55.

<sup>1197</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.55 sowie Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 21.

<sup>1198</sup> Vgl. die Konzeption der OECD-Leitlinien 1995/2010 ausf. oben.

ken identifiziert und berücksichtigt werden, da die Preise und anderen Bedingungen<sup>1199</sup> zwischen fremden Dritten durch die Risikotragung beeinflusst werden. Am Markt wird sich eine höhere Risikotragung regelmäßig in einer höheren Ertragserwartung („expected return“) widerspiegeln. Risiken sind inhärent in Wirtschaftsaktivitäten und Unternehmen<sup>1200</sup> gehen Wirtschaftsaktivitäten nach, um Erträge zu erzielen. Die Beurteilung, wie die Verteilung der Erträge oder Verluste aus unternehmerischen Aktivitäten zwischen fremden Dritten am Markt erfolgt, erfordert daher eine Analyse der eingegangenen Risiken, der ausübten Funktionen, die sich auf die Risiken auswirken, und welche Entitäten oder Entitäten die Risiken übernehmen.<sup>1201</sup> Der Final BEPS Report behält also die Idee der inhärenten Verknüpfung von Risiken und erfolgsgerichteten Wirtschaftsaktivitäten bei, mindert aber auch hier bereits im Ansatz die Herangehensweise des Discussion Draft on Risk, der regelmäßig mit mehr Raum für wertende Betrachtungen fragte, wie Risiken zugeordnet wurden („allocated“<sup>1202</sup>). Dementsprechend ist im Final BEPS Report der Verweis auf die besonderen Schwierigkeiten der Risikoanalyse infolge des fehlenden Interessengegensatzes der verbundenen Unternehmen, dem der Discussion Draft on Risks weiterreichende Implikationen für das „tatsächliche Verhalten“ der Parteien und dem Verhältnis des tatsächlichen Verhaltens zur vertraglichen Formalisierung der Transaktion entnommen hatte,<sup>1203</sup> entfallen.<sup>1204</sup>

---

<sup>1199</sup> Der Final BEPS Report ergänzt die ausdrückliche Nennung der „Preise“ gegenüber dem Discussion Draft on Risks, der nur die „Bedingungen“ nannte. Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.56 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 22. Ein zweiter Hinweis auf die Stärkung der Inputbetrachtung ergibt sich aus dem Austausch des Begriffs „business“ zu „enterprise“ in Final BEPS Report, Tz. 1.57 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 36. Der Begriff „enterprise“ stellt klar, dass die einzelne Gruppenentität betrachtet wird, nicht die Tätigkeit der Unternehmensgruppe.

<sup>1200</sup> Final BEPS Report, Tz. 1.57 („enterprises“) gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 36 („businesses“). Auch hier findet der gestärkte Entitätsbezug gegenüber der Gesamtbrechung Ausdruck.

<sup>1201</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.58 („and which party or parties to the transaction *assume* these risks“) gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 37 („and how these risks are *allocated*“).

<sup>1202</sup> Diese Formulierung des Discussion Draft on Risk stand im Zusammenhang mit dem wertendem System der Risikozuordnung entlang des extensiv verstandenen „tatsächlichen Verhaltens“ der Parteien; die Zuordnung („allocation“) der Risiken ist daher im Final BEPS Report begrifflich der Übernahme („assumption“) der Risiken gewichen.

<sup>1203</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 38: „Risks can give rise to difficulties in a transfer pricing analysis. This is partly because risks can be hard to identify, and so this section provides guidance on the nature and sources of risk relevant to a transfer pricing analysis in order to help with the identification process. In addition, *difficulties may arise because contracts between associated enterprises may lack the divergence of interests shown in contracts between independent parties; therefore, an, examination should also be made of the conduct of the parties in relation to the relevant risks and of the consequence of this conduct on delineating the actual transaction including the actual allocation of risk between the associated parties. In identifying the allocation of risk attention should be paid to how the parties actually manage the risk identified.* Between third parties, the assumption of risk without the control exerted by management over the risk is likely to be problematic because (i) it is difficult for the party assuming risk to evaluate the required additional expected return when the factors affecting the risk outcomes are determined by another party; and (ii) there would likely be considerations of moral

Der Final BEPS Report begründet demgegenüber eine stärker formalisierte Prüfungsstruktur der Risikoanalyse, die die im Discussion Draft on Risks etwas lose gestellten Fragen systematisiert und stärker an die Prüfungsreihenfolge der OECD-Leitlinien 2010 annähert; dies mit Anleihen bei der Prüfungsstruktur des Kapitels VI des Deliverable 2014 zur wirtschaftlichen Zuordnung von Erträgen aus immateriellen Werten.<sup>1205</sup> In Abstimmung mit der finalen Version der Prüfungsstruktur für immaterielle Werte,<sup>1206</sup> wurde die Risikoanalyse letztlich als eine sechsstufige Prüfung ausgestaltet.

<b>Final BEPS Report 2015<sup>1207</sup></b>	<b>Discussion Draft on Risks 2014<sup>1208</sup></b>
<i>Step 1: „Identify economically significant risks with specificity.“</i>	- „Taking into account <i>the nature and sources of risk</i> , what are the specific risks included in the commercial or financial relations of the parties?“
<i>Step 2: „Determine how specific, economically significant risks are contractually assumed by the associated enterprises under the terms of the transaction.“</i>	- „How are those specific risks allocated in contractual arrangements? How are the risks assumed? Do the specific risks <i>relate to operational activities from which the risks arise?</i> “
<i>Step 3: „Determine through a functional analysis how the associated enterprises that are parties to the transaction operate in relation to assumption and management of the specific, economically significant risks, and in particular which enterprise or enterprises perform control functions and risk mitigation functions, which enterprise or enterprises encounter upside or downside consequences of risk outcomes, and which enterprise or enterprises have the financial capacity to assume the risk.“</i>	- „What is the <i>potential impact</i> of those specific risks?“
<i>Step 4: „Steps 2-3 will have identified information relating to the assumption and management of risks in the controlled transaction. The next step is to interpret the information and determine whether the contractual assumption of risk is consistent with the conduct of the associated enterprises and other facts of the case by analysing (i) whether the associated enterprises follow the contractual terms under the principles of Section D.1.1; and (ii) whether the party assuming risk, as analysed under (i), exercises control over the risk and has the financial capacity to assume the risk.“</i>	- „How is each risk <i>actually managed</i> by the members of the MNE group? How does risk management <i>related to the risk influence the occurrence or the impact of the risk?</i> “
<i>Step 5: „Where the party assuming risk under steps 1-4(i) does not control the risk or does not have the</i>	- „Does the party contractually assuming the risk <i>either</i> (a) perform the <i>operational activities from which the</i>

hazard in an arm’s length situation were one party to assume risk without safeguards to manage the behaviour of the party creating its risk exposure. In arm’s length transactions it generally makes sense for the parties to be allocated a greater share of those risks over which they have relatively more control. For example, suppose that Company A contracts to produce and ship goods to Company B, and the level of production and shipment of goods are to be at the discretion of Company B. In such a case, Company A would be unlikely to agree to take on substantial inventory risk, since it exercises no control over the inventory level while Company B does.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1204</sup> Vgl. a. Gregory, Andrus: ‘Moral Hazard’ Likely to Disappear From OECD’s Revised Draft on Risk, 112 Daily Tax Report I-3, BNA Bloomberg, 11.06.2015.

<sup>1205</sup> Vgl. OECD/G20 Action 8: 2014 Deliverable, Tz. 6.34.

<sup>1206</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.34.

<sup>1207</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.60 (Kursiv hinzugefügt um Änderungen anzuzeigen).

<sup>1208</sup> Vgl. OECD Risk Discussion Draft, Tz. 40 (Kursiv hinzugefügt um Änderungen anzuzeigen).

<i>financial capacity to assume the risk, apply the guidance on allocating risk.”</i>	<i>risk arises, (b) manage the risks, or (c) assess, monitor, and direct risk mitigation?”</i>
<i>Step 6: „The actual transaction as accurately delineated by considering the evidence of all the economically relevant characteristics of the transaction as set out in the guidance in Section D.1, should then be priced taking into account the financial and other consequences of risk assumption, as appropriately allocated, and appropriately compensating risk management functions.”</i>	<i>- „What are the actual transactions undertaken? Are the contractual arrangements in relation to the risk allocation, the operational activities to which the risk relates and risk management aligned with the conduct of the parties?”</i>

**Tabelle 1:** Vergleich der Prüfungsgliederung des Final BEPS Report und des Discussion Draft on Risks

Diese Gliederung macht zum einen die nunmehr formal klare Trennung der Ermittlung von Tatsachen („Step 1-3) und ihrer Beurteilung („Step 4-6“) deutlich; zum anderen geben das Verschwinden der Prüfung, ob vertragliche Strukturierungen mit den operativen Funktionen, aus denen sie erwachsen, korrelieren („Step 2“), der gestärkte Bezug auf die an der Transaktion beteiligten Entitäten gegenüber dem Gruppenbezug bei der Beurteilung der der Risikoauswirkungen und die gesonderte Nennung der Risikokontrollfunktionen („Step 3“), der gestärkte Bezug der Risikokotrollfunktionen und der finanziellen Kapazität in Relation zu den vertraglichen Abreden gegenüber freieren Wertungen („Step 4“) sowie das Verschwinden der Prüfung der wahren Risikoverteilung („Step 6“) deutliche Indizien auf die Ausgestaltung des Risikoallokationssystems des Final BEPS Report, das sich stark vom Discussion Draft on Risks unterscheidet.

Neben dieser Umstrukturierung der Prüfung der Risikoallokation bei der Funktionsanalyse, wurde vor der Besprechung der einzelnen Prüfungsschritte („Steps 1-6“) eine Art „Glossar“ in den Final BEPS Report eingefügt.<sup>1209</sup> Die Vorschaltung dieses Glossars ohne Einbindung in die inhaltliche Prüfung der Risikoanordnung trägt nicht zur Klarheit bei und weckt gerade durch das Herauslösen aus der materiellen Prüfung der Risikoanordnung den Eindruck, die Vorschaltung erfolge zur Verschleierung des Bedeutungsverlusts der im Glossar beschriebenen Konzepte. Die Konzepte „risk management<sup>1210</sup>“ sowie „controll over risk<sup>1211</sup>“ sind im Final Report zwar weitgehend wie

<sup>1209</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.61-1.70. Besprochen werden die Begriffe/Konzepte: „Risk management“, „Risk assumption“, „Financial capacity to assume risk“, „Control over risk“ und „Risk mitigation“. Der Discussion Draft on Risks enthielt in Tz. 39 lediglich eine Beschreibung des Konzepts „Control over risk“ zur Verdeutlichung des Gesamtkonzepts des Risikoanordnungssystems des Discussion Draft on Risk, wie es a.a.O. in Tz. 38, skizziert wurde, erforderlich war. Tz. 38 ist in Fn. 1202 wiedergegeben. In diesem Gesamtkonzept ist die Kontroll über Risiken ein Eckpfeiler. Tz. 38 des Discussion Draft on Risks ist im Final BEPS Report nicht mehr enthalten.

<sup>1210</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.61: „The term “risk management” is used to refer to the function of assessing and responding to risk associated with commercial activity. Risk management comprises three elements: (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, (ii) the capability to make deci-

im Discussion Draft on Risks definiert,<sup>1212</sup> aber die nähere Beschreibung der Konzepte zeigt deutlich konservative Implikationen. Zum einem entfällt in Bezug auf das „risk management“ – das im Discussion Draft eigenständig als „Step 5“ geprüft wurde – die Verknüpfung mit den aktiven Unternehmensfunktionen verschiedener Entitäten<sup>1213</sup> sowie das zwingende Zusammenfallen von „risk management“ und der Zuordnung des Gewinnpotentials und Verlustrisikos („upside and downside potential“)<sup>1214</sup> und weicht einer stärkeren konzeptionellen Trennung von Risikomanagement und Risikotragung.<sup>1215</sup> Geschwächt wurde auch die zusätzliche Vergütungspflicht für Risikoman-

---

sions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function, and (iii) the capability to mitigate risk, that is the capability to take measures that affect risk outcomes, together with the actual performance of such risk mitigation.”

<sup>1211</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.61: „Control over risk involves the first two elements of risk management defined in paragraph 1.61; that is (i) the capability to make decisions to take on, lay off, or decline a risk-bearing opportunity, together with the actual performance of that decision-making function and (ii) the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity, together with the actual performance of that decision-making function. It is not necessary for a party to perform the day-to-day mitigation, as described in (iii) in order to have control of the risks. Such day-to-day mitigation may be outsourced, as the example in paragraph 1.63 illustrates. However, where these day-to-day mitigation activities are outsourced, control of the risk would require capability to determine the objectives of the outsourced activities, to decide to hire the provider of the risk mitigation functions, to assess whether the objectives are being adequately met, and, where necessary, to decide to adapt or terminate the contract with that provider, together with the performance of such assessment and decision-making. In accordance with this definition of control, a party requires both capability and functional performance as described above in order to exercise control over a risk.”

<sup>1212</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 55.

<sup>1213</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 56: „*In a group situation, risk management may be carried out at several levels, and not solely by the legal entity that incurs risk through its operations. The board and executive committees may set the level of risk the company is prepared to accept in order to achieve commercial objectives, and to establish the control framework for managing and reporting risk in its operations. Line management in business segments, operational entities, and functional departments may identify and assess risk against the commercial opportunities, and put in place appropriate controls and processes to address risk and influence the risk outcomes arising from day-to-day operations. The opportunities pursued by operational entities require the ongoing management of the risk that the resources allocated to the opportunity will deliver the anticipated return. These functions all contribute to risk management.*” (Kursiv hinzugefügt) Die Passage wurde im Final BEPS Report modifiziert und Teil des “Step 1”, s.o.

<sup>1214</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 60: „Consider the example of product recall risk: under the written contract this is assigned to the distributor, and the distributor is allocated a higher margin as a result. Assume, however, that the business has not had any product recalls, notwithstanding the fact that the risk is recognised in its financial reporting. Further, assume that the functional analysis reveals stringent supplier audit programmes, extensive testing protocols, mandatory training, and a culture of improvement. *Risk management is in fact performed by the manufacturer, and the distributor has no involvement and no capability to assess the risk or effectively monitor risk mitigation. In such a circumstance, the group’s risk management is actually performed and controlled by the manufacturer, and accordingly the manufacturer should attract the outcome of upside and downside risk instead of the distributor.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1215</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.63: “*Risk management is not the same as assuming a risk. Risk assumption means taking on the upside and downside consequences of the risk with the result that the party assuming a risk will also bear the financial and other consequences if the risk materialises. A party performing part of the risk management functions may not assume the risk that is the subject of its management activity, but may be hired to perform risk mitigation functions under the direction of the risk-*

gementfunktionen, die mit der Ausübung von operativen Funktionen einhergehen, insbesondere der laufenden („day-to-day“) Risikokontrolle.<sup>1216</sup> Konkretisiert und gestärkt wurde dagegen das Konzept der „financial capacity to assume risk“, das in den OECD-Leitlinien 2010<sup>1217</sup> und dem Discussion Draft on Risks<sup>1218</sup> noch relativ unbestimmt war und nur als „relevant but not determinative factor“ einer Risikoallokation bezeichnet wurde.<sup>1219</sup> Das Konzept der Kontrolle über Risiken zeigt die Tendenz, die Auslagerung von Kontrollfunktionen (wieder<sup>1220</sup>) weitergehend als der Discussion

---

*assuming party.*“ (Kursiv hinzugefügt) Weggefallen ist im Final Report auch das Beispiel des Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 63: “Consider the example of a company which owns Specialist equipment, the main risk associated with which is utilisation. Another group company provides specifications for the equipment, operates the equipment, provides skilled personnel, markets the equipment’s capabilities to third-party customers, and engages with those customers to provide production services. *The company which owns the equipment does not have any capability to exploit its ownership or functionally manage its key risk, but instead all risk management associated with exploiting the asset, enhancing upside risk and mitigating downside risk, is performed by the other group company. In such circumstances of high dependency the risk management would require appropriate reward. In this example, the return allocated to the risk management may be high since utilisation is a core risk affecting the asset-owner’s income stream. If the asset owner does not control the risk, that is, it does not monitor, assess, and direct the mitigation measures that are purportedly outsourced, then the risk associated with exploitation of the asset may be allocated to the party actually performing risk management, and with that exercising control over the risk. Such a conclusion may also be warranted if the asset owner has no or no sufficient safeguards or incentives in place for the party performing the risk mitigation functions to perform in an optimal fashion, since this factor may indicate that the asset owner cannot monitor, assess, and direct the risk mitigation measures. If the asset owner does not have capability to control risks associated with the exploitation of the asset, the legal owner of the asset is in substance providing only financing equating to the cost of the asset, and should be remunerated on that basis.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1216</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.62: „Risk management should not be thought of as necessarily encompassing a separate function, requiring separate remuneration, distinct from the performance of the activities that optimise profits.”

<sup>1217</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.29 ff. Die Issues Note No. 1 des OECD Discussion Draft 2008, entwickelte dieses Konzept, indes noch unbestimmter als es in der finalen Fassung der Revision der OECD-Leitlinien 2010 enthalten ist, und nur für den Fall der Prüfung einer hypothetischen Risikoallokation unter fremden Dritten, *wenn Vergleichswerte sich nicht finden lassen*. Vgl. Issues Note No. 1, a.a.O., Tz. 28: „[W]here no comparables exist to support a contractual allocation of risk between related parties, it becomes necessary to determine whether that allocation of risk is one that might be expected to have been agreed between independent parties in similar circumstances. One factor that can assist in this determination is the examination of which party(ies) has (have) control over the risk [...]. The OECD is of the view that in arm’s length dealings, another factor that may influence an independent party’s willingness to take on a risk is its anticipated financial capacity to bear that risk.”

<sup>1218</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 66.

<sup>1219</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.64: „Financial capacity to assume risk can be defined as access to funding to take on the risk or to lay off the risk, to pay for the risk mitigation functions and to bear the consequences of the risk if the risk materialises. Access to funding by the party assuming the risk takes into account the available assets and the options realistically available to access additional liquidity, if needed, to cover the costs anticipated to arise should the risk materialise. This assessment should be made on the basis that the party assuming the risk is operating as an unrelated party in the same circumstances as the associated enterprise, as accurately delineated under the principles of this section. [...] *Where the financial capacity to assume a risk is lacking, then the allocation of risk requires further consideration under step 5.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1220</sup> Vgl. vormalig ebenfalls eher großzügig OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.24.

Draft on Risks zuzulassen.<sup>1221</sup> Der in Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 enthaltene Verweis auf die zur Ausübung von Kontrolle erforderlichen Personalfunktionen findet sich im Final BEPS Report nicht ausdrücklich,<sup>1222</sup> aber die Definition der Kontrolle über Risiken als ausgeübte Entscheidungsfunktionen hat einen inhärenten Personalbezug, ebenso wie die Beschreibung der zur tatsächlichen Ausübung von Entscheidungsfunktionen erforderlichen Fähigkeit, die Risikofolgen einschätzen zu können, was von den Entscheidungsträgern Kompetenzen und Erfahrung im konkreten Bereich und einen ausreichend Informationszugang verlange. Insgesamt scheint – trotz der im Ansatz gleichen Definition der Kontrolle über Risiken als die ersten zwei Aspekte des Risikomanagements – die inhaltliche Kontrolldichte gegenüber dem Discussion Draft on Risks gelockert und sich bei der Feststellung der tatsächlichen Kontrolle über Risiken mehr auf übergeordnete Leitungsfunktionen zu beziehen, nicht so stark auf die Ausübung oder inhaltliche Kontrolle der operativen Funktionen, die eine tatsächliche Risikoauswirkung zeitigen,<sup>1223</sup> wodurch ein innerer Zusammenhang mit der Auslagefähigkeit der Kontrollfunktionen entsteht.<sup>1224</sup> Auch die stärkere Bezugnahme auf organisatorische Leitungsfunktionen und die erhöhte Trennbarkeit von Risikokontrollfunktionen und operativen Unternehmensfunktionen zeigt, dass der Final BEPS Report

---

<sup>1221</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.65 („[W]here these day-today mitigation activities are outsourced, control of the risk would require capability to determine the objectives of the outsourced activities, to decide to hire the provider of the risk mitigation functions, to assess whether the objectives are being adequately met, and, where necessary, to decide to adapt or terminate the contract with that provider, together with the performance of such assessment and decision-making. In accordance with this definition of control, a party requires both capability and functional performance as described above in order to exercise control over a risk.“) gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 55 („Where a decision is made to outsource risk mitigation as described in (iii), control of the risk would require capability to assess, monitor, and direct the outsourced measures that affect risk outcomes, together with the performance of such assessment, monitoring, and direction.“). Sowie das Anwendungsbeispiel in Final BEPS Report Tz. 1.69.

<sup>1222</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.23.

<sup>1223</sup> Vgl. insb. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 60 ff.

<sup>1224</sup> Eingängig dazu das Beispiel in Final BEPS Report, Tz. 1.69: „Company A appoints a specialist manufacturer, Company B to manufacture products on its behalf. The contractual arrangements indicate that Company B undertakes to perform manufacturing services, but that the product specifications and designs are provided by Company A, and that Company A determines production scheduling, including the volumes and timing of product delivery. The contractual relations imply that Company A bears the inventory risk and the product recall risk. *Company A hires Company C to perform regular quality controls of the production process. Company A specifies the objectives of the quality control audits and the information that Company C should gather on its behalf. Company C Report directly to Company A. Analysis of the economically relevant characteristics shows that Company A controls its product recall and inventory risks by exercising its capability and authority to make a number of relevant decisions about whether and how to take on risk and how to respond to the risks.* Besides that Company A has the capability to assess and take decisions relating to the risk mitigation functions and actually performs these functions. These include determining the objectives of the outsourced activities, the decision to hire the particular manufacturer and the party performing the quality checks, the assessment of whether the objectives are adequately met, and, where necessary, to decide to adapt or terminate the contracts.“

vom Discussion Draft on Risks abweicht und sich wieder der Konzeptionierung der OECD-Leitlinien 2010 annähert, dessen Anforderungen an die Substanz von Risikoallokationen indes durchaus inkrementell qualitativ erhöht.<sup>1225</sup>

**(aa) „Step 1: Identify the economically significant risks with specificity”<sup>1226</sup>**

Der erste Schritt der Risikoanordnung ist die Identifizierung der spezifischen, wirtschaftlich signifikanten Risiken. Für Verrechnungspreiszwecke sei es sachgerecht, Risiken als eine inhärente Folge der Unsicherheiten der Wirtschaftstätigkeit, der das Unternehmen nachgeht, anzusehen. Sie sind die Kehrseite der Chance, Gewinne zu erzielen, und haben daher nicht nur eine negative Konnotation Unternehmen verwenden regelmäßig große Aufmerksamkeit („considerable attention“) auf die Identifizierung und Steuerung der wirtschaftlich signifikanten Risiken, um trotz der Unsicherheiten einen Gewinn zu erzielen. Diese Aufmerksamkeit schließt u.a. Aktivitäten ein, die sich auf die Produktstrategie, die Produktdifferenzierung, die Markttrends, die politischen und sozialen Veränderungen und die Schaffung von Nachfrage beziehen können.<sup>1227</sup> Die Signifikanz der spezifischen Risiken hängt dabei von der Wahrscheinlichkeit ihres Eintretens sowie vom Ausmaß der potentiellen Gewinnauswirkung ab.<sup>1228</sup> Risiken seien ferner nach der Quelle der ihnen zugrundeliegenden, internen oder externen Unsicherheiten zu unterscheiden.<sup>1229</sup> Der Final BEPS Report ergänzt diese im Kern bereits im Discussion Draft on Risks befindlichen Ausführungen um vier Textziffern zur Feststellung der Signifikanz von Risiken auf der Grundlage der Modifikation von Ausführungen, die im Discussion Draft on Risks an anderer Stelle getroffen wurden.<sup>1230</sup> Dadurch wird zum einen die Signifikanzschwelle bei der Risikoanordnung erhöht, also umgekehrt die Bedeutung der Risiken insgesamt bei der „Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen“ tendenziell geschwächt, sowie zum anderen – und noch wichtiger – der Aussagegehalt der zur Feststellung der Signifikanz modifizierten Textziffern des Discussion Draft on Risks aus dem Final BEPS Report entfernt. So sei die Feststellung der wirtschaftlichen Signifikanz eines Risikos

---

<sup>1225</sup> Eingängig zu diesem Befund das Beispiel in Final BEPS Report, Tz. 1.70, das aus OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.25 übernommen wurde, aber die Anzahl der erforderlichen Entscheidungen erhöht.

<sup>1226</sup> Vormals „The nature and source of risk“, vgl. Discussion Draft on Risks, D.2.1.

<sup>1227</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.71 („activities“) gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 41 („management activities“). Für den Draft on Risks war dies der erste Schritt zur Begründung der Maßgeblichkeit der ausübten Risikokontrollfunktionen als „tatsächliches Verhalten“ der Parteien.

<sup>1228</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.71 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 41.

<sup>1229</sup> Vgl. i.Einz. Final BEPS Report, Tz. 1.72 sowie Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 42.

<sup>1230</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.73 ff. gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 50-52, 56.

und wie ein Risiko die Ermittlung eines Verrechnungspreises beeinflusse, Teil einer umfassenden Funktionsanalyse der Wertschöpfung der Unternehmensgruppe, der Aktivitäten, die es der Unternehmensgruppe ermöglichen dauerhafte Gewinne zu erwirtschaften, sowie der wirtschaftlich relevanten Charakteristika der Geschäftsbeziehung. Der Final BEPS Report übernimmt somit die im Discussion Draft on Risks im Rahmen der Frage nach dem „potential impact of risk“ als Ausgangspunkt formulierte Einordnung des Risikos in die Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe, um die Signifikanz zu beurteilen, lässt dabei aber die entscheidende Beurteilung, wie der jeweiligen Entitäten der Unternehmensgruppen zu dieser Gesamtwertschöpfung beitragen, unter den Tisch fallen.<sup>1231</sup> Die Gesamtwertschöpfung ist somit nur der Kontext der Signifikanzprüfung, bestimmt aber nicht ihren Inhalt.

Dementsprechend ist auch die sich im Discussion Draft on Risk anschließende Erwägung, dass sich infolge der Interdependenzen innerhalb der Unternehmensgruppe und der Absicht des langfristigen Zusammenwirkens die Risiken faktisch auf zahlreiche Entitäten auswirken können, ersatzlos verschwunden.<sup>1232</sup> Deutlich modifiziert wurden folglich auch die zwei Anwendungsbeispiele.<sup>1233</sup> Ferner wurden die – im Final Report

---

<sup>1231</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.73 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 48: „Determining the impact of risk and the significance of how risk and uncertainty may affect a transfer price depends on the broader functional analysis of how value is created by the MNE, the activities that allow the MNE to sustain profits, and the role of the specific entities within the MNE group in contributing to that value.“ (Kursiv hinzugefügt).

<sup>1232</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.73-1.74 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 49: „In the situation of an integrated MNE group, risk outcomes can affect many group companies. For example, production supply problems are not limited in their impact to production operations, but can affect sales volumes and profitability for other group companies, and potentially cause reputational harm. Another example is product risk. It can have a significant impact on the developer of the product, but it will also have an impact on the volumes manufactured by production companies and sold by distribution companies; there may be an impact on cost of borrowings and on reputation of all parties, and ultimately on commercial viability. Although the manufacturer or distributor strictly speaking may not be allocated product risk, they are affected by the outcome of product risk because of the group interdependencies and long term co-operative relationship with a shared interest in providing a dedicated, exclusive sales channel which conflicts with the opportunity to diversify their dependence by operating for other parties. Blanket statements that one or another party performing commercial activities is insulated from all commercial risk and that pricing should be based on the determination of risk-free returns should be carefully scrutinised.“ (Kursiv hinzugefügt).

<sup>1233</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.74 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 51: „In the first situation the MNE distributes heating oil to consumers. The functional analysis establishes that the product is undifferentiated, the market is competitive, the market size is predictable, and players are price-takers. In such circumstances, the ability to influence margins may be limited. An important value driver relates to the credit terms obtained from the oil producers and a key risk is the financial risk of funding working capital efficiently. The functional analysis establishes that all discussions with the oil producers are conducted directly by the parent company and that the personnel of the local distributor do not have any involvement in securing the terms. The credit terms achieved are crucial to the local distributor’s margin since they fund working capital, whereas competitors that cannot obtain similar credit terms have to borrow to support working capital. In this example, the working capital risk re-

in „Step 1“ deplatziert wirkende und im Discussion Draft on Risk als Teil des „Step 4“ a.F. dargestellten – Erörterung der Kontrolle spezifischer Risiken durch eine Mehrzahl von Gruppenentitäten dahingehend modifiziert, diese beziehe sich nur auf die Entscheidungsfunktionen der an der Transaktion beteiligten Entitäten, was indes nicht bedeute, andere Gruppenentitäten könnten nicht in die Festlegung der „Risikopolitik“ der Unternehmensgruppe eingebunden sein, ohne dass dies eine Übernahme der Risiken bedeute.<sup>1234</sup> Auch hier trennt der Final BEPS Report die individuellen Funktionen als Inputfaktoren der Gesamtwertschöpfung deutlicher voneinander als der Discussion Draft on Risk mit seiner tendenziellen Output-Betrachtung der ausgeübten Funktionen.

**(bb) „Step 2: Contractual assumption of risk“<sup>1235</sup>**

Der Final BEPS Report analysiert die vertragliche Übernahme von Risiken im zweiten Prüfungsschritt und ist dabei von weniger Skepsis gegenüber vertraglichen Abreden

---

*mains assumed by the distributor since it retains the functions which contribute to management of the risk of buying and selling products, determining pricing to customers, managing invoicing and collection from customers, and determining volumes; however, the facts and circumstances of the case may indicate that working capital risks are managed in part by means of the additional functions of the parent company.”* (Kursivsetzung zeigt die Löschungen an); sowie Final BEPS Report, Tz. 1.75 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 52: “In the second situation, a multinational toy retailer buys a wide range of products from a number of third-party manufacturers. Most of its sales are concentrated in the last two months of the calendar year, and a significant risk relates to the strategic direction of the buying function, and in making the right bets on trends and determining the products that will sell and in what volumes. Trends and the demand for products can vary across markets, and so the expertise of the local group distributor is needed to evaluate the right bets in the local market. The effect of the buying risk can be magnified if the retailer can negotiate a period of exclusivity for a particular product with the third-party manufacturer. *However, exclusivity is unlikely to be granted by the manufacturer unless it is convinced that the party to which it grants exclusivity will provide it with greater benefits than would be provided by entering into exclusive arrangements with another party or than would be provided if it were to grant no exclusivity at all. The negotiations to convince the manufacturer are conducted by the parent company which has a longer relationship with the manufacturer and has been able to demonstrate capability to market products appropriately. Here strategic buying risks are managed by the local subsidiary, but the opportunity to capitalise on those risk decisions is enhanced by the activities of the parent.*” (Kursivsetzung zeigt die Löschungen an)

<sup>1234</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.75 („Control over a specific risk in a transaction focusses on the decision-making of the parties to the transaction in relation to the specific risk arising from the transaction. This is not to say, however, that in an MNE group other parties may not be involved in setting general policies that are relevant for the assumption and control of the specific risks identified in a transaction, without such policy-setting itself representing decision making. [...] *For example, finished product inventory risk in a supply transaction between two associated enterprises may be controlled by the party with the capability to determine the production volumes together with the performance of that decision-making. The way that inventory risk in the transaction between two associated enterprises is addressed may be subject to policy-setting elsewhere in the MNE group about overall levels of working capital tied up in inventory, or co-ordination of appropriate minimum stocking levels across markets to meet strategic objectives. This wider policy-setting however cannot be regarded as decisions to take on, lay off, decline, or mitigate the specific inventory risk in the example of the product supply transaction in this paragraph.*”) gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 56 („In a group situation, risk management may be carried out at several levels, and not solely by the legal entity that incurs risk through its operations. [...] *These functions all contribute to risk management.*”). (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1235</sup> Vormals „Allocation of risk in contracts“, vgl. Discussion Draft on Risks, D.2.2.

geprägt als der Discussion Draft on Risks. Schriftliche Verträge können explizit oder implizit eine intendierte Verteilung der Risiken der Geschäftsbeziehung zwischen den verbundenen Unternehmen einhalten.<sup>1236</sup> Ersatzlos weggefallen ist die anfängliche Erwägung, die vertraglichen Abreden seien stets auf ihre Übereinstimmung mit der faktischen Substanz der Geschäftsbeziehung hin zu überprüfen und falls diese auseinanderfallen, sei das tatsächliche Verhalten der Parteien als das beste Indiz für die tatsächliche Risikoverteilung zwischen den Parteien anzusehen,<sup>1237</sup> sowie die zwei Anwendungsbeispiele hierzu. Stattdessen expliziert der Final BEPS Report den Charakter von vertraglichen Risikoübernahmen als eine *ex-ante*-Vereinbarung über die Tragung einer möglichen *ex-post*-Verwirklichung von Risiken aus der Geschäftsbeziehung im Gegenzug gegen die Vereinnahmung der möglichen Vorteile aus der zugrundeliegenden Unsicherheit. Wichtig sei, dass diese Vereinbarungen im Vorfeld getroffen wurden, also bevor die Materialisierung der Risiken erkennbar wurde, da ansonsten begrifflich schon keine Risikotragung vorläge.<sup>1238</sup> Ferner sei es wirtschaftlich neutral, ob Risiken eingegangen oder abgegeben werden, wenn dies mit einer entsprechenden Änderung der erwarteten Nominaleinkünfte („nominal income“) einhergeht, also der Nettobarwert beider Optionen gleich („equal net present value“) sei.<sup>1239</sup> Damit wendet sich der Final BEPS Report gegen die Auffassung des Discussion Draft on Risks bei der Ermittlung des tatsächlichen Transaktionsinhaltes („Step 5“ a.F.), der „risk-return trade-off“ solle für sich genommen nicht verwendet werden können, um eine Risikoverteilung zu rechtfertigen ohne die zugrundeliegenden Funktionen zu überprüfen.<sup>1240</sup> Diese Überführung aus dem Kontext des tatsächlichen Verhaltens in

---

<sup>1236</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.77 gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 43.

<sup>1237</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 43, weggefallen ist: „In line with the discussion above in relation to contractual terms (see Section D.1), it must be considered in each case whether an allocation of risk contained in written contracts is consistent with the factual substance of the transaction as reflected in the conduct of the parties. Where differences exist between contractual terms related to risk and the conduct of the parties, the parties' conduct in the context of the consistent contractual terms should generally be taken as the best evidence concerning the actual allocation of risk.“ Vgl. auch OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.48 f.

<sup>1238</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.78.

<sup>1239</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.79. Wegen der Terminologie des § 2 EStG wird „nominal income“ als „Nominaleinkünften“ übersetzt, nicht als „Nominaleinkommen“.

<sup>1240</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 71: „*In risk transfers between associated enterprises the risk-return trade-off should not be used on its own to justify the appropriateness of any risk transfer. In particular, a risk transfer not supported by functions should be critically reviewed.* In a debt factoring arrangement between independent enterprises, for example, the seller discounts the face value of its receivables in return for a fixed payment, and so accepts a lower return but has reduced its volatility and laid off risk. The factor will often be a specialised organisation which takes on risk and has functional capabilities to manage the risk and generate a return from the opportunity. Neither party will expect to be worse off as a result of entering into the arrangement, essentially because the factor is more capable

die Besprechung der vertraglichen Abreden („Step 2“) sowie der Änderung der Sichtweise indiziert eine Stärkung der Bedeutung vertraglicher Risikoübernahmen. Gleichwohl solle daraus nicht folgen, dass jede vertragliche Risikoänderung, die mit einer entsprechenden Änderung der Ertragserwartung einhergeht, dem Fremdvergleichsgrundsatz gerecht werde; vielmehr seien auch die weiteren Schritte der Identifizierung der Geschäftsbeziehung zu beachten.<sup>1241</sup> Die vertraglichen Beziehungen allein determinieren daher nicht, welche Entität welche Risiken übernommen hat. Insbesondere folgt aus der Vergütungsvereinbarung selbst – auch wenn dieses einer Entität stabile „low-risk“ Einkünfte garantiert – nicht das tatsächliche Risikoprofil der an der Geschäftsbeziehung beteiligten Entitäten.<sup>1242</sup>

**(cc) „Step 3: Functional analysis in relation to risk“<sup>1243</sup>**

Dritter Schritt der Analyse der Risiken einer kaufmännischen oder finanziellen Beziehung, und letzter Schritt der Informationsgewinnung,<sup>1244</sup> ist die Betrachtung der ausgeübten Funktionen der Transaktionsparteien in Bezug auf die Risiken.<sup>1245</sup> Dieser

---

of managing the risk than the seller and terms acceptable to both parties can be agreed. *However, it does not follow that by analogy any exchange of potentially higher but riskier income for lower but less risky income between associated enterprises is justifiable for transfer pricing purposes. Where the party taking on risk does not have the capabilities to manage its risks and generate a return from the opportunity, this may lower the price it would be prepared to pay compared to the situation in which it was able to manage its risks, and may mean terms acceptable to both parties could not be agreed.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1241</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.80.

<sup>1242</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.81 sowie Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 57. Dieses Problem wurde ebenfalls erstmals in den Verhandlungen über die „Business restructurings“ aufgegriffen, vgl. OECD Discussion Draft 2008, Issues Note No. 1, Tz. 45: „The question of the relationship between the choice of a particular transfer pricing method and the level of risk left with the entity that is remunerated using that method is an important one in the context of business restructuring. It is quite commonly argued that because an arrangement is remunerated using a cost plus or TNMM that guarantees a certain level of gross or net margin to one of the parties, that party operates in a low risk environment. While the terms on which a party to a transaction is compensated cannot be ignored in evaluating the risk borne by that party, it is worth remembering that it is the low risk nature of a business that should dictate the choice of a given transfer pricing method, and not the contrary. In all cases it is important to ensure that the advocated risk profile and the choice of the transfer pricing method are consistent with the functional analysis of the parties. See Issues Note No. 3 for a discussion of the arm’s length remuneration of the post-restructuring arrangements and in particular Section C of that note on the selection and application of a transfer pricing method.“ Vgl. auch OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.44 f.

<sup>1243</sup> Vormals „How risks are assumed“, vgl. Discussion Draft on Risks, D.2.3.

<sup>1244</sup> Die Unterscheidung von Sachverhaltsermittlung und Angemessenheitsermittlung kann nach deutschem Recht einen Unterschied bedeuten, insb. im Rahmen der Verrechnungspreisdokumentation und der Beweislastverteilung, vgl. a. *Hülster*, Grenzen der Korrektur von Verrechnungspreisen in der Betriebsprüfung, IStR 2016, 874 ff.

<sup>1245</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.82. Die Beschränkung auf die an der Transaktion konkret beteiligten Parteien schließt eine „weite“ funktionale Betrachtung des Wertschöpfungs- und Risikosteuerungsprozesse („broader functional analysis how value is created by the MNE“) aus, die der Discussion Draft on Risks, u.a. in Tz. 48 ff. insinuiert hatte. Dies beschränkt die Funktionsanalyse auf die konkreten Transaktionsparteien kann sich bei den sogleich besprochenen Anwendungsbeispielen auswirken, wenn der

Schritt liefere Informationen dazu, wie die Parteien in Bezug auf die Übernahme und die Steuerung der Risiken operieren, insbesondere dazu, welche Entität Risikokontrollfunktionen und Risikominderungsfunktionen ausübt, welche Entitäten das upside- und das downside-Potential trifft sowie welche Entität die finanzielle Kapazität hat, die Risikofolgen zu tragen.<sup>1246</sup> Der Final BEPS Report enthält zu diesem „Step 3“ keinerlei abstrakte Ausführungen, sondern nur drei Anwendungsbeispiele, die praxistypische Fallgruppen aufgreifen und inhaltlich auf den im Glossar beschriebenen Konzepten basieren. Die drei Anwendungsbeispiele werden in den weiteren Prüfungsschritten verwendet, um das Risikoziordnungssystem des Final BEPS Reports darzustellen. Dieses rein fallgruppenorientierte Vorgehen weckt den Eindruck, in den finalen BEPS-Verhandlungen war die Erzielung bestimmter Ergebnisse in praxistypischen Gestaltungen entscheidend.

Das *Beispiel 1*, das auf Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 basiert,<sup>1247</sup> betrifft ein Auftragsforschungsverhältnis bei dem das Entwicklungsrisiko als wirtschaftlich signifikant eingeschätzt („Step 1“) und vertraglich durch den Auftraggeber übernommen („Step 2“) wurde. Die Funktionsanalyse zeige im dritten Schritt, dass der Auftraggeber das Entwicklungsrisiko auch kontrolliert, indem er von seiner Fähigkeit und Berechtigung Gebrauch macht, Entscheidungen bezüglich des Ob und Wie der Übernahme des Entwicklungsrisikos zu treffen. Dazu zählen die Entscheidung der Übertragung der Funktionen an den Auftragnehmer, die Auswahl des Auftragnehmers, die Bestimmung des Forschungsgegenstands sowie die Budgetierung des Auftragnehmers. Der Auftraggeber habe durch die Auslagerung der Tätigkeiten sein Risiko gemindert („mitigated“) und Auftragnehmer übernehme die laufende („day-to-day“) Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Durchführung der Funktionen unter der Kontrolle des Auftraggebers, erstatte dem Auftraggeber zu vereinbarten Zeitpunkten („predetermined milestones“) Bericht. Der Auftraggeber schätze ferner den Fortschritt der Forschungstätigkeiten ein, ob die Vorgaben erfüllt wurden und ob die Auftragsforschung fortgesetzt wird. Der Auftraggeber habe die finanzielle Kapazität, das Risiko zu tragen. Der Auftragnehmer habe nicht die Fähigkeit, das Entwicklungsrisiko einzuschätzen und treffe keine Entscheidungen über die Aktivitäten des Auftraggebers. Der Auftragneh-

---

„Auftraggeber“ eine Steueroasengesellschaft ist, deren Entscheidungen etwa von der Muttergesellschaft in einem OECD-Staat kontrolliert werden. Diese Dreieckskonstellation wird dadurch nicht einheitlich, sondern getrennt betrachtet.

<sup>1246</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.82.

<sup>1247</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.26.

mer trage nur das Risiko, seine Aufgaben nicht ordnungsgemäß zu erfüllen und kontrolliere dieses Risiko durch entsprechende Funktionen. Das Risiko, das der Auftragnehmer übernommen habe, sei daher ein anderes als das wirtschaftlich signifikante Entwicklungsrisiko des Auftraggebers.<sup>1248</sup>

Das *Beispiel 2*, das ebenfalls auf Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 basiert,<sup>1249</sup> betrifft ein Auftragsproduktionsverhältnis. Im ersten Schritt wurden das Kapazitätsauslastungsrisiko („utilization risk“)<sup>1250</sup> und das Lieferkettenrisiko als wirtschaftlich signifikant eingeschätzt und im zweiten Schritt deren vertragliche Zuordnung an den Auftraggeber festgestellt. Die Funktionsanalyse des dritten Schritts ergebe, dass der Auftragnehmer seine Produktionsstätte auf die Bedürfnisse der Auftragsproduktion ausgerichtet hat, dass die Produkte die technischen Maßgaben und Designs des Auftraggebers entsprechend und in verlangten Mengen hergestellt werden und dass der Auftraggeber die Lieferkette organisiert sowie regelmäßig die Qualität des Produktionsprozesses überprüft. Der Auftragnehmer hat die Produktionsstätte errichtet, beschäftigt und schult das Fertigungspersonal und bestimmt den zeitlichen Produktionsablauf („production scheduling“) auf der Grundlage der vom Auftraggeber bestellten Produktmenge. So hat der Auftragnehmer Kosten getragen, aber keine Möglichkeit die Amortisierung dieser Kosten zu steuern, da der Auftraggeber die Produktionsmengen bestimmt und die Lieferkette organisiert, wodurch die Produktionskosten beeinflusst werden. Die Beurteilung dieser Tatsachen ergebe, dass der Auftragnehmer eine Produktionsdienstleistung („production service“)<sup>1251</sup> erbringt. Die signifikanten Risiken, die mit der Generierung von Einkünften aus der Fertigungsleistung verbunden sind, werden vom Auftraggeber kontrolliert. Der Auftragnehmer kontrolliert die ordnungsgemäße Ausübung seiner Fertigungsleistung. Beide Unternehmen haben die finanzielle Kapazität, ihre jeweiligen Risiken zu tragen.<sup>1252</sup>

---

<sup>1248</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.83.

<sup>1249</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.27.

<sup>1250</sup> Der Begriff „utilization risk“ ließe sich auch auf die hergestellten Waren i.S.e. Absatz- bzw. Verwertungsrisikos beziehen, die Übersetzung als „Kapazitätsauslastungsrisiko“ findet sich indes in der offiziellen Übersetzung, a.a.O. Tz. 1.84, und macht im Gesamtzusammenhang des Beispiels auch Sinn, da letztlich die *Risikostruktur der Produktionsentität* festgestellt werden muss.

<sup>1251</sup> Die Übersetzung von „production service“ als „Fertigungsleistung“ ist m.E. ungenau und macht die Risikostruktur nicht deutlich genug, vgl. offizielle Übersetzung, a.a.O. Tz. 1.84.

<sup>1252</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.84.

Das *Beispiel 3* betrifft die Rolle des rechtlichen Eigentums an Wirtschaftsgütern bei der Risikoanalyse und basiert auf einem Beispiel des Discussion Draft on Risk.<sup>1253</sup> Der Eigentümer überlässt in diesem Beispiel Endkunden ihm gehörende Wirtschaftsgüter vertraglich zur Nutzung. Der erste Schritt der Risikoanalyse stellt die wirtschaftliche Signifikanz des Auslastungsrisikos („utilization risk“) fest, d.h. des Risikos, ob genug Nachfrage besteht, um die Anschaffungskosten zu decken. Im Rahmen des zweiten Schritts wird eine Vertragsbeziehung über die Erbringung von Dienstleistungen mit einem verbundenen Unternehmen identifiziert, die keine Regelung des Auslastungsrisikos enthält. Im dritten Schritt gibt die Funktionsanalyse ein drittes verbundenes Unternehmen zu erkennen, das die Investitionsentscheidungen des Eigentümers angesichts der zu erwartenden Geschäftschancen aus der Nutzung der Güter beurteilt, die Spezifikationen der Güter, um diese Geschäftschancen zu nutzen, bestimmt und die Kaufentscheidung für den Eigentümer trifft. Ferner zeigt sich, dass das Dienstleistungsunternehmen die kommerzielle Nutzung der Güter bestimmt, die dazu erforderlichen Verträge mit Endkunden verhandelt und sicherstellt, dass die Güter zu den Endkunden gelangen und ordnungsgemäß in Betrieb gesetzt werden. Der rechtliche Eigentümer der Güter kontrolliert somit weder das Investitionsrisiko noch das Auslastungsrisiko. Er hat auch keine Fähigkeiten die Risikominderungsfunktionen anderer Gruppenunternehmen zu beurteilen und zu steuern. Vielmehr kontrollieren andere Gruppenunternehmen die Risiken der Anschaffung und Nutzung der Güter. Der funktionale Beitrag des Eigentümers ist auf die Einbringung von Finanzmitteln in Höhe der Anschaffungskosten der Güter beschränkt. Die Funktionsanalyse zeigt indes auch, dass der Eigentümer nicht die Fähigkeit und Berechtigung besitzt, Entscheidungen in Finanzmitteln zu beurteilen und zu treffen, d.h. zu kontrollieren. Alle Unternehmen die finanzielle Kapazität ihre jeweiligen Risiken tatsächlich zu tragen.<sup>1254</sup>

Die Schwierigkeit des Ansatzes des Final BEPS Report, die Durchführung der Funktionsanalyse als „Step 3“ nur durch die Beispiele, die ohne den Glossar weder vollständig noch verständlich sind, zu erläutern, liegt in der paradoxen Mischung aus Detailfülle einerseits und Unklarheit infolge der vorausgesetzten Annahmen und der ohne

---

<sup>1253</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 63.

<sup>1254</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.85.

klare Subsumtion gezogenen Schlussfolgerungen andererseits, wodurch es nicht einfach ist, den Beispielen für alle Fälle gültige, abstrakte Maßgaben zu entnehmen.<sup>1255</sup>

**(dd) „Step 4: Interpreting steps 1-3“<sup>1256</sup>**

Die Befunde der ersten drei Schritte werden im vierten Schritt interpretiert. Zweck dieser Interpretation ist es festzustellen, ob die vertragliche Risikoordnung mit dem tatsächlichen Verhalten der Parteien und den „anderen Fakten der Geschäftsbeziehung“ übereinstimmt, indem (i) ermittelt wird, ob die vertraglichen Abreden eingehalten wurden und (ii) ermittelt wird, ob die Partei, die vertraglich Risiken übernommen hat, die Kontrolle über diese Risiken ausübt und die finanzielle Kapazität hat, die Risiken auch tatsächlich zu tragen.<sup>1257</sup>

Zunächst ist somit als „Step 4(i)“ die Feststellung erforderlich, ob die vertragliche Risikoverteilung mit dem „tatsächlichen Verhalten“ übereinstimmt oder ob die vertraglichen Abreden nicht eingehalten wurden bzw. unvollständig („incomplete“) sind.<sup>1258</sup>

Bestehen zwischen der vertraglichen Zuordnung von Risiken und dem tatsächlichen Verhalten der Parteien wirtschaftlich signifikante Unterschiede, die zwischen fremden Dritten bei der Preisermittlung Berücksichtigung gefunden hätten, so sei das tatsächliche Verhalten regelmäßig als der beste Hinweis („best evidence“) auf die tatsächlich beabsichtigte Risikoverteilung anzusehen;<sup>1259</sup> unklar bleibt allerdings, wie die Feststellung zu treffen ist, ob Verträge „unvollständig“ sind.<sup>1260</sup>

---

<sup>1255</sup> Vgl. i.A. *Herzfeld*, News Analysis: Will the OECD’s ‘Pragmatic Fudge’ Save Transfer Pricing?, *Tax Analyst*, 2016 WTD 147-1, Doc. 2016-15399: „The July 19-21 transfer pricing symposium [...] left the impression that the changes to the OECD transfer pricing guidelines as part of the base erosion and profit-shifting project have not solved the problem but left the field in a state of confusion. Neither the professionals trying to interpret the rules in the final report on actions 8, 9, and 10 nor the officials who drafted them seem to be able to explain them.“

<sup>1256</sup> Vornals „Potential impact of risk“, vgl. Discussion Draft on Risks, D.2.4.

<sup>1257</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.86, gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.29.

<sup>1258</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.88, gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 3, 5.

<sup>1259</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.88.

<sup>1260</sup> Die Verwendung des Adjektivs „incomplete“ deutet zwar in Richtung des Problems der „incomplete contracts“ (vgl. eingängig zum Problem *Vann*, *Taxing international business income: Hard-boiled wonderland and the end of the world*, *World Tax Journal*, 2010 (Volume 2), No.3, 291, 321); dass die Unvollständigkeit von Verträgen in diesem Sinn zu verstehen wäre, wird nicht ausdrücklich bestätigt, bietet jedoch die Möglichkeit, diese Sichtweise in den Final BEPS Report „hinzulesen“. Eine Unvollständigkeit kann demnach wohl stets angenommen werden, wenn die Parteien mehr *machen* als sie vertraglich verpflichtet sind zu tun (positive Unvollständigkeit) – Beispiel: Eine Vertriebsseinheit betreibt überobligatorisches Marketing. Ob eine auch Unvollständigkeit vorliegt, wenn eine Partei *weniger* tut als sie berechtigt wäre zu tun (negative Unvollständigkeit) – Beispiel: Ein Lizenzgeber räumt tatsächlich *keiner* anderen Partei als dem nicht-exklusiven Lizenznehmer eine Nutzungsberechtigung ein – , ist nicht nur faktisch durch Steuerbehörden schwieriger festzustellen, sondern auch dogmatisch schwerer zu beantworten. Die Antwort auf diese Frage hängt mE von der Gesamtkonzeption des Systems zur

Im Weiteren verlangt der „Step 4(ii)“ die Feststellung, ob die Partei, die vertraglich ein Risiko übernommen hat, das Risiko kontrolliert und die finanzielle Kapazität hat, das Risiko zu tragen.<sup>1261</sup> Übt die Partei, die vertraglich ein Risiko übernommen hat, nicht hinreichend Kontrolle über das Risiko aus, seien weitere Erwägungen gemäß „Step 5“ erforderlich.<sup>1262</sup> Sind mehrere Entitäten in der Lage ein Risiko zu kontrollieren, aber übt nur die Partei, die das Risiko vertraglich übernommen hat die Kontrolle tatsächlich aus, so sei sie als die einzige Entität anzusehen, die das Risiko kontrolliert.<sup>1263</sup> Üben auch andere Entitäten als diejenige, die das Risiko vertraglich übernommen hat, die Kontrolle tatsächlich aus, so ändert dies die Risikoübernahme nicht und keinerlei weitere Erwägungen seien erforderlich.<sup>1264</sup> Die Partei, die Vertraglich signifikante Risiken übernommen hat, muss also faktisch nur an der tatsächlichen Kontrolle des Risiko teilnehmen, aber nicht die einzige Partei sein, die das Risiko durch ausgeübte Funktionen tatsächlich kontrolliert. Dies bedeutet, dass die Kontrolle nur als Substanzerfordernis ausgestaltet ist, aber die tatsächlich ausgeübte Kontrolle

---

Identifizierung der Geschäftsbeziehung und der Rolle des tatsächlichen Verhaltens darin ab. Wird das tatsächliche Verhalten als eine Substanzerfordernis verstanden, die geschlossene Verträge nur auf tatsächliche Durchführung überprüft, ist dies tendenziell zu verneinen. Wird dagegen das tatsächliche Verhalten extensiv verstanden, als Ausdruck der „wahren“ Transaktion, das *nicht nur die Durchführung* von Verträgen substantiiert, sondern den Inhalt der Geschäftsbeziehung ergibt, so ist die Frage zu bejahen. Das „incomplete contracts“ Problem zeigt somit deutlich den Unterschied zwischen einem System, das auf die Substantiierung von Verträgen ausgerichtet ist, und einem System, bei dem Verträge nur insofern maßgeblich sind als sie das tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt des tatsächlichen Verhaltens vollständig und zutreffend wiedergeben. Letzteres entspricht tendenziell dem Discussion Draft on Risks, der das Unvollständigkeitsproblem anders formuliert als der Final BEPS Report, der tendenziell im erstgenannten Sinne ausgestaltet ist und ausgeübte Kontrollfunktionen weniger als eigentlichen Zuordnungsgrund im Rahmen der Funktionsanalyse ansieht (vgl. u.a. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 3 ff.: “Where no written terms exist, or where the conduct of the parties shows that the contractual terms are ambiguous, incorrect or *incomplete*, the delineation of the transaction should be deduced, clarified, or supplemented based on the review of the commercial or financial relations as reflected by the actual conduct of the parties. [...] It is, therefore, particularly important in considering the commercial or financial relations between associated enterprises to examine whether the arrangements reflected in the actual conduct of the parties conform to the terms of any written contract, *or whether the parties’ actual conduct indicates that the contractual terms have not been followed, do not reflect a complete picture of the transactions, have been incorrectly characterised or labelled by the taxpayer, or are a sham.*” Demgegenüber u.a. Final BEPS Report, Tz. 1.89, das darauf abhebt, ob Verträge „in practice applied“ wurden; vgl. a. *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, The Tax Magazine, March 2017, S. 89, 91 („tame anti-abuse measure“).

<sup>1261</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.90.

<sup>1262</sup> Vgl. unter Bezug auf die drei o.g. Beispiele, Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.90-1.92. Die negative Formulierung ist ebenfalls ein Indiz auf die Lösung des „incomplete contracts“ Problem, da die negative Formulierung eher ein Auseinanderfallen von Verträgen und Risikozuordnung verhindert, als dass auf eine Zusammenführung von wirtschaftlichem Gehalt des tatsächlichen Verhaltens und der Risikozuordnung abgezielt wird.

<sup>1263</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.93.

<sup>1264</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.94.

über Risiken nicht der eigentliche Zuordnungsgrund ist.<sup>1265</sup> Diese Teilbarkeit der Kontrolle über Risiken ohne die vertragliche Risikozuordnung zu entkräften, schafft zusätzlich dadurch Gestaltungsmöglichkeiten, dass das Mindestmaß an Kontrolle, das der vertragliche Risikoträger ausüben muss, leicht zu erfüllen scheint, um „auch“ tatsächlich Kontrollfunktionen auszuüben.<sup>1266</sup> Übernehmen zwei oder mehr Parteien vertraglich ein Risiko und stimmt diese Risikoübernahme mit dem Verhalten der Parteien im Sinne einer tatsächlichen Durchführung („Step 4(i)“) überein, so ist diese Risikoverteilung zu respektieren.<sup>1267</sup> Ferner gilt die Kontrolle über vertragliche übernommene Risiken als ausgeübt, wenn sich eine entsprechende Risikoverteilung in Vergleichswerten ermitteln lässt,<sup>1268</sup> wodurch auch im Bereich der Kontrolle über Risiken eine Annäherung an das Kapitel I und IX der OECD-Leitlinien 2010 erreicht wird.<sup>1269</sup>

**(ee) „Step 5: Allocation of risk“<sup>1270</sup>**

Folgt aus dem vierten Schritt, dass die Partei, die ein Risiko vertraglich übernommen hat, das Risiko nicht hinreichend kontrolliert oder nicht die finanzielle Kapazität hat,

---

<sup>1265</sup> Kritisch auch *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, The Tax Magazine, March 2017, S. 89, 91: „Thus, to assign risk to a tax-advantaged jurisdiction, there must be some decision making in that jurisdiction. However, not all risk control decisions must be allocated to the party contractually assigned the risk. Other entities may assist in controlling risk by performing even important control functions. It is not even necessary that a majority of the control function be in the tax-advantaged entity. The OECD Guidelines as revised by the BEPS Report do indicate that parties other than the one contractually assigned a risk must be compensated for any control functions they undertake, and that if those functions are important they may entitle the party performing the control function to a share of the risk-related profits of the enterprise.<sup>24</sup> But apart from this obligation to compensate other entities assisting with control, the BEPS Report seems to require only that the tax-advantaged entity be contractually assigned a risk and perform some modest portion of the control function related to that risk.”

<sup>1266</sup> Vgl. *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, The Tax Magazine, March 2017, S. 89, 91 f. „A careful reading of the BEPS changes to the Guidelines on risk suggests that the required level of activity to support a finding of control may not be terribly significant. While paragraphs 1.65 and 1.66 of the BEPS Report make it clear that *some actual participation* in decision making is required, paragraph 1.94 makes it clear that *this decision making function can be shared with other entities*. That paragraph also suggests that where the decision making responsibility is shared, as long as *some decisions* are taken by the entity contractually assigned the risk, no further inquiry is required to confirm that that party will be treated as bearing risk for transfer pricing purposes. [...] It seems that the control test as it has been framed is *quite a tame anti-abuse measure* and that a standard based on the performance of only some control functions will be quite easy for taxpayers to satisfy if they are determined to allocate risk-based profits to tax advantaged environments. The threat to require profits based compensation to entities that are not contractually assigned risks, but that perform control functions on behalf of the risk-bearing entity, *may limit the distortions that can be generated*. But the standard for the level of risk control activity that must migrate to a low-tax environment in order to assign at least some risk premium to the low-tax entity seems quite modest and a requirement that should be easy to satisfy.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1267</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.95. Die Textziffer adressiert wohl CCAs.

<sup>1268</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.97.

<sup>1269</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.48 f., 1.53, 9.13 ff., 9.19 ff.

<sup>1270</sup> Vormals „Risk management“, vgl. Discussion Draft on Risks, D.2.5.

das Risiko zu tragen, so ist im fünften Schritt das Risiko an diejenige Entität zu allo-  
kieren, die die Kontrolle ausübt und die finanzielle Kapazität hat, das Risiko zu tra-  
gen.<sup>1271</sup> werden mehrere Entitäten identifiziert, die das Risiko kontrollieren und die  
finanzielle Kapazität haben, das Risiko zu tragen, so erfolgt eine Schwerpunktbetrach-  
tung, welche Entität am meisten Kontrolle ausübt; dieser Entität wird das Risiko dann  
zugeordnet und die anderen Entitäten, die Kontrollfunktionen ausüben, erhalten eine  
angemessene Vergütung für ihre Risikokontrollfunktionen.<sup>1272</sup> Dies bedeutet, dass eine  
gemeinsame Risikotragung nur in Betracht kommt, wenn diese vertraglich vereinbart  
wurde, nicht aber nur infolge der tatsächlichen Ausübung von Kontrollfunktionen,<sup>1273</sup>  
was insbesondere Folgen für die Verrechnungspreismethodenwahl haben kann – wer-  
den Risiken nicht gemeinsam übernommen, wird die Anwendung der transaktionsbe-  
zogenen Gewinnaufteilungsmethode unwahrscheinlicher. Daneben könne in besonde-  
ren Einzelfällen die Situation eintreten, dass kein verbundenes Unternehmen sowohl  
die Kontrolle ausübt als auch die finanzielle Kapazität hat, das Risiko zu tragen. Dies  
sei unter fremden Dritten indes selten, wodurch eine gründliche („rigorous“) Analyse  
der Umstände des Einzelfalles erforderlich wird, um die Gründe, wie es zu dieser Si-  
tuation kommen konnte, aufzuklären. Auf dieser Grundlage werden Steuerbehörden in  
der Lage sein einzuschätzen, welche Anpassungen der Geschäftsbeziehung („adjust-  
ments to the transaction“) notwendig sind, um ein fremdübliches Ergebnis („arm’s  
length outcome“) zu erzielen. Eine Beurteilung der wirtschaftlichen Rationalität der  
Transaktion gemäß Abschnitt D.2 „Recognition of the accurately delineated transacti-  
on“ könne ebenfalls im Einzelfall erforderlich werden.<sup>1274</sup>

**(ff) „Step 6: Pricing the transaction, taking into account the consequences of risk allocation“<sup>1275</sup>**

Für die demnach „zutreffend dargestellte“ Transaktion soll im sechsten Schritt ein  
Verrechnungspreis ermittelt werden. Die Übernahme von Risiken sei mit einem an-  
gemessenen voraussichtlichen Ertrag („appropriate anticipated return“) zu vergüten  
und Risikominderungen einem angemessenen Entgelt zu entlohnen („appropriately  
remunerated“).<sup>1276</sup> Im *Beispiel 1* trage der Auftraggeber das Entwicklungsrisiko, wes-

---

<sup>1271</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.98.

<sup>1272</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.98. Diese Herangehensweise erinnert an die „Developer-assister rule“ des U.S. Verrechnungspreisrechts, vgl. zu dieser oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.2.

<sup>1273</sup> Vgl. nochmals Final BEPS Report, Tz. 1.95.

<sup>1274</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.99.

<sup>1275</sup> Vormals „Actual conduct“, vgl. Discussion Draft on Risks, D.2.6.

<sup>1276</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.100.

wegen ihn die Verluste oder Erträge aus der Entwicklungstätigkeit treffen; dem Auftragnehmer steht für seine Entwicklungsdienstleistungen angemessene Vergütung zu, die sein Risiko der Schlechtleistung abbildet.<sup>1277</sup> Im *Beispiel 2* kontrolliert der Auftraggeber das Rentabilitätsrisiko der Auftragsproduktion unter Nutzung seiner Technologie und Designs und somit stehe im das Gewinnpotential und Verlustrisiko aus der Auftragsproduktion zu. Der Auftragnehmer wird für seine Produktionstätigkeit unter Berücksichtigung seines Schlechtleistungsrisiko und seiner Anfangskosten vergütet. Den Auftraggeber, den das Kapazitätsauslastungsrisiko trägt, treffen die finanziellen Folgen dieser Risikotragung.<sup>1278</sup> Die zwei Anwendungsbeispiele zeigen der Praxis wie bei der Entwicklung (*Beispiel 1*) und Nutzung (*Beispiel 2*) von immateriellen Werten Verrechnungspreise weiterhin auf einer „low-risk“-Basis angesetzt werden können.

Im *Beispiel 3* kontrolliert der Eigentümer weder das Investitions- noch das Verwertungsrisiko seiner Wirtschaftsgüter. Der funktionale Beitrag des Eigentümers beschränkt sich auf die Bereitstellung von Kapital in Höhe der Kosten, die die Anschaffung und kommerzielle Verwertung der Wirtschaftsgüter ermöglichen. Da der Eigentümer jedoch selbst dieses finanzielle Risiko nicht kontrollierte, steht ihm nicht mehr als ein risikofreier Ertrag („risk-free return“) zu.<sup>1279</sup> Das finanzielle Risiko wird stattdessen demjenigen verbundenen Unternehmen zugeordnet, das dieses kontrolliert und die finanzielle Kapazität hat, das Risiko zu tragen. Möglicherweise sei auch eine Beurteilung der wirtschaftlichen Rationalität der Transaktion entsprechend der Maßgaben des Abschnitts D.2 „Recognition of the accurately delineated transaction“ erforderlich.<sup>1280</sup> Das *Beispiel 3* zeigt der Praxis, wie unter dem Final BEPS Report mit den zu Beginn des BEPS-Projekts als Problem identifizierten „Cashboxes“ umzugehen ist, die weitgehend funktionslos in Wertschöpfungsketten zwischengeschaltet wurden.

Generell sei das Verhältnis der Risikübernahme zur Überlassung von Kapital und zu den operativen Funktionen, in denen das Kapital genutzt wird, entsprechend den Maßgaben des Kapitels VI der OECD-Leitlinien i.d.F. des Final BEPS Report zu bestimm-

---

<sup>1277</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.101.

<sup>1278</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.102.

<sup>1279</sup> Vgl. zu einer möglichen Konkretisierung des „risk-free return“ *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, *The Tax Magazine*, March 2017, S. 89, 93: „While the report does not define what is meant by a risk-free rate of return, that term should likely be interpreted as being the return an independent investor would receive for an investment in which it runs no or virtually no risk of losing its invested capital. The return anticipated from an investment in a high-grade bond issued by a strong government creditor would likely be the type of return the report appears to have in mind for such a funding arrangement.“

<sup>1280</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.103.

men.<sup>1281</sup> Ferner ist jede Ausübung von Risikokontrollfunktionen „angemessen“ zu vergüten. Regelmäßig werde sich diese Vergütung infolge der Allokation des Risikos an diese Entität ergeben. Trägt eine Entität indes zur Risikokontrolle bei, ohne das Risiko zugeordnet zu bekommen, kann auch eine Vergütung, die einer Teilhabe an den Gewinnerwartungen und Verlustrisiken bedeutet („sharing in the potential upside and downside“), angemessen sein.<sup>1282</sup> Eine Entität, die nicht zur Risikokontrolle beiträgt, kann indes keine unerwarteten Erträge („unanticipated profits“) ausweisen, dies gilt insbesondere für den rechtlichen Eigentümer in *Beispiel 3*, d.h. eine „Cashbox“.<sup>1283</sup>

#### **bb) Abschnitt D.2. „Recognition of the accurately delineated transaction“**

Der Final BEPS Report ändert ferner die Nichtanerkennungsregeln der OECD-Leitlinien 2010, die der Discussion Draft on Risks auf der Grundlage des „fundamental economic attributes“ (FEA) Konzepts erheblich ausgeweitet hatte.<sup>1284</sup> Dabei zeigt sich auch hier die generelle Tendenz des Final BEPS Report, die Reichweite des Discussion Drafte on Risks zu mindern und das System den Maßgaben der OECD-Leitlinien 2010 wieder anzunähern, aber die Anforderungen an die Substanz inkrementell qualitativ auszuweiten. So wird die Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehung der verbundenen Unternehmen, insbesondere die Funktionsanalyse, die Substanz der Geschäftsbeziehungen offengelegt und den wahren Transaktionsinhalt sachgerecht dargestellt haben („accurately delineated the actual transaction“).<sup>1285</sup> Diese Analyse wird die wahre Transaktion aus den abgeschlossenen Verträ-

---

<sup>1281</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.104, vgl. a. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 65. Siehe dazu ausf. unten oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.5.b.aa.(2).(b) sowie Kapitel II, Abschnitt II, C.III.7.e.

<sup>1282</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.105.

<sup>1283</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.106, vgl. a. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 78. Kritisch *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, *The Tax Magazine*, March 2017, S. 89, 94: „The Report says almost nothing about how an analysis of which entity is entitled to unanticipated returns is to be carried out. The answer presumably has something to do with which entity bears and controls the risks associated with either not meeting or exceeding the projections. But since the potential reasons for falling short of projections or for exceeding projections are likely numerous, and may lie entirely outside the control of any of the parties to the funding arrangement, the allocation of the difference between *ex ante* and *ex post* returns remains a near total mystery, one to which the Working Party apparently intends to turn its attention in the coming year.” Vgl. indes Final BEPS Report, Summary, S. 64: “Entitlement of any member of the MNE group to profit or loss relating to differences between actual and expected profits will depend on which entity or entities assume(s) the risks that caused these differences and whether the entity or entities are performing the important functions in relation to the development, enhancement, maintenance, protection or exploitation of the intangibles or contributing to the control over the economically significant risks and it is determined that arm’s length remuneration of these functions would include a profit sharing element.”

<sup>1284</sup> Vgl. u.a. die Betitelung „Non-reognition“ im Discussion Draft on Risks, D.4., bzw. „Recognition of the actual transaction“ in den OECD-Leitlinien 2010, D.2.

<sup>1285</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.119.

gen und dem tatsächlichen Verhalten der Parteien abgeleitet haben. Die Verträge wurden anhand des tatsächlichen Verhaltens und der weiteren wirtschaftlich relevanten Charakteristika klargestellt und ergänzt. Weichen die Verträge in wirtschaftlich signifikanter Hinsicht von Charakteristika der Geschäftsbeziehungen ab, wird sich der wahre Transaktionsinhalt aus dem tatsächlichen Verhalten der Parteien ergeben haben. Vertragliche Risikoübernahmen und das tatsächliche Verhalten werden unter Berücksichtigung („taking into account“) der Kontrolle über ein Risiko und der finanziellen Kapazität, das Risiko zu tragen, verprobt worden sein, und *folglich* vertragliche übernommene Risiken entsprechend dem tatsächlichen Verhalten und anderer Umstände des Einzelfalles allokiert worden sein. Insgesamt habe die Analyse somit die faktische Substanz der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen der verbundenen Unternehmen erkennbar gemacht und die wahre Transaktion sachgerecht dargestellt.<sup>1286</sup>

Jede Anstrengung sollte unternommen werden, für diese Geschäftsbeziehung einen Verrechnungspreis durch Anwendung der Verrechnungspreismethoden zu ermitteln. Nur in Ausnahmefällen („exceptional circumstances“) sollte eine Steuerbehörde diese tatsächlichen Geschäftsbeziehungen nicht anerkennen oder durch andere ersetzen.<sup>1287</sup> Nichtanerkennung komme nicht in Betracht, nur weil die Ermittlung eines Verrechnungspreises im Einzelfall schwierig ist. Lassen sich für eine Transaktion ferner Vergleichswerte ermitteln, kommt eine Nichtanerkennung ebenfalls nicht in Betracht. Aber der Umstand, dass sich für eine Transaktion keine Vergleichswerte finden lassen, rechtfertigt noch keine Nichtanerkennung; verbundene Unternehmen können einen weiteren Spielraum bei der Gestaltung ihrer Geschäftsbeziehungen als unverbundene Unternehmen haben und treten mit guten wirtschaftlichen Gründen in Geschäftsbeziehungen ein, die eine besondere Natur („specific nature“) zeigen und nicht oder nur sehr selten unter fremden Dritten erfolgen werden.<sup>1288</sup> Der Final BEPS Report begründet auf dieser Grundlage ein Nichtanerkennungssystem, das sich sowohl von den OECD-Leitlinien 2010 – die in „two particular circumstances“<sup>1289</sup> die Maßgeblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts aufheben – als auch vom Discussion Draft on Risks – der mit den FEA einer Geschäftsbeziehung argumentiert – unterscheidet und doch eine Mischung aus beiden Konzepten darstellt, da nur noch eine Ausnahme von der Maß-

---

<sup>1286</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.120.

<sup>1287</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.121, sowie OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.64, vgl. a. Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 81 f.

<sup>1288</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.122, gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 84.

<sup>1289</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.65.

geblichkeit des abgeschlossenen Geschäfts formuliert wird; man kann indes die erste Fallgruppe der OECD-Leitlinien 2010 („first circumstance<sup>1290</sup>“) ansatzweise im Regelverfahren der Identifizierung der „wahren“ Geschäftsbeziehungen entdecken. In Fortentwicklung der zweiten Fallgruppe („second circumstance<sup>1291</sup>“) der der OECD-Leitlinien 2010 gilt nunmehr Folgendes.

„The transaction *as accurately delineated* may be disregarded, and if appropriate, replaced by an alternative transaction, where the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, *differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that would be acceptable to both of the parties taking into account their respective perspectives and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction.* It is also a relevant pointer to consider whether the MNE group as a whole is left worse off on a pre-tax basis since this may be an indicator that the transaction viewed in its entirety lacks the commercial rationality of arrangements between unrelated parties.<sup>1292</sup>”

Die entscheidende Frage sei somit, ob die Geschäftsbeziehung die wirtschaftliche Rationalität von Transaktionen aufweist, die zwischen fremden Dritten unter vergleichbaren Umständen vereinbart werden würden, nicht, ob eine vergleichbare Geschäftsbeziehung tatsächlich zwischen fremden Dritten beobachtet wird. Eine Geschäftsbeziehung, die in diesem Sinne wirtschaftlich rational ist, sei anzuerkennen.<sup>1293</sup> Der Final BEPS Report enthält jedoch keine weiteren Ausführungen dazu, wie die „wirtschaftliche Rationalität“ im Einzelnen zu ermitteln ist. Zwar verzichtet er begrifflich auf das Konzept der „fundamental economic attributes“ (FEA) – insbesondere im Sinne eines zusätzlichen Merkmals für die Anerkennung einer Geschäftsbeziehung – aber es ist fraglich, ob vergleichbare Erwägungen nicht in die Untersuchung einfließen werden, ob eine Transaktion „wirtschaftlich rational“ ist oder es zur Verhinderung der Ermittlung eines Preises kommt, der für beide Transaktionsparteien akzeptabel gewesen wäre, auch wenn sich der FEA-Test des Discussion Draft vorrangig auf die Transaktionsstruktur und ihrer Folgen für die wirtschaftliche Gesamtsituation der Entität, nicht nur auf den „price“, bezieht.<sup>1294</sup> Diese Wechselbezüglichkeit der wirtschaftlichen Rationalität

---

<sup>1290</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.65.

<sup>1291</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.65.

<sup>1292</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.122 (kursiv hinzugefügt), gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.65 und Tz. 9.171 ff., sowie gegenüber Discussion Draft on Risks, Tz. 89.

<sup>1293</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.123.

<sup>1294</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Tz. 89: „*In order for the transaction as accurately delineated to be recognised for transfer pricing purposes, the transaction should exhibit the fundamental economic attributes of arrangements between unrelated parties. An arrangement exhibiting the fundamental economic*“

lität und der Ermittelbarkeit eines für beide Parteien akzeptablen Preises ist auch im ersten Anwendungsbeispiel indiziert.<sup>1295</sup> Die wirtschaftliche Gesamtsituation der Unternehmensgruppe bleibt ein Indiz für das Fehlen der wirtschaftlichen Rationalität. Die Rechtsfolgen des Fehlens der wirtschaftlichen Rationalität sind nach dem Final BEPS Report die Nichtanerkennung und – sofern sachgerecht – die Substitution der Transaktionsstruktur durch eine Geschäftsbeziehung, die „soweit wie möglich mit den Sachverhalten des tatsächlichen Geschäftsvorfalles übereinstimmen, dabei aber zu einem wirtschaftlich rationalen erwarteten Ergebnis führen, das es den Beteiligten ermöglicht hätte, einen Preis festzulegen, der für beide Seiten zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Geschäftsvorfalles akzeptabel gewesen wäre<sup>1296</sup>“. Abgesehen von der tatbestandlich und rechtsfolgenseitig deutlich engeren Konzeption der Nichtanerkennungsregel des Final BEPS Report gegenüber dem Discussion Draft on Risks, bleiben die Einzelheiten indes durchaus unklar und etwa im zweiten Anwendungsbeispiel ziemlich vage mit „should be guided by the economically relevant characteristics, including the functions performed, assets used, and risks assumed, of the commercial or financial relations of the associated enterprises<sup>1297</sup>“ konkretisiert, wodurch im Final BEPS Report auch eine nicht unerhebliche Bandbreite möglicher Transaktionen identifiziert wird, die – je nach Umständen des Einzelfalles – die vereinbarte und tatsächlich durchgeführte Geschäftsbeziehung substituieren können.<sup>1298</sup>

---

conomic attributes of arrangements between unrelated parties would offer each of the parties a reasonable expectation to enhance or protect their commercial or financial positions on a risk-adjusted (the return adjusted for the level of risk associated with it) basis, compared to other opportunities realistically available to them at the time the arrangement was entered into. If the actual arrangement, viewed in its entirety, would not afford such an opportunity to each of the parties, or would afford it to only one of them, then the transaction would not be recognised for transfer pricing purposes. In applying the criterion, it is relevant to consider whether there exists an alternative for one or more of the parties, including the alternative of not entering into the transaction, which does provide the opportunity to enhance or protect their commercial or financial positions. It is also a relevant pointer to consider whether the MNE group as a whole is left worse off on a pre-tax basis. The criterion may be illustrated by the example in the following paragraph.”

<sup>1295</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.126 (“Since the transaction is commercially irrational, there is not a price that is acceptable to both S1 and S2 from their individual perspectives.”).

<sup>1296</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.124, offizielle Übersetzung.

<sup>1297</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.128.

<sup>1298</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.128 (“[F]or example, depending on those facts the arrangement could be recast as the provision of financing by Company S2, or as the provision of research services by Company S1, or, if specific intangibles can be identified, as a licence with contingent payments terms for the development of those specific intangibles, taking into account the guidance on hard-to-value intangibles as appropriate.”).

### cc) Zusammenfassung und Stellungnahme zu der finalen Revision des Kapitels I

Die zentrale Bedeutung der finalen Risikoallokationsregeln für die Verrechnungspreisermittlung für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten ergibt sich aus drei Gesichtspunkten: Erstens – wie an verschiedener Stelle deutlich gemacht wurde – basiert das transaktionsbezogene System der internationalen Gewinnabgrenzung der OECD-Leitlinien 1995/2010 durch den Fremdvergleichsgrundsatz implizit auf der Bestimmung eines wirtschaftlichen Eigentümers der erfolgsentscheidenden immateriellen Werte, der in der Unternehmenscharakterisierung regelmäßig als der residualgewinnberechtigte „Strategieträger“ qualifizieren wird. Das wirtschaftliche Eigentum für Verrechnungspreiszwecke zeichnet sich dadurch aus, dass die wirtschaftliche Entwicklung der Werthaltigkeit des immateriellen Werts der maßgebliche Zuordnungsfaktor des wirtschaftlichen Eigentums darstellt.<sup>1299</sup> Diese Entwicklungstätigkeit wurde – wie von der U.S. „Developer-assisters rule“ (DAR) vorausgedacht – regelmäßig mit der Tragung der Entwicklungskosten als Ausdruck der Übernahme der Entwicklungsrisiken verstanden. Die Risikotragung kann daher die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten determinieren und dadurch für die laufende Verrechnungspreisermittlung Fakten schaffen, in deren Folge durch die Dialektik von Routine- und Entrepreneurfunktionen der organisatorische Residualgewinn aus der Internalisierung der Transaktionen dem „wirtschaftlichen Eigentümer“ der immateriellen Werte zugewiesen werden wird. Zweitens entsteht allerdings auch der Eindruck, dass das Anwachsen des Umfangs und die Komplexität der Ausführungen zur Risikoanalyse in der Verrechnungspreisermittlung einen theoretischen Bedeutungszuwachs der Risikotragung selbst im Gesamtsystem der Verrechnungspreisermittlung, insbesondere auch gegenüber der Einbringung von immateriellen Werten durch den wirtschaftlichen Eigentümer bei der Analyse laufender Wertschöpfungsprozesse, indiziert. Als ein damit eng verbundenes Moment, und noch grundsätzlicher, erscheint drittens die nunmehr ausdrückliche, generelle Verknüpfung von Risiken mit der unternehmerischen Tätigkeit, die Gewinnerzielung erst ermöglicht. Dies indiziert einen graduellen Betonungswechsel der Ausrichtung des Verrechnungspreissystems, weil diese Verknüpfung zu einer graduellen Zusammenführung von operativen (Leistungs-) Funktionen und Gewinnausweis führt, also eine andere Herangehensweise an die relative Bewertung der jeweiligen wirtschaftlichen Beiträge der verbundenen Unternehmen zu

---

<sup>1299</sup> Vgl. an dieser Stelle nur BFH I R 12/99, BStBl II 2001, 140.

der Wertschöpfung durch die konkrete Geschäftsbeziehung darstellt. Die Überlassung von Kapital bei der Entwicklung (oben erstens) und die Überlassung von Kapital in Form von immateriellen Werten zur Ausübung kommerzieller Operationen (oben zweitens) erscheint dadurch in seiner Bedeutung graduell geschwächt; was einer inzi- denten Abkehr von dem zu eng verstandenen Fremdvergleichsgrundsatz der OECD- Leitlinien 1995/2010 gleichkommt, d.h. m.a.W. eine graduelle Abkehr von der Resi- dualgewinnberechtigung, die im Sinne einer üblichen Kapitalverzinsung für eingesetz- tes Kapital unter idealen Marktbedingungen auf der Grundlage der „zero profit theory“ zu einer Residualbewertung immaterieller Werte geführt hatten, hin zu einer mehr an „disequilibrium economics“ orientierten Verknüpfung der Steuerung der operativen Risiken durch ausgeübte Personalfunktionen bei der Beurteilung der Entstehung der „non-routine returns“ im Sinne der Gewinntheorie Frank Knights.<sup>1300</sup>

Ungeachtet dieser theoretischen Aspekte des Kapitels I, Abschnitt D.1. des Final BEPS Report werden Steuerbehörden praktisch die gegenüber den OECD-Leitlinien 2010 gestärkten Substanzanforderungen an die Risikoanalyse einsetzen, um bei Ver- rechnungspreisstreitigkeiten „etwas herauszuholen“, wodurch ein praktischer Bedeu- tungszuwachs der operativen Risikoallokationsregeln gewiss ist. Steuerbehörden wer- den dabei indes bemerken, dass die Identifizierung einzelner, spezifischer Risiken der Geschäftstätigkeit verbundener Unternehmen, die Ermittlung der zur Kontrolle der einzelnen, spezifischen Risiken erforderlichen Kontrollfunktionen und die tatsächliche Ausübung der spezifischen Kontrollfunktionen durch einzelne, spezifische Entitäten der Unternehmensgruppe erhebliche praktische Schwierigkeiten bereiten kann.

Inhaltlich ist der Final BEPS Report gleichwohl durch eine restriktivere Umsetzung des G20-Mandats zur Zusammenführung von Wirtschaftstätigkeit und Verrechnungs- preisergebnissen („align transfer pricing outcomes with value creation“) geprägt als der Discussion Draft on Risks, der ein „positives“ Allokationssystem entwarf, indem die Risikokontrollfunktionen in den operativen Gesamtkontext der Gruppenwertschöp- fung eingebunden und extensiv verstanden wurden und vertragliche Abreden regelmä- ßig vollständig ersetzen konnte. Demgegenüber begründet der Final BEPS Report – durchaus in Umsetzung des Wortlauts des Aktionspunktes 9 des BEPS Action Plan, der die OECD zur Erarbeitung von Regeln beauftragte die sicherstellen, dass „inapp- ropriate returns will not accrue to an entity solely because it has contractually assumed

---

<sup>1300</sup> Zur Gewinntheorie *Knights* ausf. unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

risks or has provided capital<sup>1301</sup> – ein nur „negatives“ Risikoallokationssystem, das die Kontrollfunktionen in schwächerer Form nur als Substanzerfordernisse vertraglicher Abreden versteht, so dass nicht mehr allein aufgrund vertraglicher Abreden die Riskoprämien der Gesamtwertschöpfung verschoben werden können.<sup>1302</sup> Der Final BEPS Report erreicht dies durch verschiedene Schritte, insbesondere:

- (i) Die begriffliche *Lockerung der Definition* der Kontrolle über Risiken, d.h. einen stärkeren Fokus auf hochrangigen Leitungsentscheidungen. Dies hat zwei Implikationen, zum einen eine Ausweitung der Auslagerungsfähigkeit von laufenden („day-to-day“) Kontrollfunktionen an operative tätige Entitäten und damit (zunächst) eine Stärkung der Besteuerungsrechte von kapitalexportierenden Staaten, in denen regelmäßig (noch) diese Leitungsfunktionen, aber nicht immer die operativen Aktivitäten, ausgeübt werden;<sup>1303</sup>

---

<sup>1301</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, Action 9 (kursiv hinzugefügt).

<sup>1302</sup> Es zeigt sich jedoch bereits, dass nicht alle Staaten diese gegenüber dem Discussion Draft on Risks restriktive Konzeption (an-)erkennen. Insbesondere die Stärkung der vertraglichen Zuordenbarkeit und die folglich ausscheidende Möglichkeit durch die Annahme gemeinsamer Kontrolle über ein Risiko zur Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode zu gelangen sehen Staaten unterschiedlich stark durch den Final BEPS Report beschränkt. Vgl. den Kommentar von *Mike McDonald* (U.S. Treasury Dept.) in *Martin*, Countries Intentionally Misinterpret Transfer Pricing Guidelines on Risk to Increase Tax Revenue, US Official Asserts, MNE Tax, posted 23.07.2017, abrufbar unter <http://mnetax.com/oecd-transfer-pricing-allocating-risk-us-tax-official-22446>: „The dispute relates to the interaction of paragraphs 1.94 and 1.105 in Chapter I of the OECD transfer pricing guidelines, McDonald said. Specifically, countries disagree on how to proceed when it is determined under the guidelines that a contractual allocation of risk should be respected but an entity other than the entity contractually assuming risk also exercises some control over that risk. McDonald said that paragraph 1.94 of Chapter I, part of the general discussion of risk, states that the contract should be respected as the accurate delineation of the transaction when the entity contractually allocated risk passes the control test and has financial capacity to assume risk. “At that point, paragraph 1.87 says ‘ok, you’re done, now just price the deal. There is no more analysis required,’” he said. Paragraph 1.94 states that this conclusion does not change merely because there may be other entities contributing to the control of risk, which might often be the case, he said. “Paragraph 1.94 is important,” McDonald said, “because it prevents the possibility of a contractual arrangement being routinely recast because of some subjective determination that other entities are contributing to control, notwithstanding that the contractual allocation passes muster.” In fact, McDonald said the US agreed to the BEPS six-step process to analyze transfer pricing risk only because it starts with and “stress tests” the MNE’s contractual arrangement and thus avoids “subjective mumbo jumbo.” Nonetheless, McDonald said that some countries are arguing that paragraph 1.105 in Chapter I of the transfer pricing guidelines is, in essence, a “trumping rule,” providing that when an entity other than the entity contractually assuming risk exercises some control over that risk, that entity should share in the upside and downside. These countries argue that the risk becomes a shared risk, McDonald said. McDonald called those advocating the alternative interpretation “maddeningly opportunistic” and “completely galling.” The US believes that paragraph 1.105 merely states that it may be appropriate to remunerate such control of risk if this is consistent with the accurate delineation of the transaction. He said that once it is determined that the taxpayer’s allocation of risk in the contract is the ‘real deal,’ one must look only to the contract to see what the contract says about appropriate remuneration. [...] “There are plenty of countries looking to ignore contracts and look quite subjectively for who exercises control and then profit split their way to the bank,” he said.”

<sup>1303</sup> Vgl. *Finley*, OECD Approach to Arm’s-Length Principle Called Pragmatic, Tax Notes, Doc 2016-15081, dort folgender Abtausch: OECD’s *Hickman*: „Looking to control of risk is necessary to accu-  
298

- (ii) die *Minderung der Maßgeblichkeit* dieser Kontrollfunktionen als Ausdruck des „tatsächlichen Verhaltens“ bei der Ermittlung des Transaktionsinhaltes, insbesondere durch die Teilbarkeit von Kontrollfunktionen und der Maßgabe, dass die vertraglich die Risiken tragende Entität nur „auch“ Kontrollfunktionen ausüben muss, um dem Kontrollerfordernis gerecht zu werden;
- (iii) der stärkere *Fokus auf die funktionalen Einzelbeiträge* der Entitäten als eigenständige Unternehmen gegenüber der Tendenz, die ausgeübten Funktionen als Teil eines wirtschaftlichen Zusammenwirkens („acting collaboratively in a common undertaking under common control<sup>1304</sup>“) anzusehen. Dies wird u.a. erreicht durch die stärkere Formalisierung der Prüfung durch das „six-step framework“, das weniger Beurteilungen der faktischen Auswirkungen auf den Gesamtwertschöpfungsprozess der Unternehmensgruppe (Output-Betrachtung der funktionalen Beiträge) enthält und eher die erbrachten Leistungen zu isolieren und eigenständig zu verpreisen sucht (Input-Betrachtung der funktionalen Beiträge), also weniger in Richtung einer Gewinnaufteilung „strebt“;
- (iv) die Stärkung des *Kontrollerfordernisses als Substanzerfordernis*, dessen Fehlen negativ zunächst die vertragliche Determination der Steuerpflichtigen beseitigen muss, um eine von Verträgen abweichenden Transaktionsinhalt durchgreifen zu lassen, und durch die nunmehr kumulative Verbindung mit der finanziellen Kapazität Risiken zu tragen. Durch diese Erhebung der finanziellen Kapazität zu einem gleichwertigen Tatbestandsmerkmal wird zugleich die Unterscheidbarkeit des Final BEPS Report zu Authorised OECD Approach (AOA) erhöht, bei dem das Kapital den Personalfunktionen und den damit verbundenen Risiken folgt, aber nicht gesondert neben diesen steht, und die Tendenz gebremst wird, eine dahingehende Annäherung zu vollziehen;
- (v) die *Schwächung der Nichtanerkennungsregeln* durch Wegfall des „fundamental economic attributes“ (FEA) Konzepts und die dadurch erneute, implizite Stärkung der vertraglichen Determinationen der Steuerpflichtigen.

---

rately delineate transactions that often involve round trips of capital from parent companies to cash box subsidiaries in tax havens.” Replik *Ballentine*: „If you go too far with that everything has to be owned by the parent.” Duplik OECD’s *Hickman*: „Capital allocation [within an MNE] for me remains something we don’t talk about because we’re not clear where the discussion would end up.” Triplik *Ballentine*: „You get a bunch of executives who are bound to retire, buy them a home in Caymans, schedule a meeting every morning before their tee times and another meeting before their fourth cocktail hour, and they review every decision about what’s going to be done” Quadruplik *Hickman*: „It seems to me that it’s better to have a framework than to have nothing.”

<sup>1304</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Box, S. 13.

Durch diese tendenzielle Rückführung auf das System der OECD-Leitlinien 2010 entstehen zwei unterschiedliche Sichtweisen auf den Final BEPS Report. Einerseits wird der Final BEPS Report als bloße Stärkung der Durchsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes, wie er in den OECD-Leitlinien 2010 bereits enthalten war, ohne substantielle konzeptionelle Neuerungen gesehen; andererseits als signifikantes Neuverständnis der Grundlagen des Fremdvergleichsgrundsatzes, insbesondere durch die Schwächung der Rolle des Kapitaleinsatzes bei der Ermittlung der (residualen) Gewinnberechtigung.<sup>1305</sup> Für erstere Auffassung spricht, dass das Kontrollerfordernis durchaus bereits Teil der Prüfung vertraglicher Risikoallokationen im Regelverfahren der Vergleichbarkeitsanalyse der OECD-Leitlinien 1995 war, nur eben unspezifisch, unelaboriert und praktisch bedeutungslos.<sup>1306</sup> Dieses Kontrollerfordernis wurde allerdings bereits in der Revision der OECD-Leitlinien 2005-2010 konkretisiert und mit aktiven Entscheidungsfunktionen zusammengeführt.<sup>1307</sup> Ferner war auch die Maßgeblichkeit des tatsächlichen Verhaltens bereits in den OECD-Leitlinien 2010 angelegt.<sup>1308</sup> Gerade das „tatsächliche Verhalten“ hatte in den OECD-Leitlinien 2010 indes eine weit restriktivere Bedeutung im Regelverfahren der Vergleichbarkeitsanalyse und die Substitution einer vertraglichen Abrede war nur in „exceptional circumstances“ möglich. Die Neugestaltung der „Identifizierung“ der tatsächlichen Geschäftsbeziehung und der Nichtanerkennungsregeln zeigen ein gewisses Verschmelzen der „first circumstance“ der Nichtanerkennungsregeln der OECD-Leitlinien 2010,<sup>1309</sup> die im Final BEPS Report verschwunden ist, mit der theoretisch vorrangigen, wertungsfreien Darstellung der „wahren“ Geschäftsbeziehung. Dieses wertungsmäßige Aufladen des Regelverfahrens wird auch durch die Begrifflichkeiten indiziert: Der Bezugspunkt der Nichtanerkennung der Geschäftsbeziehung wie sie vom Steuerpflichtigen strukturiert wurde („as structured by the taxpayer“) wurde ersetzt durch die „sachgerecht dargestellte“ Geschäftsbeziehung („accurately delineate the actual transaction“). Die Rolle von Verträgen ist im Final BEPS Report somit nicht mehr schlicht quasi-maßgeblich. Wie der

---

<sup>1305</sup> Vgl. *Herzfeld*, News Analysis: Will the OECD's 'Pragmatic Fudge' Save Transfer Pricing?, *Tax Analyst*, 2016 WTD 147-1, Doc. 2016-15399. Kritisch zum „control-over-risk“ Konzept auf der Grundlage, dass es für fremde Dritte generell „mehr Sinn“ mache, die Risikoalloktion durch die Kontrolle über diese bestimmen zu lassen *Schön*, *International Taxation of Risk*, Max-Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2014-03, S. 18 ff.; *Greinert/Metzner*, *Ubg* 2015, 60 ff.; *Wittendorff*, *OECD Misinterpretes Controlled Transactions*, *Tax Notes International*, 2015, 461 ff.

<sup>1306</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.26 f.

<sup>1307</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 9.23 ff.

<sup>1308</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.53.

<sup>1309</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.65.

BFH auf diesen Betonungswechsel reagieren wird, bleibt abzuwarten. Die Begrifflichkeit der „sachgerechten Darstellung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung“ bietet dem 1. Senat jedenfalls die Möglichkeit, die finale Fassung des Kapitels I des Final BEPS Report ohne Änderung der Rechtsprechung als vereinbar mit der Dialektik von Angemessenheits- und Üblichkeitsprüfung und somit auch bei einer statischen Auslegung von DBA<sup>1310</sup> als fremdvergleichskonform im Sinne von Art. 9 OECD-MA nachgebildetem Abkommensrecht anzusehen.<sup>1311</sup>

#### **b) Finale Revision des Kapitels VI, Abschnitte B.1.-B.2. und D.4.**

Der Final BEPS Report enthält ferner die finale Neufassung des im OECD/G20 Deliverable noch unter Änderungsvorbehalt gestellten Abschnitts B. des Kapitels VI der OECD-Leitlinien.<sup>1312</sup> Abschnitt B.1. und B.2. sind konzeptionell die entscheidenden Teile des Kapitels VI, das auf die Zusammenführung der Wertschöpfungsbeiträge und dem steuerlichen Gewinnausweis gerichtet ist.<sup>1313</sup> Das Kapitel VI soll daher für Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten die im DEMPE-Prozess durch die Gruppenentitäten ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter „zutreffend“ identifizieren und „angemessen“ vergüten. Die sonstigen Ausführungen der Abschnitte B.-D. des Kapitels VI sind vor allem auf die Anwendung und Durchsetzung der in Abschnitt B.1. und B.2. entwickelten Allokationsregeln gerichtet. Dies gilt grundsätzlich auch für die besondere Fallgruppe der sog. „Hard-to-value intangibles“ (HTVI) des Abschnitts D.4., die im Deliverable 2014 unter Änderungsankündigung gestellt und durch den Final BEPS Report finalisiert wurde. Die Vorgaben des Kapitels VI, Abschnitte B.1. und B.2. sind im systematischen Kontext des neuen Kapitels I, Abschnitt D. zu lesen.<sup>1314</sup>

---

<sup>1310</sup> Vgl. BFH v. 10.06.2015 – I R 79/13, BStBl II 2016, 326.

<sup>1311</sup> Vgl. zu dieser Dialektik der neueren BFH-Rechtsprechung ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.II.

<sup>1312</sup> Zu diesem ausf. oben Kapitel II, Abschnitt II, C.III.3.

<sup>1313</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 63; sowie *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, *The Tax Magazine*, March 2017, S. 89, 92: „While [the other] elements of the new intangibles chapter of the OECD Guidelines may prove to be important, the most contentious portion of the new intangibles guidance relates to the treatment of intangible ownership and the entitlement of various members of the group to returns derived by the MNE group from the exploitation of intangibles. It is in this section of the report that the OECD seeks to achieve greater alignment between intangible returns and the contributions of various group members to intangible value.”

<sup>1314</sup> Vgl. Final BEPS Report, Summary, S. 63.

**aa) Die Abschnitte B.1. „Intangible ownership and contractual terms relating to intangibles“ und B.2. „Functions, assets, and risks related to intangibles“**

In Verrechnungspreisanalysen, die immaterielle Werte betreffen, ist die Bestimmung der Entität, die berechtigt ist, die Erträge der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung der immateriellen Werte steuerlich auszuweisen, entscheidend.<sup>1315</sup> Damit wird im Ausgangspunkt sprachlich an der im Deliverable 2014 entwickelten Konzeptionierung der Prüfung als Allokationsproblem festgehalten.<sup>1316</sup> Obwohl die Erträge aus der kommerziellen Nutzung von immateriellen Werten zunächst beim rechtlichen Eigentümer anfallen werden, können andere Entitäten durch die Ausübung von Funktionen, die Übernahme von Risiken oder durch den Einsatz von Wirtschaftsgütern Beiträge zur Werthaltigkeit des immateriellen Werts geleistet haben. Unter dem Fremdvergleichsgrundsatz müssen diese Entitäten für ihre Beiträge „angemessen“ vergütet werden. Die internationale Allokation der Erträge einer Unternehmensgruppe aus der Verwertung von immateriellen Werten durch Verrechnungspreise ergebe sich aus dieser „angemessenen“ Vergütung für die erbrachten Beiträge der Gruppenentitäten durch die Ausübung von Funktionen, die Übernahme von Risiken oder den Einsatz von Wirtschaftsgütern im DEMPE-Prozess.<sup>1317</sup> Dabei können sich aus den wirtschaftlichen Besonderheiten immaterieller Werte, dem Mangel an Vergleichswerten, dem oft integrierten Zusammenwirken von Gruppenentitäten bei immateriellen Wertschöpfungsprozessen und der Gestaltbarkeit vertraglicher Abreden Schwierigkeiten ergeben.<sup>1318</sup> Allerdings führe die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes regelmäßig zu einer sachgerechten internationalen Verteilung der Erträge der Unternehmensgruppe aus der Verwertung von immateriellen Werten.<sup>1319</sup> Im Folgenden zeigt der Final BEPS Report – wie die Revision des Kapitels I – eine konservative Tendenz dabei, diese Problembeschreibung in ein operatives System zu übersetzen. Dies wird zuerst in den Änderungen des Prüfungsaufbaus ersichtlich, der im Final BEPS Report formal und inhaltlich an die Gliederung der Prüfung der Risikoordnung gemäß Kapitel I

---

<sup>1315</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.32.

<sup>1316</sup> Zum Deliverable 2014 und dessen Einordnung in vorherige Entwürfe oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.4.

<sup>1317</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.32.

<sup>1318</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.33.

<sup>1319</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.33.

angeglichen wurde<sup>1320</sup> und ebenfalls eine Tendenz zur erneuten Stärkungen vertraglicher Abreden in der Funktionsanalyse impliziert.

OECD/G20 Abschlussbericht 2015 <sup>1321</sup>	OECD/G20 BEPS Deliverable 2014 <sup>1322</sup>
i) <i>identify the intangibles used or transferred in the transaction with specificity and the specific, economically significant risks associated with the DEMPE of the intangible;</i>	- Im Deliverable noch nicht enthalten
ii) <i>identify the full contractual arrangements, with special emphasis on determining legal ownership of intangibles based on the terms and conditions of legal arrangements, including relevant registrations, licence agreements, other relevant contracts, and other indicia of legal ownership, and the contractual rights and obligations, including contractual assumption of risk in the relations between associated parties;</i>	i) <i>identify the legal owner of intangibles based on the terms and conditions of legal arrangements, including relevant registrations, licence agreements, and other indicia of legal ownership;</i>
iii) <i>identify the parties performing functions (including specifically the important functions described in paragraph 6.56), using assets, and managing risk related to DEMPE the intangibles by means of the functional analysis, and in particular which parties control any outsourced functions, and control specific, economically significant risk;</i>	ii) <i>identify the parties performing functions (including specifically the important functions described in paragraph 6.56), using assets, and assuming risk related to DEMPE the intangibles by means of the functional analysis,</i>
iv) <i>confirm the consistency between the terms of the relevant contractual arrangements and the conduct of the parties, and determine whether the party assuming economically significant risks under step 4 (i) of paragraph 1.60, controls the risks and has the financial capacity to assume the risks relating to the DEMPE of the intangibles;</i>	iii) <i>confirming the consistency between the conduct of the parties and the relevant legal arrangements regarding intangible ownership through a detailed functional analysis;</i>
v) <i>delineate the actual transactions related to the DEMPE of intangibles in the light of the legal ownership of the intangibles, the other relevant contractual relations under relevant registrations and contracts, and the conduct of the parties, including their relevant contributions of functions, assets and risks, taking into account the framework for analyzing and allocating risk under Section D.1.2.1. of Chapter I;</i>	iv) <i>identify the controlled transactions related to the DEMPE of intangibles in the light under relevant registrations and contracts, the other relevant legal relations under relevant registrations and contracts, and the conduct of the parties, including their relevant contributions of functions, assets and risks and other factors contributing to the creation of value;</i>
vi) <i>where possible determine arm's length prices for these transactions consistent with each party's contributions of functions performed, assets used, and risks assumed, unless the guidance in Section D.2. of Chapter I applies.</i>	v) <i>where possible determine arm's length prices for these transactions consistent with each party's contributions of functions performed, assets used, and risks assumed; and</i>
- Im Abschlussbericht aufgegeben	vi) <i>in the circumstances described in paragraphs 1.64 – 1.69, recharacterising transactions as necessary to reflect arm's length conditions.</i>

**Tabelle 2:** Vergleich der Prüfungsgliederungen des Final BEPS Report und des Discussion Draft on Risks

Die Übernahme der Prüfungsgliederung aus Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1. wird auch dadurch angezeigt, dass der Final BEPS Report zu „Step 1“ – der Identifizierung der spezifischen immateriellen Werte – neben der abstrakten Definition immaterieller Werte in Kapitel VI, Abschnitt A keine Ausführungen enthält. Das Kapitel VI, Abschnitt B. wird insgesamt auch gar nicht entsprechend diesen sechs Prüfungsschritten

<sup>1320</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.60 (Kursiv hinzugefügt um Änderungen anzuzeigen).

<sup>1321</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.34 (Kursiv hinzugefügt um Änderungen anzuzeigen).

<sup>1322</sup> Vgl. Deliverable 2014, Tz. 6.34.

gegliedert, sondern in: Abschnitt B.1. „Intangible ownership and contractual terms relating to intangibles“, Abschnitt B.2. „Functions, assets, and risks related to intangibles“, Abschnitt B.3. „Identifying and determining the prices and other conditions for the controlled transactions“ sowie Abschnitt B.4. „Application of the foregoing principles in specific fact patterns“.

### **(1) Eigentum und vertragliche Abreden in Bezug auf immaterielle Werte**

Rechtspositionen und vertragliche Abreden bilden den Ausgangspunkt („starting point“) der Verrechnungspreisanalyse bei Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten.<sup>1323</sup> So können die Bedingungen einer Transaktion sich aus schriftlichen Verträgen, aus öffentlichen Verzeichnissen – etwa einem Patentregister – oder aus der Kommunikation der Parteien ergeben. Verträge können die Rollen und Verantwortlichkeiten der Parteien in Bezug auf immaterielle Werte bestimmen sowie beschreiben, welche Entitäten welche Funktionen ausüben, Kapital in Entwicklungstätigkeiten einbringen und zum Schutz oder der kommerziellen Nutzung eines immateriellen Werts beitragen. Ferner können Verträge eine Verteilung der Kosten und Erträge aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts vorsehen und beabsichtigte Vergütungen für ausgeübte Funktionen, übernommene Risiken und eingesetzte Wirtschaftsgüter enthalten.<sup>1324</sup> Fehlen schriftliche Verträge, sind sie lückenhaft, mehrdeutig oder weicht das „tatsächliche Verhalten“ der Parteien von schriftlichen Vereinbarungen ab, sind die maßgeblichen Bedingungen der Transaktion aus dem tatsächlichen Verhalten der Parteien und den sonstigen Umständen des Einzelfalles abzuleiten.<sup>1325</sup> Es sei „good practice“ verbundener Unternehmen diese Umstände des Einzelfalles zu dokumentieren, um diese und die hinter der Transaktion stehenden Absichten nachvollziehbar zu machen. Der Verweis auf die „wirtschaftlichen Prinzipien“, die Leistungsaustausche am Markt beherrschen, den das Deliverable 2014 noch für die Bestimmung des tatsächlichen Transaktionsinhalts enthielt,<sup>1326</sup> wurde im Abschlussbericht aufgegeben und durch einen Verweis auf das neue Kapitel D.1.1. ersetzt.<sup>1327</sup>

Kann kein rechtlicher Eigentümer identifiziert werden, etwa weil es sich um ein ungeschützten immateriellen Wert handelt, gilt diejenige Entität, die die Entscheidungen

---

<sup>1323</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.35.

<sup>1324</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.35.

<sup>1325</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.36.

<sup>1326</sup> Vgl. Deliverable 2014, Tz. Tz. 6.36.

<sup>1327</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.36.

über die Verwertung des immateriellen Werts kontrolliert und die faktische Gewalt besitzt, andere von der Nutzung des immateriellen Werts auszuschließen, als der Eigentümer des immateriellen Werts.<sup>1328</sup> Ohne diese Figur des fiktiven rechtlichen Eigentümers bestünde kein sinnvoller Referenzpunkt für die Funktionsanalyse. Gleichwohl berechtige das rechtliche Eigentum für sich genommen zu keinerlei Erträgen, die die Unternehmensgruppe durch die kommerzielle Nutzung des immateriellen Werts generiert, auch wenn diese durch die rechtliche Gestaltung der Zahlungsströme zunächst beim rechtlichen Eigentümer anfallen.<sup>1329</sup> Der Berechtigung zum steuerlichen Ausweis der Erträge aus der Nutzung eines immateriellen Werts hänge ausschließlich von den ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgütern und übernommenen Risiken des Eigentümers und geleisteten Beiträgen der anderen Gruppenunternehmen ab.<sup>1330</sup> Diese Maßgaben werden durch die Beispiele 1-6 des Annex to Chapter VI verdeutlicht,<sup>1331</sup> wobei in den Verhandlungen insbesondere Beispiel 6 umstritten war.<sup>1332</sup>

Das *Beispiel 1* betrifft eine Patentverwaltungsgesellschaft, die weder die Entwicklungstätigkeit finanziert noch die operativen Entwicklungsfunktionen ausübt oder kontrolliert. Sie wird gleichwohl Eigentümerin aller von der Muttergesellschaft entwickelten und finanzierten immateriellen Werte, um die Patentverwaltung im Konzern zu zentralisieren. Die Patentverwaltungsgesellschaft hat nur wenig, allein mit der Patentregistrierung betrautes Personal, die wichtigen Entscheidungen der Patentverteidigung werden von der Muttergesellschaft getroffen, ebenso alle Entscheidungen, wie die Patente kommerziell genutzt werden. Die Übertragung von immateriellen Werten von der Muttergesellschaft an die Patentverwaltungsgesellschaft erfolgt gegen die Zahlung eines nominellen Betrags und unter Einräumung einer exklusiven, lizenzgebührenfreien Nutzungsberechtigung für die gesamte Laufzeit des rechtlichen Schutzes des Patents. Die nominelle Zahlung sei ausdrücklich kein fremdübliches Entgelt. Die Muttergesellschaft nutzt die Patente zur Produktion von Gütern, die weltweit abgesetzt werden, und teilweise durch entgeltliche Unterlizenzierungen. Die Muttergesellschaft

---

<sup>1328</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.40. Dies entspricht dem wirtschaftlichen Gehalt der Ausschluss- und Nutzungsfunktion des deutschen Eigentumsverständnisses des § 903 BGB.

<sup>1329</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.42.

<sup>1330</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.42 f. Es werden vorliegend nicht alle Beispiele ausf. dargestellt.

<sup>1331</sup> Vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, S. 117 ff.

<sup>1332</sup> Vgl. auch *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, *The Tax Magazine*, March 2017, S. 89, 92 f. Das *Beispiel 6* ist im Deliverable 2014 *Beispiel 7*, a.a.O., S. 99 f. und nicht ausschließlich eine Verdeutlichung des Abschnitts B.1., sondern auch – etwa vorgeflich – der Maßgaben des Abschnitts B.2.

übe somit *alle* DEMPE-Funktionen – außer der Patentverwaltung – aus, bringe *alle* Wirtschaftsgüter in die DEMPE-Funktionen ein und trage *alle* wesentlichen Risiken. Ihr stehe daher der Großteil der Erträge („the bulk of the returns“) aus der Verwertung der immateriellen Werte zu. Steuerbehörden können in diesem Fall ein angemessenes Ergebnis erreichen („arrive at an appropriate transfer pricing solution“), indem die tatsächliche Transaktion „sachgerecht“ dargestellt wird. Dabei kann sich ergeben, dass tatsächlich nur eine Patentverwaltungsdienstleistung vorliegt, keine anzuerkennende Übertragung und Rücklizenzierung. Die Patentverwaltungsgesellschaft erhalte dann eine Dienstleitungsvergütung und die Mutter die verbleibenden Erträge der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung der immateriellen Werte („the balance of returns derived by the MNE group“).<sup>1333</sup> Das *Beispiel 1* erstrebt also keine Anpassung des ursprünglichen Veräußerungspreises, der ausdrücklich fremdunüblich war, sondern betrachtet die gesamte Transaktionsstruktur rein wirtschaftlich aus der Innenperspektive der Unternehmensgruppe. Dies wird durch das Kontrollerfordernis erreicht und bewirkt eine Residualgewinnallokation an die operative tätige Muttergesellschaft. Etwas unklar bleibt das weitere Verbleiben und die Rolle des letztlich grundlos gezahlten, „fremdunüblichen“ Übertragungsentgelts: Wenn dieses etwa in Anwendung einer Abschnitt D.2.6.3. entsprechenden Bewertungsmethode innerhalb einer fremdüblichen Bandbreite angesetzt worden wäre, rettete dies die Transaktionsstruktur, deren ausgeübte Funktionen und übernommene Risiken unverändert blieben?

Hinweise gibt das *Beispiel 2*, in dem die Patentverwaltungsgesellschaft selbst den immateriellen Wert entgeltlich an verbundene und unverbundene Unternehmen überlässt. Die funktionalen Profile bleiben i.Ü. dieselben wie in Beispiel 1. Die Berechtigungen an den Erträgen aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts bleiben daher auch dieselben, was etwa durch die Anpassung des Übertragungsentgeltes auf die tatsächliche Höhe der Einnahmen der Patentgesellschaft erreicht werden könne.<sup>1334</sup> Die Funktionsprofile, insbesondere auch die Kontrolle über Funktionen und Risiken, sind also maßgeblich, der Verrechnungspreis für die Übertragung und die folgenden Geschäftsbeziehungen nur Ausdruck dieser Maßgeblichkeit. Somit müsste sich infolge eines fremdüblichen Übertragspreises das funktionale Profil der Geschäftsbeziehung ändern, was indes nur angenommen werden kann, wenn sich substantiell die au-

---

<sup>1333</sup> Vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, Tz. 1 ff.

<sup>1334</sup> Vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, Tz. 5 ff.

geübten und kontrollierten Funktionen und Risiken der Patentverwertungsgesellschaft ändern würden; allein die Zahlung eines fremdüblichen Kaufpreises *ohne* die Ausübung der Kontrolle über das Erwerbsrisiko änderte daran also nichts.<sup>1335</sup>

Das streitbare *Beispiel 6* betrifft die gruppeninterne Entwicklung eines immateriellen Werts mit dem, auf der Grundlage von bestehenden immaterielle Werte der operativen Gesellschaft, hohe Gewinnerwartungen („highly profitable“) verbunden werden und veranschaulicht das Verhältnis von der Kostentragung zur Ausübung der operativen Entwicklungsfunktionen im Final BEPS Report. Nach dem zwischen den Unternehmen A und B geschlossenen Entwicklungsvertrag, soll Unternehmen A sämtliche Finanzierungskosten tragen und rechtliche Eigentümerin des entwickelten immateriellen Werts werden; Unternehmen B dagegen soll sämtliche Entwicklungstätigkeiten ausüben und kontrollieren. Unternehmen B soll ferner nach abgeschlossener Entwicklung den immateriellen Wert von A lizenzweise zur kommerziellen Nutzung überlassen bekommen. Die Steuerbehörde des Ansässigkeitsstaats des Unternehmens B führt eine Funktionsanalyse zur „sachgerechten“ Darstellung der Geschäftsbeziehung („accurate delineation of the actual transaction“) durch und stellt fest, dass Unternehmen A zwar rechtliche Eigentümerin geworden ist, aber einzig durch die Überlassung von Kapital an der Entwicklung beigetragen hat. Ferner habe Unternehmen A das finanzielle Risiko vertraglich übernommen, kontrolliere es und habe die finanzielle Kapazität, dieses Risiko zu tragen. Auf der Grundlage dieser Beiträge des Unternehmens A und der beiden Unternehmen gegebenen Alternativen („options realistically available“) wird festgestellt, dass Unternehmen A nur eine risikogerechte Vergütung für die Bereitstellung von Kapital zusteht. Unternehmen B ist dementsprechend berechtigt, sämtliche verbleibenden erwarteten Erträge aus der kommerziellen Nutzung des immateriellen Werts auszuweisen, wodurch Unternehmen B (unter den vorausgesetzten Zahlen) 80% der erwarteten Gesamterträge zustehen; dies indes nicht im Wege einer Aufaddierung der jeweiligen Funktionsvergütungen, sondern als Residuum nach Abzug der Vergütung für die Bereitstellung von Kapital durch den rechtlichen Eigentümer.<sup>1336</sup>

---

<sup>1335</sup> Dieses Ergebnis deckt sich mit Beispiel 3 des Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1.3. Ferner fällt in *Beispiel 4 zu Kapitel VI* die Zahlung eines fremdüblichen Übertragungsentgeltes mit der Ausübung der Entscheidungsfunktionen durch das Personal der Patentverwaltungsgesellschaft zusammen, obschon auch hier das gezahlte Entgelt an sich keinen Einfluss auf den Inhalt der Transaktion haben kann, vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, Tz. 10 ff. sowie *Example 16*, Annex to Chapter VI, Tz. 54 ff.

<sup>1336</sup> Vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, Tz. 14 ff.

Das *Beispiel 6* zeigt, dass der Final BEPS Report in Fällen klarer Funktionstrennung die Logik der U.S. „Developer-assisters rule“ (DAR) *vollends umkehrt*.<sup>1337</sup> Das *Beispiel 6* wird infolgedessen – trotz der im Final BEPS Report abgeschwächten Substanzerfordernisse – kontrovers bleiben. Es zeigt sich bereits, dass das *Beispiel* als fremdvergleichswidrig angegriffen<sup>1338</sup> und vom U.S. Treasury Department in einer Weise zu retten versucht wird, die nicht ohne Weiteres aus dem *Beispiel* hervorgeht.<sup>1339</sup> Am Markt, so der Vorwurf, würden Kapitalinvestitionen (insbesondere Portfolioinvestitionen in Gesellschaften) keine Kontrolle über das operative Geschäft ermöglichen, die allein das Management ausübt; ohne die Ausübung von Kontrolle würden also DEMPE-Funktionen häufig nur finanziert, wobei der Eigentümer (der Anteile an der Gesellschaft) gleichwohl die Residualgewinne (durch Ausschüttungen) vereinnahmen könne.<sup>1340</sup> Dieser Marktmechanismus, so Beamte des U.S. Treasury, sei jedoch „a recipe for systematic mispricing“; die bestehenden immateriellen Werte der Entwicklungsgesellschaft, die im *Beispielssachverhalt* etwas unkonkret bei der Erwartung „hoher Gewinnerwartungen“ aus dem neuen immateriellen Wert angeführt werden, seien saher als „plattform intangibles“ der Entwicklungstätigkeit anzusehen. Im Lichte dieser „plattform intangibles“ und der besonderen Fähigkeiten des Personal der Entwicklungsgesellschaft erscheine die Kapitalüberlassung als reiner „routine“ Beitrag.<sup>1341</sup> Diese Qualifikation der Kapitalüberlassung als „routine“ Beitrag infolge der vorhandenen Kapazitäten und immateriellen Werte, um praxistypische Gestaltungen, insbesondere „Cashbox“-Gestaltungen, zu versperren, indiziert eine Beurteilung des Werts der Beiträge aus der Sicht der internen Unternehmensgruppe; intern ist die Kapitalüberlassung eine „routine“ Funktion. Es stoßen im *Beispiel 6* also Sichtweisen auf den Fremdvergleichsgrundsatz aufeinander, die sich stark unterscheiden.<sup>1342</sup>

---

<sup>1337</sup> Das *Beispiel 1* des Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1.3. sollte indes als theoretischer Gegenpol – der Auftragnehmer wird dort auf „low-risk“ Basis vergütet und das Residuum steht dem Auftraggeber zu – und als Gestaltungsvariante beachtet werden, vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.83.

<sup>1338</sup> Vgl. *Ballentine*, Ownership, Control, and the Arm’s-Length Standard, Viewpoint, Tax Notes International, 20.06.2016, S. 1177 ff.

<sup>1339</sup> Vgl. BNA Bloomberg, Transfer Pricing Report: News Archive, Excerpt from U.S. Treasury Economist Michael McDonald’s Speech on Ownership, Control, Risk and Contributions to Value [delivered July 21, 2016], BNA Tax and Accounting Center, 28.07.2016.

<sup>1340</sup> Vgl. *Ballentine*, Ownership, Control, and the Arm’s-Length Standard, Viewpoint, Tax Notes International, 20.06.2016, S. 1177 ff.

<sup>1341</sup> Vgl. BNA Bloomberg, Transfer Pricing Report: News Archive, Excerpt from U.S. Treasury Economist Michael McDonald’s Speech on Ownership, Control, Risk and Contributions to Value [delivered July 21, 2016], BNA Tax and Accounting Center, 28.07.2016.

<sup>1342</sup> Zur Bewertung von Geschäftsbeziehungen aus der internen Sicht oben, Kapitel I, Abschnitt I, B.II.

Zuletzt behandelt der Abschnitt B.1. noch die in Kapitel I, Abschnitt D.1.2.1.6. bei der Anaylse der Risikostruktur eingeführte Unterscheidung von *ex-ante*- und *ex-post*-Vergütungen,<sup>1343</sup> die in den OECD-Leitlinien 2010 nur als Teil der Diskussion der Gewinnaufteilungsmethode Erwähnung fand.<sup>1344</sup> Die Vergütungen für die Beiträge der verbundenen Unternehmen zum DEMPE-Prozess immaterieller Werte werden in der Regel *ex-ante*-Vergütungen darstellen, also solche, die sich auf die im Zeitpunkt des Geschäftsabschluss, d.h. vor Verwirklichung der mit dem immateriellen Wert verbundenen Risiken erwarteten Einkünfte beziehen.<sup>1345</sup> Die Risikoanalyse entsprechend den Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1. werde die tatsächliche Risikoallokation ergeben haben und determiniert dadurch die Allokation der *ex-post*-Erträge zwischen den verbundenen Unternehmen,<sup>1346</sup> wie es etwa im *Beispiel 4* zu Kapitel VI erfolgt.

## **(2) Risiko- und Funktionsanalyse in Bezug auf immaterielle Werte**

Die Referenzfunktion des Eigentums wird im Final BEPS Report, wie die Beispiele zur Veranschaulichung des Abschnitts B.1. zeigten, überlagert durch die Maßgabe des Abschnitts B.2., dass das Eigentum für sich genommen zu keinerlei Residualgewinnen nach Vergütung der Beiträge anderer Gruppenunternehmen für ihre ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter berechtige.<sup>1347</sup> Die Ermittlung von fremdüblichen Preisen für Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen habe das Ziel, die Wertschöpfungsbeiträge der Gruppenunternehmen in Bezug auf immaterielle Werte zu berücksichtigen und „angemessen“ zu vergüten. Die Angemessenheit der Vergütung sei allein abhängig davon, welche Funktionen im DEMPE-Prozess des immateriellen Werts ausgeübt, welche Risiken übernommen und welche Wirtschaftsgüter eingesetzt werden.<sup>1348</sup> Somit sei erforderlich im Wege der Funktionsanalyse zu bestimmen, welche Entitäten die Funktionen ausüben und kontrollieren, das Kapital und andere Wirtschaftsgüter bereitstellen und die Risiken tragen, was jeweils der Eigentümer oder eine andere Entität sein kann.<sup>1349</sup>

---

<sup>1343</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.44 f.

<sup>1344</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.127 ff.

<sup>1345</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.44 f.

<sup>1346</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.45.

<sup>1347</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.47, weggefallen ist die Wendung des Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 6.47: „That is, after appropriately rewarding other members of the MNE group for their functions performed, for assets used, and for risks assumed, the income of the legal owner related to the intangible may be positive, negative or zero depending on the facts of the case.”

<sup>1348</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.48.

<sup>1349</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6. 48.

Die relative Bedeutung der jeweiligen Beiträge der Gruppenunternehmen zur Wertschöpfung durch die ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter hänge von den Umständen des Einzelfalles ab.<sup>1350</sup> Außer in einfach gelagerten Fällen, etwa dem Erwerb eines vollentwickelten immateriellen Werts am Markt durch eine Gruppentität, die das Erwerbsrisiko kontrolliert,<sup>1351</sup> kann diese Analyse schwierig sein, wenn (i) immaterielle Werte von der Gruppe selbst erschaffen werden, insbesondere, wenn der immaterielle Wert bereits während der Entwicklung transferiert wird, (ii) wenn selbstentwickelte oder erworbene immaterielle Werte als Plattform für die Folgeentwicklung anderer immaterieller Werte genutzt werden oder (iii) wenn „andere Aspekte“, etwa das Marketing oder die Produktion, für die Werthaltigkeit des immateriellen Werts besonders wichtig sind.<sup>1352</sup> Damit zählen die praktischen Regelfälle der Entwicklung und kommerziellen Nutzung von immateriellen Werten in Unternehmensgruppen zu diesen „schwierigen Situationen“<sup>1353</sup>.

#### **(a) Ausübung und Kontrolle von Funktionen**

Der Fremdvergleichsgrundsatz erfordert die Zuordnung von angemessenen Vergütungen für die Ausübung von Funktionen bei der Entwicklung, Verbesserung, Erhaltung, dem Schutz und der Verteidigung immaterieller Werte (sog. „DEMPE-Funktionen“). Die Feststellung der Entitäten, die die DEMPE-Funktionen ausüben ist daher ein zentrales Element („key consideration“) der Ermittlung von fremdüblichen Bedingungen für Geschäftsbeziehungen.<sup>1355</sup> Die Erforderlichkeit unter dem Fremdvergleichsgrundsatz alle Gruppentitäten „angemessen“ für die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken zu vergüten, impliziert, dass der rechtliche Eigentümer nur dann berechtigt ist alle Erträge aus der kommerziellen Verwertung eines immateriellen Werts steuerlich auszuweisen, wenn er im DEMPE-Prozess des immateriellen Wertes alle Funktionen ausübt, alle Wirtschaftsgüter einbringt und alle

---

<sup>1350</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.49.

<sup>1351</sup> Die „Einfachheit“ des Beispiels („relatively straightforward“) beruht u.a. auf der Anerkennung der Kapitalstruktur des Erwerbers, umgeht also ein zentrales Problem des Fremdvergleichs.

<sup>1352</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6. 49.

<sup>1353</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.49.

<sup>1354</sup> Vgl. zum wirtschaftlichen Hintergrund der Entwicklung und Nutzung von immateriellen Werten *innerhalb* von Konzernen als Regelfall oben, Kapitel I, Abschnitt I, B. sowie unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

<sup>1355</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.50, gegenüber Discussion Draft on Risks, Part I, Tz. 6.50 („...one key consideration in determining prices for controlled transactions *and in determining which entity or entities ultimately will be entitled to returns derived by the MNE group from the exploitation of intangibles.*“ Kursiv hinzugefügt)

Risiken trägt.<sup>1356</sup> Es sei allerdings nicht erforderlich, dass der Eigentümer physisch durch eigenes Personal sämtliche DEMPE-Funktionen ausübt, um zum anteiligen („a proportion“) steuerlichen Ausweis von Erträgen der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts berechtigt zu sein. Unter fremden Dritten werden manche Funktionen ausgelagert. Dementsprechend kann auch ein verbundenes Unternehmen, das Eigentümer eines immateriellen Werts ist, Funktionen auslagern.<sup>1357</sup> Üben verbundene Unternehmen Funktionen für den rechtlichen Eigentümer aus, müssen sie hierfür eine „angemessene“ Vergütung erhalten. Die Bestimmung der angemessenen Vergütung hat sich an der Verfügbarkeit von Vergleichswerten, der Bedeutung der Funktion für die Wertschöpfung und an den zur Verfügung stehenden Alternativen („options realistically available“) zu orientieren.<sup>1358</sup>

Werden DEMPE-Funktionen unter fremden Dritten ausgelagert, erfolge die Ausübung dieser Funktionen regelmäßig weiterhin unter der Kontrolle des Eigentümers im Sinne der Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1.<sup>1359</sup> Durch die besondere Natur der Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen könne es indes vorkommen, dass andere Entitäten als der Eigentümer ausgelagerte DEMPE-Funktionen kontrollieren. In solchen Fällen hat der Eigentümer auch die Ausübung der Kontrollfunktionen „fremdüblich“ zu vergüten.<sup>1360</sup> Die Feststellung, welche Entität tatsächliche die Ausübung von Funktionen kontrolliert sei entsprechend der Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1. zu treffen. Dadurch wirkt das gegenüber dem Discussion Draft on Risks abgeschwächte Kontrollerforderniss des Kapitels I, insbesondere die Stärkung der vertraglichen Abreden und die Teilbarkeit der Kontrollfunktionen, in das Kapitel VI hinein.<sup>1361</sup> Das Deliverable 2014 hatte demgegenüber das Kontrollerfordernis des Kapitels IX der OECD-Leitlinien 2010 für analog anwendbar erklärt.<sup>1362</sup> Durch die Übertragung der Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1. ergibt sich nunmehr auch für das Kapitel VI die Umkehr von einem zunächst mit der „Intangibles related returns theory“ von der OECD Working Party No. 6 „positiv“ formulierten Allokationssystem zu einem von Substanzanforderungen an Verträge geprägten Allokations-

---

<sup>1356</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.51.

<sup>1357</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.51.

<sup>1358</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.52.

<sup>1359</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.53, mit Verweis auf Tz. 1.65.

<sup>1360</sup> Dieser Passus entspricht Tz. 1.105 des Kapitels I des Final BEPS Report.

<sup>1361</sup> Vgl. Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.53 i.V.m. Tz. 1.94.

<sup>1362</sup> Vgl. Deliverable 2014, Tz. 6.53; vgl. zu Unterschieden zwischen den Kontrollerfordernissen *Wittendorff*, OECD Misinterpreted Controlled Transactions, Tax Notes International, 2015, S. 461 ff.

system, in dem – „negativ“ – nur das krasse Auseinanderfallen von aktiver Wertschöpfung und steuerlichem Gewinnausweis verhindert, aber keine echte Zusammenführung von Wertschöpfung und steuerlichem Gewinnausweis erstrebt wird.<sup>1363</sup>

Wenn der Eigentümer die DEMPE-Funktionen weder ausübt noch kontrolliert, sei er nicht berechtigt Vorteile, die durch diese Funktionen generiert werden, („any ongoing benefit attributable to the intangible“) zu vereinnahmen.<sup>1364</sup> Insbesondere könne sich der Eigentümer nicht darauf berufen, er habe die Kosten und Risiken der Funktionen tatsächlich getragen, wie durch Beispiel 6 deutlich wurde.<sup>1365</sup> Die „angemessene“ Vergütung, die der Eigentümer den operativ in den DEMPE-Funktionen tätigen Unternehmen zu leisten verpflichtet ist, könne jeden Anteil der durch die kommerzielle Verwertung des immateriellen Werts erzielten Erträgen („any share of the total return derived from the exploitation of the intangible“) umfassen. Ein Eigentümer, der keine relevanten Funktionen ausübt oder kontrolliert, ist somit nicht berechtigt, Erträge aus einem immateriellen Wert, die durch DEMPE-Funktionen generiert wurden, auszuweisen. Der Eigentümer ist dann allein berechtigt, Vergütungen für die Funktionen, die er tatsächlich ausübt, die Risiken, die er tatsächlich trägt, und die Wirtschaftsgüter, die er tatsächlich einbringt, zu vereinnahmen. Bei dieser Feststellung seien die Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1. von Bedeutung.<sup>1366</sup> Diese funktionale Aufteilung des Gesamtertrags aus der kommerziellen Nutzung eines immateriellen Werts bedeutet trotz der restriktiven Tendenz bei der Feststellung der jeweiligen funktionalen Beiträge durch die Übertragung der Maßgaben des Kapitels I eine Auflösung der Maßgeblichkeit der Kostentragung in den OECD-Leitlinien 1979, 1995 und 2010.<sup>1367</sup>

Die relative Bedeutung der Beiträge der Entitäten zum DEMPE-Prozess eines immateriellen Werts ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls. Relative bedeutsamere Beiträge sollten eine entsprechend relativ höhere Vergütung erhalten.<sup>1368</sup> Bei der Feststellung der relativen Bedeutung der Beiträge kommt bestimmten „wichtigen“ Funktionen („certain important functions“) ein herausgehobener Stellenwert zu.<sup>1369</sup> Bei

---

<sup>1363</sup> Zu den Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1.2.1. oben Kapitel II, Abschnitt II, C.III.5.a.aa., zur „Intangible related return theory“ der OECD Working Party No. 6 oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.II.

<sup>1364</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.54, sowie Example 1, Annex to Chapter VI.

<sup>1365</sup> Vgl. Example 6, Annex to Chapter VI.

<sup>1366</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.54, sowie Example 6, Annex to Chapter VI.

<sup>1367</sup> Vgl. dazu oben Kapitel II, Abschnitt II, C.I. sowie u.a. *Ballentine*, Ownership, Control, and the Arm's-Length Standard, Viewpoint, Tax Notes International, 20.06.2016, S. 1177 ff.

<sup>1368</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.55.

<sup>1369</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.56.

selbstentwickelten immateriellen Werten sind dies insbesondere die Planung von und Kontrolle über Forschungs- und Marketingprogramme, die Leitung und Zielsetzung im Rahmen kreativer Aktivitäten einschließlich von ergebnisoffener Forschung („blue-sky research“), die Kontrolle über strategische Entscheidungen der Entwicklung von immateriellen Werten die Verwaltung von und Kontrolle von Budgets.<sup>1370</sup> Andere „wichtige“ Funktionen sind bei jedem immateriellen Wert (d.h. bei selbstentwickelten oder erworbenen immateriellen Werten) die Entscheidung über die Verteidigung und den Schutz des immateriellen Werts sowie die laufende Qualitätskontrolle wichtiger Funktionen der Wertschöpfungskette.<sup>1371</sup> Diese Funktionen tragen regelmäßig entscheidend zur Werthaltigkeit eines immateriellen Werts bei und ihre Ausübung sollte folglich mit einem „angemessenen“ Anteil an den Erträgen der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts vergütet werden.<sup>1372</sup>

Werden solche „wichtigen“ Funktionen ausgelagert, berechtige die Ausübung dieser Funktionen aufgrund ihres bedeuteten Wertschöpfungsbeitrages also zu einer Beteiligung am Gesamtgewinn des Konzerns aus der Verwertung des immateriellen Werts.<sup>1373</sup> Häufig werden sich für Geschäftsbeziehungen, die die Auslagerung von solchen wichtigen Funktionen zum Gegenstand haben keine Vergleichswerte finden lassen, so dass Verrechnungspreismethoden zur Anwendung kommen müssen, die weniger auf direkten Vergleichswerten basieren, insbesondere die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode oder *ex-ante*-Bewertungsverfahren. Hat der Eigentümer die meisten oder sämtliche dieser „wichtigen“ Funktionen an verbundene Unternehmen ausgelagert, sei das Verbleiben von wesentlichen Anteilen an den Erträgen der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung der immateriellen Werte nach der Vergütung der anderen verbundenen Unternehmen, die diese Funktionen ausgeübt, sorgfältig zu prüfen und zu den tatsächlich vom Eigentümer ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken in Beziehung zu setzen. Der Final BEPS Report verzichtet indes auf die Erwägung des in diesen Fällen naheliegenden Fehlens von „economic rationality“ einer derartigen Geschäftsbeziehung und fügt sich damit in das gegenüber dem Deliverable 2014 konservativere

---

<sup>1370</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.56.

<sup>1371</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.56.

<sup>1372</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.56.

<sup>1373</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.56.

Kapitel I, Abschnitt D.2.<sup>1374</sup> Zwei ähnlich gelagerte Anwendungsbeispiele verdeutlichen das System zur Vergütung von DEMPE-Funktionen im Final BEPS Report.<sup>1375</sup>

In *Beispiel 16* unterhält eine Unternehmensgruppe zwei Forschungszentren in verschiedenen Staaten; eins wird durch die Muttergesellschaft betrieben, eins durch eine Tochtergesellschaft. Das Forschungszentrum der Muttergesellschaft ist gesamtverantwortlich für die Forschungsprogramme. Es konzipiert die Forschungsprogramme, entwickelt und kontrolliert das Budget, trifft die Entscheidungen, wo Forschungstätigkeiten ausgeübt werden, überwacht deren Fortgang und übt die Kontrolle über die operativen Forschungsfunktionen der Unternehmensgruppe aus. Die Muttergesellschaft veräußert sämtliche Patente und andere Technologie bezogenen immateriellen Werte sowie das Recht die immateriellen Werte für weitere Forschungstätigkeiten zu verwenden an ein neugegründete Tochtergesellschaft in einem dritten Staat, die fortan Produktionsfunktionen ausübt und die Mitglieder der Unternehmensgruppe mit Gütern zu beliefern beginnt. Das Entgelt für die Übertragung aller Rechte sei auf der Grundlage des im Zeitpunkt der Übertragung erwarteten zukünftigen Cashflows („anticipated future cash flow“) der immateriellen Werte ermittelt worden. Im Zeitpunkt der Übertragung aller Rechte wird ein Auftragsforschungsverhältnis *vertraglich* vereinbart, demzufolge beide Forschungszentren künftig auf Kosten und Risiken des Eigentümers der immateriellen Werte tätig werden und dafür eine Dienstleistungsvergütung in Anwendung der Kostenaufschlagmethode erhalten werden. Dieser Eigentümer hat *kein* eigenes technisches Personal, das fähig wäre, die Forschungstätigkeiten auszuführen oder zu überwachen. Die Funktionsaufteilung zwischen den Forschungszentren besteht nach der Umstrukturierung unverändert fort. Die Verrechnungspreisanalyse beginnt mit der Identifizierung der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen zur zutreffenden Darstellung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung entsprechend den

---

<sup>1374</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.56 („Where the legal owner outsources most or all of such important functions to other group members, attribution to the legal owner of any material portion of the return derived from the exploitation of the intangibles after compensating other group members for their functions should be carefully considered taking into account the functions it actually performs, the assets it actually uses and the risks it actually assumes under the guidance in Section D.1.2 of Chapter I.“) gegenüber OECD Deliverable 2014, Tz. 6.57 („Where the legal owner outsources most or all of such important functions to other group members, the entitlement of the legal owner to be attributed any material portion of the return derived from the exploitation of the intangibles after compensating other group members for their functions is highly doubtful. In some circumstances it may also be determined that the outsourcing of such important functions would not have been undertaken by independent enterprises behaving in a commercially rational manner, and that the actual structure adopted impedes the determination of an appropriate transfer price, thereby necessitating the disregarding of the actual structure adopted in accordance with the principles described in paragraph 1.65.“)

<sup>1375</sup> Aufgrund der Ähnlichkeit der Beispiele wird hier nur *Beispiel 16* wiedergegeben.

Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1. Entscheidend ist der sachverhaltliche Befund, dass der Erwerber der immateriellen Werte keinerlei DEMPE-Funktionen ausübt und auch die Risiken des Erwerbs der immateriellen Werte nicht kontrolliert. Sämtliche Entwicklungstätigkeit werden von den Forschungszentren ausgeübt, die Risikokontrollfunktionen ausschließlich von der Muttergesellschaft. Die Funktionsanalyse ergibt, dass der Erwerber der immateriellen Werte bei „sachgerechter“ Darstellung der Geschäftsbeziehung *funktional nur Kapital* in Höhe des Kaufpreises und der laufende Finanzierung der Forschungstätigkeiten einbringt. Die vertraglich übernommenen Risiken der Kapitalüberlassung vermag der Eigentümer mangels technischen Personals nicht hinreichend zu kontrollieren. Dem Eigentümer steht somit – wie im *Beispiel 3*, des Kapitel I, Abschnitt D.1.2.1.3. – als Kapitalgeber, der weder die operativen DEMPE-Funktionen ausübt noch die vertraglich übernommenen Finanzierungsrisiken kontrolliert, nur ein risikofreier Ertrag („risk-free return“) zu.<sup>1376</sup>

Zweck des Beispiels ist es deutlich zu machen, dass Eigentum für sich genommen nicht dazu berechtigt, die Residualgewinne, die durch die DEMPE-Funktionen generiert werden, steuerlich auszuweisen, sondern allein die tatsächlich ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter „angemessen“ vergütet werden. Die Risikostruktur folgt dabei weder aus dem Eigentum noch aus vertraglichen Abreden, sondern ist durch eine hinreichende Ausübung von Risikokontrollfunktionen zu substantiieren. Das Beispiel zeigt ferner, dass in der Risiko- und Funktionsanalyse die Prüfung der ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter nicht stringent getrennt ist, sondern eine Gesamtbetrachtung darstellt, bei der der Inhalt der ausgeübten Funktionen nicht ohne Berücksichtigung der dabei übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter, der Einsatz der Wirtschaftsgüter nur unter Berücksichtigung der dadurch übernommenen Risiken und die mit den ausgeübten Funktionen und eingesetzten Wirtschaftsgüter verbundene Risikostruktur nur unter Berücksichtigung des Wesens und der Gesamtumstände der ausgeübten Funktionen und eingesetzten Wirtschaftsgüter verstanden werden kann.

---

<sup>1376</sup> Vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, Tz. 54 ff. Im ähnlich gelagerten Beispiel 17 bleibt die Kontrolle über die finanziellen Risiken aus dem Kapitaleinsatz offen, so dass etwas ergebnisoffener festgestellt wird, der angemessene Ertrag („financing return“) wird sich aus der Anwendung der Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1. ergeben, also ggf. einen risikoadäquaten Ertrag („risk-adjusted return“) bedeuten, vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, Tz. 59 ff.

## **(b) Einsatz von Wirtschaftsgütern**

Gruppenunternehmen, die Wirtschaftsgüter in den DEMPE-Prozess eines immateriellen Werts einbringen, haben hierfür eine „angemessene“ Vergütung zu erhalten. Zu den Wirtschaftsgütern, deren Einsatz zu vergüten ist, gehören insbesondere auch immaterielle Werte, die in Forschungstätigkeit oder im Marketing eingesetzt werden, sowie eingesetztes Kapital („funding“).<sup>1377</sup> Eine Gruppenentität kann sämtliche DEMPE-Funktionen finanzieren während andere Gruppenunternehmen sämtliche Funktionen tatsächlich ausüben. Bei der Ermittlung eines angemessenen Ertrags für die Überlassung von Finanzmitteln sei davon auszugehen, dass ein Investor, der weder die Risiken der finanzierten Aktivität kontrolliert noch die finanzierten Funktionen ausübt, eine geringere Ertragserwartung haben muss als ein vergleichbarer Investor, der die „wichtigen“ DEMPE-Funktionen ausübt und die Risiken der finanzierten Aktivität kontrolliert.<sup>1378</sup> Das Wesen und die Höhe der Vergütung für die Tragung der Entwicklungskosten eines immateriellen Werts – ohne die Ausübung weitere Funktionen oder der Kontrolle der Risiken („without more“) – ist auf der Grundlage von vergleichbaren Kapitalüberlassungsverhältnissen zu bestimmen, wenn solche identifiziert werden können, wie Beispiel 3 des Kapitels I, Abschnitt D.1. veranschaulicht.<sup>1379</sup>

Kapitalüberlassung und Risikotragung sind zwar in dem Sinne miteinander verbunden, dass Finanzierungstätigkeiten typischerweise mit bestimmten Risiken zusammenfallen, insbesondere dem Risiko, das eingesetzte Kapital zu verlieren. Gleichwohl werden sich Art und Umfang des konkreten Risikos einer Finanzierungstätigkeit nur den Umständen des Einzelfalles und den „wirtschaftlich relevanten Charakteristika“ der Geschäftsbeziehung entnehmen lassen. So sei das Finanzierungsrisiko beispielsweise niedriger, wenn die Kreditwürdigkeit des Kapitalempfängers hoch ist oder Sicherheiten bestellt werden. Auch das Volumen der Kapitalüberlassung wird Auswirkungen auf die Signifikanz des Ausfallrisikos haben.<sup>1380</sup> Durch die Anpassung an die Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1.2. wirkt sich die dortige Tendenz, vertraglichen Ab-

---

<sup>1377</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.59.

<sup>1378</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.59.

<sup>1379</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.59.

<sup>1380</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.60.

reden gegenüber dem Discussion Draft on Risks wieder eine Bedeutung zukommen zu lassen, auf die Beurteilung der Risikoallokation bei Finanzierungen aus.<sup>1381</sup>

Dementsprechend sind für die Analyse des konkreten Finanzierungsrisikos die spezifischen Risiken der Geschäftsbeziehung zu identifizieren (entspricht „Step 1“). Dabei ist erforderlich, die finanziellen Risiken der Kapitalüberlassung und die operativen Risiken der finanzierten Tätigkeit – etwa das Entwicklungsrisiko bei der Entwicklung eines immateriellen Werts – voneinander zu trennen.<sup>1382</sup> Wenn eine Entität das finanzielle Risiko der Kapitalüberlassung kontrolliert, aber nicht die zugrundeliegenden operativen Risiken der finanzierten Tätigkeiten, sollte diese Entität eine risikoadäquate Vergütung („risk-adjusted return“) erwarten können, aber nicht mehr.<sup>1383</sup> Die bloße Kapitalüberlassung wird somit zur Routinefunktion.<sup>1384</sup> Die vertraglichen Abreden, substantiiert durch das tatsächliche Verhalten, werden regelmäßig die Bedingungen der Kapitalüberlassung ergeben (entspricht „Step 2“). Der Kapitalgeber kann dann eine risikoadäquate Vergütung erwarten, die etwa auf Grundlage der Kapitalbeschaffungskosten oder von erwartbaren Rendite in bestehenden Investitionsalternativen mit vergleichbaren wirtschaftlichen Eigenschaften ermittelt werden kann.<sup>1385</sup> Der konkrete Inhalt und das Ausmaß an Aktivitäten, die zur Ausübung der Kontrolle über das finanzielle Risiko ausgeübt werden müssen (entspricht „Steps 3-4“), hänge von den für den Kapitalgeber bestehenden Risiken („riskiness of the investment“) unter Berücksichti-

---

<sup>1381</sup> Vgl. die demgegenüber etwas freiere Beurteilung des Deliverable 2014, Tz. 6.60 f.: „Nonetheless, they can and should be analysed separately because there is no standard set of risks assumed in the funding of intangible development, enhancement, maintenance, protection, or exploitation. *Rather, the risks assumed will vary based on contractual terms, the conduct and solvency of relevant group members, and the nature of their control over the risks assumed among other the factors. The timing of the funding in the course of an intangible development undertaking may also affect the level of risk.* For example, whether the investment is made at an early stage, mid-way through the development process, or at a late stage will impact the level of the underlying investment risk. The nature and extent of the risk assumed must, therefore, be determined considering all of the facts and circumstances of the relationship among such group members. *It cannot simply be assumed or asserted that the party funding intangible development bears all of the risks associated with such development.* Bearing a funding risk, without the assumption of any further risk generally would entitle the funder to a risk-adjusted rate of anticipated return on its funding, but not more. The key questions in each case are: (i) what is the financial risk assumed by the funding entity, (ii) does it have the financial capacity to bear the risk, (iii) how and by whom is that financial risk controlled (within the meaning of paragraphs 9.22 – 9.28), (iv) what are the financing options realistically available to the parties; and (v) what is the arm’s length anticipated compensation for assuming the financial risk in question?” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1382</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.61, gegenüber Vgl. Deliverable 2014, Tz. 6.61.

<sup>1383</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.61.

<sup>1384</sup> Vgl. auch *Tabelle 3*, sowie *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion: Reformation of Section 482’s Arm’s Length Standard, Florida Tax Review, 2014, 737, 770 f.

<sup>1385</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.62.

gung des Kapitalvolumens und der finanzierten Tätigkeit ab.<sup>1386</sup> Maßgeblich ist die Definition der Kontrolle über Risiken des Kapitels I, Abschnitt D.1.2., nach der die Ausübung von Kontrolle die Fähigkeit erfordert, die maßgeblichen Entscheidungen der Risikotragung angesichts möglicher Gewinnchancen („risk-bearing opportunity“) zu treffen, zusammen mit der tatsächlichen Ausübung dieser Entscheidungsfunktion.

Werden laufende Entscheidungsfunktionen zur Risikominderung („day-to-day risk mitigation“) ausgelagert, erfordert die Kontrolle über das finanzielle Risiko der Kapitalüberlassung deren Kontrolle.<sup>1387</sup> Erfolgt die Kapitalüberlassung zwecks Entwicklung eines immateriellen Werts beinhaltet die erforderliche Entscheidung das finanzielle Risiko einzugehen und auf die Risikotragung angesichts möglicher Gewinnchancen zu reagieren, das Treffen von Entscheidungen in Bezug auf die Kapitalüberlassung und die Bedingungen der Geschäftsbeziehung („conditions of the transaction“).<sup>1388</sup> Je nach Umständen des Einzelfalls können solche Entscheidungen eine Einschätzung des Ausfallrisikos unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen der finanzierten Entwicklungstätigkeit mit dem finanziellen Risiko der Kapitalüberlassung erforderlich machen. Die Bedingungen der Finanzierung können die Möglichkeit eröffnen, das finanzielle Risiko durch Entscheidungen in Bezug auf die finanzierte Tätigkeit zu beeinflussen. Daraus folgert der Final BEPS Report einen möglichen Zusammenhang zwischen der Kontrolle über das finanzielle Risiko der Kapitalüberlassung und dem operativen Entwicklungsrisiko aus der finanzierten Tätigkeit, wodurch die Anforderungen an die Kontrolle des Finanzierungsrisikos ansteigen und zusätzliche Personalfunktionen des Kapitalgebers erforderlich werden können.<sup>1389</sup>

### **(c) Übernahme und Kontrolle von Risiken**

Der Abschnitt B.2.3. „Assumption of Risks“ wurde im Abschlussbericht gegenüber dem Deliverable 2014 deutlich umgestellt und den Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt

---

<sup>1386</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.63.

<sup>1387</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.63.

<sup>1388</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.64.

<sup>1389</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.64: „The higher the development risk and the closer the financial risk is related to the development risk, the more the funder will need to have the capability to assess the progress of the development of the intangible and the consequences of this progress for achieving its expected funding return, and the more closely the funder may link the continued provision of funding to key operational developments that may impact its financial risk. The funder will need to have the capability to make the assessments regarding the continued provision of funding, and will need to actually make such assessments, which will then need to be taken into account by the funder in actually making the relevant decisions on the provision of funding.”

D.1.2. angepasst.<sup>1390</sup> In Verrechnungspreisanalysen mit immateriellen Werten könne bestimmten Risiken eine herausgehobene Bedeutung zukommen.<sup>1391</sup> Diese wirtschaftlich signifikanten Risiken können sich aus dem gesamten DEMPE-Prozess eines immateriellen Werts ergeben und somit u.a.

- („D“) die Risiken der Entwicklung eines immateriellen Werts, insbesondere das Risiko, dass kostenintensive Forschungs- oder Marketingvorhaben keine kommerziell verwertbaren Ergebnisse bringen,
- („E“) die Risiken der Produktveraltung, einschließlich des Risikos, dass technologische Fortschritte von Wettbewerbern den Wert eines immateriellen Werts beeinträchtigen,
- („M“) die Risiken von Rechtsverletzungen, einschließlich des Risikos, dass sich die Verteidigung immaterieller Rechte als zeitaufwendig, teuer und/oder erfolglos erweist,
- („P“) die Risiken der Produkthaftung und ähnliche Risiken im Zusammenhang mit auf immateriellen Werten basierenden Produkten und Dienstleistungen, sowie
- („E“) die Risiken der kommerziellen Verwertung und Unsicherheiten in Bezug auf die Erträge, die mit dem immateriellen Wert erzielt werden, betreffen.

Die Feststellung welche Entität die Risiken aus dem DEMPE-Prozess übernimmt, ist ein entscheidender Faktor der Ermittlung eines angemessenen Preises für die Geschäftsbeziehung und einzelfallabhängig festzustellen.<sup>1392</sup> Die sachgerechte Darstellung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung entsprechend den Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1.2. kann ergeben, dass der Eigentümer eines immateriellen Werts diese Risiken trägt oder andere Entitäten der Unternehmensgruppe, die für diese Risikotragung dann eine angemessene Vergütung erwarten können.<sup>1393</sup> Besonders wichtig sei,

---

<sup>1390</sup> Final BEPS Report, Tz. 6.65, 6.67. Das Deliverable 2014 unterwarf die Prüfung der Risikoallokation dagegen den Maßgaben des *Part I* des Kapitels IX der OECD-Leitlinien 2010, der aus der *Issues Note No. 1* von 2008 hervorging. Vgl. Deliverable 2014 Tz. 6.62: „In assessing the allocation of risks related to intangibles among members of an MNE group, the principles of paragraphs 9.10 – 9.46 apply. In particular, the provisions of paragraph 9.18 regarding the importance of data evidencing similar allocations of risk in comparable uncontrolled transactions, the discussions of control of risk in paragraphs 9.23 – 9.28, the discussion of financial capacity to assume risk in paragraphs 9.29 – 9.32, and the provisions of paragraph 9.38 should be considered in assessing the incidence of risk related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles.“

<sup>1391</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.65, sowie Deliverable 2014 Tz. 6.64.

<sup>1392</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.66. Damit ist die generelle Rechtsfolge der Übernahme von Risiken im Final BEPS Report etwas abgeschwächt formuliert worden. Im Deliverable 2014 findet sich als Rechtsfolge der Risikoübernahme *zusätzlich* der Bezug auf die Berechtigung einer Entität, die Erträge aus der kommerziellen Verwertung der immateriellen Werte zu vereinnahmen, vgl. Deliverable 2014, Tz. 6.63: „The identity of the member or members of the group bearing and controlling risks related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of intangibles is also an important consideration in determining prices for controlled transactions *and in determining which entity or entities will be entitled to share in returns derived from the exploitation of the intangibles.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1393</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.66. Somit ist auch der Umfang des Vergütungsanspruchs im Final BEPS Report abgeschwächt formuliert worden, vgl. Deliverable 2014, Tz. 6.63: „The legal owner may

dass die Entitäten, die eine Berechtigung zum Ausweis von Risikoprämien geltend machen, tatsächlich die Verantwortung und die Kosten tragen, wenn sich diese Risiken materialisieren.<sup>1394</sup> Werden diese Kosten tatsächlich von anderen Gruppenunternehmen getragen oder sonstige Aktivitäten in Bezug auf diese Risiken ausgeübt, sind Verrechnungspreisanpassung durchzuführen, die (i) zu einer Allokation dieser Kosten an die Entitäten, die die Risiken in Anwendung des Kapitels I, Abschnitt D.1.2. zugeordnet bekommen, und (ii) zu einer angemessenen Vergütung für diese Kostentragung oder sonstigen Aktivitäten, führen.<sup>1395</sup>

Das *Beispiel 7* verdeutlicht diese Maßgaben. Eine Unternehmensgruppe vertreibt ein Produkt durch eine Tochtergesellschaft, die vertraglich von den Produkthaftungsrisiken befreit ist und nur ein Entgelt für diese risikobefreite Vertriebstätigkeit erhält; die Erträge und Verluste aus der kommerziellen Verwertung stehen vertraglich der Muttergesellschaft zu. Nach drei Jahren, in denen die Vertriebsgesellschaft eine ihrer vertraglich risikobefreiten Tätigkeit entsprechende Vergütungen („consistent with low risk characterisation“) erhalten hat, wird ein Produktrückruf erforderlich, der erhebliche Kosten bei der Vertriebstochter auslöst, die von der Muttergesellschaft nicht erstattet werden. Dadurch entsteht ein Widerspruch zwischen dem geltend gemachten Anspruch der Mutter, die Erträge aus dem Absatz der Produkte zu vereinnahmen und dem Unterlassen der Tragung der Rückrufkosten, des vertraglich übernommenen Rückrufrisikos. Die Ermittlung der angemessenen Verrechnungspreisanpassung („appropriate adjustment“) beginne mit der Ermittlung der tatsächlichen Risikoverteilung der Geschäftsbeziehung („the true transaction“) entsprechend den Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D.1. Ergibt sich dabei, dass – infolge einer hinreichenden Kontrolle über das Rückrufisiko und der finanziellen Kapazität, das Risiko zu tragen – die Muttergesellschaft das Risiko tatsächlich trägt, sei die „wahrscheinlichste“ Anpassung eine

---

bear and control those risks. If instead other members of the group bear or control such risks, such members must be compensated for their contributions, including the risks they assume. *This may mean, for example, that these parties are attributed the anticipated returns remaining after the legal owner is remunerated for the anticipated value of its own functions performed, assets used, and risks assumed (if any), and other members of the MNE group are similarly remunerated for their respective contributions.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1394</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.68.

<sup>1395</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.68. Auch an dieser Stelle ist der Final BEPS Report abgeschwächer formuliert als das Deliverable 2014, dass in solchen Fällen ein „gemeinsames“ Risiko der Entitäten sehen will, mit der Folge, dass konsequenterweise eine Gewinnaufteilung sachgerecht wäre, vgl. Deliverable 2014, Tz. 6.65: „Where one party to a transaction is both contractually allocated risk and performs the functions controlling those risks while the other party bears the costs that arise from the risks, then a transfer pricing adjustment may be necessary to reflect actual sharing of risks and the appropriate attribution of relevant costs.“ (Kursiv hinzugefügt)

Überwälzung der Kosten der Produkthaftung auf die Muttergesellschaft. Ergebe sich jedoch, dass die Vertriebsgesellschaft tatsächlich Kontrolle über das Rückrufisiko ausübt und kann auf der Grundlage einer Vergleichbarkeitsanalyse eine fremdvergleichskonformer Preis („arm’s length price“) ermittelt werden, so kann eine Erhöhung der Vergütung für die Vertriebstätigkeit („increase in the distribution margins“) sachgerecht sein, um die tatsächliche Risikoverteilung sachgerecht abzubilden.<sup>1396</sup>

#### **(d) Tatsächliche, *ex-post*-Erträge**

Infolge der Risikolastigkeit der kommerziellen Verwertung von immateriellen Werten und des wirtschaftlichen Wettbewerbsumfeldes, in dem sie eingesetzt werden, sowie der Bewertungsunsicherheiten ist ferner der Anknüpfungszeitpunkt für die Ermittlung der Verrechnungspreise bedeutsam. Häufig wird die tatsächliche, *ex-post*-Profitabilität eines immateriellen Werts von der erwarteten, *ex-ante*-Profitabilität abweichen.<sup>1397</sup> Die Verrechnungspreisbestimmung zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses kann die Risiken der kommerziellen Verwertung von immateriellen Werten sachgerecht erfassen oder auf Fehlannahmen und dadurch auf einer „unsachgerechten“ Risikoanalyse basieren. Letzteren falls entsteht die Frage, ob und wie die Gewinne zwischen den verbundenen Unternehmen, die Beiträge zum DEMPE-Prozess geleistet haben, zu verteilen sind.<sup>1398</sup> Dafür ist auf der Grundlage einer sorgfältigen Risikoanalyse entsprechend der Maßgaben des Kapitel I, Abschnitt D.1.2. zu ermitteln, welche Entitäten wirtschaftlich die signifikante Risiken tatsächlich übernommen haben, was – je nach Umständen des Einzelfalls – die Partei sein könnte, die vertraglich Risiken übernommen hat, der rechtliche Eigentümer der immateriellen Werte oder die kapitalüberlassende Entität („the funder“).<sup>1399</sup> Eine Entität, die die wirtschaftlich signifikanten Risiken nicht tatsächlich übernommen – also auch hinreichend kontrolliert – hat, kann nicht berechtigt sein, den Unterschiedsbetrag zwischen erwarteten und tatsächlichen Erträgen aus der Verwertung eines immateriellen Werts steuerlich auszuweisen, es sei denn diese Entität übt „wichtige“ DEMPE-Funktionen<sup>1400</sup> aus oder zur Kontrolle der

---

<sup>1396</sup> Vgl. Final BEPS Report, Annex to Chapter VI, Tz. 16 ff. Die Anpassung der Vertriebsvergütung entsprechend der zweiten, „unwahrscheinlichen“ Variante des *Beispiels 7* kann die Vertriebsgesellschaft empfindlich treffen, da somit *neben* den tatsächlich getragenen Rückrufkosten auch noch verzinste Steuernachzahlungspflichten für die angepasste Vertriebsvergütung entstehen.

<sup>1397</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.69.

<sup>1398</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.69.

<sup>1399</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.70, gegenüber Deliverable 2014, Tz. 6.67.

<sup>1400</sup> Vgl. zu diesen Final BEPS Report, Tz. 6.56.

wirtschaftlich signifikanten Risiken beiträgt<sup>1401</sup> und infolgedessen ist ihre Vergütung auf Grundlage der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zu ermitteln.<sup>1402</sup> Der Final BEPS Report will somit vermeiden, dass auch die Verteilung des Unterschiedsbetrags zwischen den erwarteten und den tatsächlichen Erträgen aus der kommerziellen Verwertung von immateriellen Werten als Reflex der *ex-ante*-Verrechnungspreisermittlung bei einer Entität ausgewiesen werden kann, die die Risiken nicht tatsächlich kontrolliert oder „wichtige“ DEMPE-Funktionen ausübt. Diese Maßgaben des Final BEPS Report stehen in Zusammenhang mit den Sonderregeln für „Hard-to-value intangibles“ des Kapitels VI, Abschnitts D.4. des Final BEPS Reports.<sup>1403</sup>

### **(3) Zusammenfassung der Maßgaben des Kapitel VI, Abschnitte B.1. und B.2.**

Der rechtliche Eigentümer von immateriellen Werten ist nur dann zum steuerlichen Ausweis sämtlicher *ex-ante*-Erträge der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung des immateriellen Werts berechtigt, wenn er kumulativ alle DEMPE-Funktionen, einschließlich der wichtigen Funktionen, ausübt und kontrolliert, alle Wirtschaftsgüter, einschließlich des erforderlichen Kapitals in den DEMPE-Prozess einbringt, und alle Risiken des DEMPE-Prozesses tatsächlich trägt. In dem Umfang, in dem andere Gruppenentitäten Beiträge zum DEMPE-Prozess des immateriellen Werts durch die Ausübung von Funktionen, Übernahme von Risiken und/oder den Einsatz von Wirtschaftsgütern leisten, haben sie für diese Beiträge eine „angemessene“ Vergütung zu erhalten.<sup>1404</sup> Diese angemessene Vergütung könne je nach Umständen des Einzelfalls sämtliche oder wesentliche Anteile an den Erträgen der Unternehmensgruppe aus der kommerziellen Verwertung der immateriellen Werte umfassen.<sup>1405</sup> Die Berechtigung zum Ausweis des Unterschiedsbetrags zwischen erwarteten und tatsächlichen Erträgen hängt von der Zuordnung der zugrundeliegenden Risiken im Wege der Funktionsanalyse ab sowie davon, welche Entitäten die „wichtigen“ Funktionen ausü-

---

<sup>1401</sup> Vgl. dazu Final BEPS Report, Tz. 1.105.

<sup>1402</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.70, gegenüber Deliverable 2014, Tz. 6.67.

<sup>1403</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.70, gegenüber Deliverable 2014, Tz. 6.67.

<sup>1404</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.71, gegenüber Deliverable 2014, Tz. 6.68: „To the extent that one or more members of the MNE group other than the legal owner performs functions, uses assets, or assumes risks related to the development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation of the intangible, such associated enterprises *must share in the anticipated returns derived from exploitation of the intangible* by receiving arm’s length compensation for their functions, assets and risks.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1405</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.71, sowie Deliverable 2014, Tz. 6.68.

ben oder zur Kontrolle der wirtschaftlich signifikanten Risiken beitragen und deren Vergütungen daher ein Gewinnverteilungselement beinhalten muss.<sup>1406</sup>

## **bb) Der Abschnitt D.4. „Hard-to-value intangibles (HTVI)“**

### **(1) Einleitung**

Aktionspunkt 8(iii) des Action Plan on BEPS forderte die OECD auf, Regeln oder spezielle Maßnahmen für schwer bewertbare immaterielle Werte zu entwickeln.<sup>1407</sup> Damit reagiert der Action Plan on BEPS auf praktische Probleme der Verrechnungspreisermittlung bei der Übertragung von immateriellen Werten, deren Bewertung im Zeitpunkt der Übertragung ungewiss ist und auf das konzeptionelle Problem des Kapitels VI, Abschnitt C.4. der OECD-Leitlinien 1995/2010, Steuerbehörden für diese Fallgruppen nicht ausreichend sachgerechte Maßgaben für die Durchführung der Verrechnungspreisanalyse zu liefern.<sup>1408</sup> Die USA hatten auf die Fallkonstellation 1986 mit dem „Commensurate with income standard“ (CWIS) reagiert und die OECD-Leitlinien 1995/96 als Gegenentwurf dazu mit Abschnitt C.4. des Kapitels VI. Der Discussion Draft on Risks vom 19.12.2014 näherte sich dem Problem der „Hard-to-value intangibles“ (HTVI) zunächst tastend in „Option 1“<sup>1409</sup> des Part II, der denkbare „special measures“ zur Zusammenführung von steuerlichem Gewinnausweis und der Wertschöpfung skizzierte.<sup>1410</sup> In „Option 1“ wurde das Problem der HTVI darin gesehen, ein „potential for systematic mispricing“ zu ergeben, wenn sich Vergleichswerte nicht finden lassen, die der Bewertung des immateriellen Werts zugrundeliegenden Annahmen spekulativ sind und akute Informationsasymmetrien zwischen dem Steuerpflichtigen und den Steuerbehörden bestehen. Als mögliche Rechtsfolge der Option 1 wird die Vermutung, dass unabhängige Dritte eine Preisanpassungsklausel vereinbart hätten und die Anpassung der Bewertung des Übertragungszeitpunkts auf der Grundlage dieser Preisanpassungsklausel, erwogen.<sup>1411</sup> In Kapitel VI, Abschnitt C.4. der OECD-Leitlinien 1995/2010 ist diese Rechtsfolge zwar ebenfalls als eine denkbare vorgesehen, aber es besteht keine Vermutung auf der Grundlage tatsächlicher *ex-post-*

---

<sup>1406</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.72, gegenüber Deliverable 2014, Tz. 6.69.

<sup>1407</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, Action 8 („(iii) developing transfer pricing rules or Special measures for transfers of hard-to-value intangibles“).

<sup>1408</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.186, gegenüber OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.33.

<sup>1409</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part II, S. 41.

<sup>1410</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part II, Tz. 6.

<sup>1411</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part II, S. 41.

Erträge.<sup>1412</sup> Die Option 1 des Discussion Draft on Risks erwägt ferner eine Widerlegbarkeit dieser Vermutung, etwa wenn der Steuerpflichtige die Belastbarkeit seiner Bewertungsannahmen beweisen kann oder die Abweichungen zwischen der erwarteten und der tatsächlichen Profitabilität des immateriellen Werts einen bestimmten Schwellenwert nicht überschreitet.<sup>1413</sup> Am 04.06.2015 legt die OECD eine Entwurfsfassung zur öffentlichen Diskussion vor, die zur Grundlage des Final BEPS Report wurde.<sup>1414</sup>

## **(2) Final BEPS Report Kapitel VI, Abschnitt D.4.**

Der Final BEPS Report platziert den Abschnitt D.4. „Hard-to-value intangibles (HTVI)“ in den Abschnitt D. „Supplemental guidance for determining arm’s length conditions in cases involving intangibles“, wobei ein innerer Zusammenhang zu Abschnitt D.2. „Supplemental guidance regarding the transfer of intangibles or rights in tangibles“ besteht, insbesondere zu den Abschnitten D.2.6.3. „Use of valuation techniques“ und D.2.6.4. „Specific areas of concern in applying methods based on the discounted value of projected cash flows“, sowie zu Abschnitt D.3. „Arm’s length pricing of transactions involving intangibles for which pricing is highly uncertain at the time of transaction“. Die Abschnitte D.3. und D.4. gemeinsam ergeben das HTVI-Regime des Final BEPS Reports und wurden zusammenhängend entworfen.<sup>1415</sup>

Nach Abschnitt D.3. können immaterielle Werte Eigenschaften aufweisen, die die Ermittlung von Vergleichswerten und in manchen Fällen die Bewertung im Zeitpunkt der Transaktion erschweren. Ist die Bewertung sehr ungewiss („highly uncertain“), sollte die Ermittlung eines Verrechnungspreises daran orientieren, was fremde Dritte in einer vergleichbaren Situation tun würden, um den Unsicherheiten zu begegnen.<sup>1416</sup>

Die Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D. seien in diesem Zusammenhang zu beachten.<sup>1417</sup> Je nach Umständen des Einzelfalls können fremde Dritte auf verschiedene Me-

---

<sup>1412</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.30, 6.34.

<sup>1413</sup> Vgl. Discussion Draft on Risks, Part II, S. 41.

<sup>1414</sup> Vgl. OECD Public Discussion Draft, BEPS Action 8: Hard-to-value Intangibles (“Draft on HTVI”). Der Entwurf wird im Rahmen der Darstellung des Final BEPS Report besprochen.

<sup>1415</sup> Im OECD HTVI-Draft war Abschnitt D.4. noch nicht einmal eigenständig, sondern Abschnitt D.3.1., wobei die Ausführungen anders aufgeteilt waren: Die OECD HTVI-Draft, Tz. 6-8, wurden im Final BEPS Report aus Abschnitt D.3. in D.4, Tz. 6.186-6.188 verschoben.

<sup>1416</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.181, sowie OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.28.

<sup>1417</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.181, gegenüber OECD HTVI-Draft, Tz. 1. Daraus folgt mE, dass das HTVI-Regime nicht gleichbedeutend mit (i) der Verteilung des Unterschiedsbetrags zwischen erwarteten *ex-ante*- und tatsächlichen *ex-post*-Erträgen ist, (ii) dass das HTVI-Regime nur dann zur Anwendung kommt, wenn die zutreffend dargestellten Geschäftsbeziehung substantiell als Übertragung eines immateriellen Werts anzusehen ist, nicht etwa mangels Ausübung von Kontrollfunktionen nur eine Kapitalüberlassung des vertraglichen Erwerbers angenommen werden muss, sowie (iii) die Anwendung

chanismen zurückgreifen, um Bewertungsunsicherheiten zu begegnen. Eine Möglichkeit ist die Beurteilung aller erwarteten wirtschaftlichen Vorteile („all anticipated benefits“) und das Maß, in dem diese absehbar und kalkulierbar („foreseeable and predictable“) sind, um einen Verrechnungspreis zu ermitteln. Sind die erwarteten Vorteile hinreichend vorhersehbar und kalkulierbar, könnten fremde Dritte auf dieser Grundlage einen Verrechnungspreis ermitteln.<sup>1418</sup> In anderen Fällen könnten fremde Dritte eine Verrechnungspreisermittlung auf der Grundlage der erwarteten wirtschaftlichen Vorteile nicht ausreichend finden, um den Risiken der Bewertungsunsicherheit zu begegnen. In diesen Fällen, könnten fremde Dritte kürzere Vertragslaufzeiten, Preisanpassungsklauseln oder aufschiebend oder auflösend bedingte Vergütungsstrukturen („contingent pricing arrangement“<sup>1419</sup>) vereinbaren.<sup>1420</sup> Beispielsweise kann eine Lizenzgebühr an das Absatzvolumen oder Zusatzzahlungen an bestimmte Ereignisse gekoppelt werden.<sup>1421</sup> Ferner könnten fremde Dritte zwar bereit sein, die Risiken zukünftiger Entwicklungen zu tragen. Gleichwohl können auch dann gewichtige unerwartete Ereignisse („major unforeseen events“) eintreten, die die Grundannahmen der Geschäftsbeziehung („fundamental assumptions“) überwerfen und zu einer Nachverhandlung der Geschäftsbedingungen führen.<sup>1422</sup> Eine Nachverhandlung kann zwischen unabhängigen Parteien etwa vorkommen, wenn ein Festhalten an der bestehenden Höhe einer umsatzabhängigen Lizenzgebühr die wirtschaftlichen Anreize des Lizenznehmers beseitigt, weiter zu produzieren.<sup>1423</sup> Wenn fremde Dritte eine Preisanpas-

---

inhaltlich mit den Risikoallokationsregeln abgestimmt angewendet werden muss, also die Verteilung der Erträge des immateriellen Werts durch eine etwaige Kaufpreisanpassung in Anwendung des HTVI-Regimes mit den substantiell ausgeübten „wichtigen“ Funktionen und tatsächlich übernommenen Risiken entsprechen muss.

<sup>1418</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.182, sowie OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.29 (dort noch zusätzlich: „... without reserving the right to make future adjustments“).

<sup>1419</sup> Final BEPS Report, Tz. 6.183: „For these purposes, a contingent pricing arrangement is any pricing arrangement in which the quantum or timing of payments is dependent on contingent events, including the achievement of predetermined financial thresholds such as sales or profits, or of predetermined development stages (e.g. royalty or periodic milestone payments).“

<sup>1420</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.183, gegenüber Draft on HTVI, Tz. 3 sowie OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.30.

<sup>1421</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.183, sowie Draft on HTVI, Tz. 3.

<sup>1422</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.184, sowie weitgehend Draft on HTVI, Tz. 4, etwas anders und weniger klar OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.31 („joint understanding“).

<sup>1423</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.184, sowie weitgehend Draft on HTVI, Tz. 4 und OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.31. Das Beispiel zeigt, dass es um wirtschaftliche Rationalität der Nachverhandlung von Preisen geht, nicht etwa um Fälle der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB. Der Verzicht auf (gesetzliche) Ansprüche ist regelmäßig eine fremdunübliche Vermögenszuwendung, die eine Verrechnungspreisanpassung erforderlich macht. Nach § 313 BGB gilt Folgendes: (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem

sungsklausel vereinbart hätten, sollte es auch Finanzbehörden erlaubt sein, den Verrechnungspreis für die Übertragung eines immateriellen Werts auf der Grundlage einer entsprechenden Anpassungsklausel festzusetzen.<sup>1424</sup>

Auf diesen Erwägungen baut Abschnitt D.4. „Hard-to-value intangibles“ des Final BEPS Report auf. Einer Finanzbehörde könne es praktisch schwer fallen festzustellen, welche zukünftigen Ereignisse beim Ansatz des Veräußerungspreises relevant waren und in welchem Ausmaß ihr Eintreten vorhersehbar und kalkulierbar war. Diese Feststellungen erfordern Fachkenntnisse und Einsichten in das wirtschaftliche Umfeld, in dem der immaterielle Wert eingesetzt wird. Aus der Sicht der Unternehmensgruppe können diese Feststellung ferner u.U. allein für Steuerzwecke relevant sein, so dass intern keine erschöpfende Beurteilung dieser Fragen erfolgt.<sup>1425</sup> Praktisch liegt diesen Erwägung eine bereits in der ursprünglichen Fassung des Kapitels VI der OECD-Leitlinien 1995/96 identifizierte Fallkonstellation zugrunde.

„For example, an enterprise may transfer intangibles at an early stage of development to an associated enterprise, set a royalty rate that does not reflect the value of the intangible at the time of the transfer, and later take the position that it was not possible at the time of the transfer to predict the subsequent success of the product with full certainty. The difference between the *ex ante* and *ex post* value of the intangible would therefore be claimed by the taxpayer to be attributable to more favourable developments than anticipated. The general experience of tax administrations in these situations is that they may not have the specific business insights or access to the information to be able to examine the taxpayer's claim and to demonstrate that the difference between the *ex ante* and *ex post* value of the intangible is due to non-arm's length pricing assumptions made by the taxpayer. Instead, tax administrations seeking to examine the taxpayer's claim are largely dependent on the insights and information provided by that taxpayer. These situations associated with information asymmetry between taxpayers and tax administrations can give rise to transfer pricing risk.<sup>1426</sup>”

---

Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.

<sup>1424</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.185, sowie Draft on HTVI, Tz. 5 und OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 6.34.

<sup>1425</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.186, sowie Draft on HTVI, Tz. 6.

<sup>1426</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.186, sowie Draft on HTVI, Tz. 6. Weggefallen ist im Final BEPS Report somit die Sichtweise, Folge sei das Entstehen eines systematischen Verrechnungspreiserisikos, vgl. Draft on HTVI, Tz. 6 a.E.: „... can give rise to a risk of systematic mispricing“. Vgl. demgegenüber die Maßgaben der OECD-Leitlinien 1995/96, die in der Revision von 2010 nicht geändert wurden und den Steuerbehörden die Beweislast auferlegten, a.a.O., Tz. 6.33: „For example, such a[n uncooperative] taxpayer, at an early stage, may transfer intangibles to an associated affiliate, set a royalty rate that does not reflect the subsequently demonstrated value of the intangible for tax or other purposes, and later

In solchen Situationen der Übertragung von immateriellen Werten kann nunmehr die *ex-post*-Ergebnisse („*ex-post* outcomes“) ein Indikator für die Fremdvergleichskonformität der *ex ante* zwischen den verbundenen Unternehmen getroffenen Preisvereinbarung und das Vorhandensein von Unsicherheiten im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses sein.<sup>1427</sup> Bestehen Unterschiede zwischen den *ex-ante*-Projektionen und den *ex-post*-Ereignissen, kann dies ein Indikator dafür sein, dass bei der *ex-ante*-Preisvereinbarung die Unsicherheiten der Geschäftsbeziehung nicht hinreichend sachgerecht berücksichtigt wurden.<sup>1428</sup> Steuerbehörden bedürfen in diesen Fällen eines Verfahrens, das es ihnen ermöglicht festzustellen, ob eine Preisvereinbarung auf einer „sachgerechten“ Beurteilung der Unsicherheiten schwer bewertbarer immaterieller Werte basiert. Dieses Verfahren, das der Abschnitt D.4. „im Einklang mit dem Fremdvergleichsgrundsatz“ entwerfe,<sup>1429</sup> zieht daher *ex-post*-Ergebnisse als Indizienbeweis (i) für das Bestehen von Unsicherheiten zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, (ii) für die Beurteilung, ob der Steuerpflichtige bestehende Unsicherheiten sachgerecht in

---

take the position that it was not possible at the time of the transfer to predict the subsequent success of the product. In such a case, the subsequent success of the product *may prompt a tax administration to inquire* what independent enterprises would have done on the basis of information reasonably available at the time of the transaction. In particular, *consideration should be paid to* whether the associated enterprises intended to and did make projections that independent would have considered adequate, taking into account the reasonably foreseeable developments and in the light of the risk of unforeseeable developments, and whether independent enterprises would have insisted on some additional protections against the risk of high uncertainty in valuation.” (Kursiv hinzugefügt) Diese Maßgaben der OECD-Leitlinien 1995/96 waren dabei ein bewusster Gegenentwurf zum U.S. „Commensurate with income standard“ von 1986, wie sich aus der Darstellung des Zwecks und der Funktionsweise des CWIS durch das U.S. White Paper von 1988 ergibt, a.a.O., S. 47 f.: „The legislative history reflects Congressional concern that, by confining an analysis of an appropriate transfer price to the time a transfer was made, *taxpayers could transfer a high profit potential intangible at an early stage and attempt to justify use of an inappropriate royalty rate by claiming that they did not know that the product would become successful. Accordingly, for these reasons, Congress determined that the actual profit experience should be used in determining the appropriate compensation for the intangible and that periodic adjustments should be made to the compensation to reflect substantial changes in intangible income* as well as changes in the economic activities performed and economic costs and risks borne by the related parties in exploiting the intangibles.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1427</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.187, gegenüber Draft on HTVI, Tz. 7 („*ex post* profit levels“).

<sup>1428</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.187, gegenüber Draft on HTVI, Tz. 7 („*ex post* profit levels“).

<sup>1429</sup> Die ausdrückliche Stellungnahme zur Vereinbarkeit mit dem Fremdvergleichsgrundsatz kann nur bedeuten, dass dies in den Verhandlungen streitig war. Der Draft on HTVI bezeichnete die „Option 1“ als eine „Special measure“, indes ohne damit eine Einschätzung von der Vereinbarkeit dieser Maßnahme mit dem Fremdvergleichsgrundsatz implizieren, vgl. a.a.O., Tz. 6 („At this stage, it is not critical to determine whether a potential measure is on one side or the other of the boundary, but the aim is to consider the effectiveness of the measure.“). Der Final BEPS Report erklärt im Executive Summary demgegenüber, die Verwirklichung des BEPS-Mandats der G20 sei „without the need to develop special measures outside the arm’s length principle“ erreicht worden, a.a.O., S. 12. Entscheidend ist mE, dass die Neuerung durch das HTVI-Regime *nur eine Beweislastregel* ist, die Rechtsfolgen –etwa die Annahmen einer Preisanpassungsklausel, wenn die Bewertungsunsicherheiten unter fremden Dritten dazu veranlasst hätten eine entsprechende Klausel zu vereinbaren, war bereits in Kapitel VI, Abschnitt C.4. OECD-Leitlinien 1995/96 enthalten.

die Preisvereinbarung einbezogen hat und (iii) bei der Beurteilung der Belastbarkeit der Informationen, die der Ermittlung des Verrechnungspreises für die Übertragung des immateriellen Werts zugrundegelegt wurden.<sup>1430</sup> Dieser Indizienbeweis kann durch den Steuerpflichtigen durch bestimmte Gegenbeweise widerlegt werden. Das Verfahren zur Beurteilung der Verrechnungspreise für schwer bewertbare immateriellen Werte sei dadurch keine Verwendung von späterem Wissen („hindsight“), sondern nur ein Feststellungsverfahren, ob im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses bestehende Unsicherheiten eine sachgerechte Berücksichtigung gefunden haben.<sup>1431</sup> Der Anwendungsbereich dieses besonderen Regel-Ausnahme-Verhältnisses wird durch die Definition der HTVI bestimmt. HTVI seien demnach alle:

„[I]ntangibles or rights in intangibles for which, *at the time of the transfer* between associated enterprises, (i) no reliable comparables exist, and (ii) at the time the transaction was entered into, the projections of future cash flows or income expected to be derived from the transferred intangible, or the assumptions used in valuing the intangible are highly uncertain, making it difficult to predict the level of ultimate success of the intangible at the time of the transfer.<sup>1432</sup>“

Geschäftsbeziehungen, die die Übertragung eines immateriellen Werts beinhalten, der als HTVI qualifiziert, könnten insbesondere solche sein, bei denen (i) der immaterielle Wert im Zeitpunkt der Übertragung nur teilweise entwickelt ist, (ii) erst einige Jahre nach der Übertragung eine kommerzielle Nutzung erwarten lässt, (iii) selbst nicht als HTVI qualifiziert, aber wesentlich für den DEMPE-Prozess eines anderen HTVI ist, (iv) der immaterielle Wert eine neurartige kommerzielle Nutzung erlaubt und infolgedessen große Unsicherheiten für die zukünftigen Erträge bestehen, (v) ein als HTVI qualifizierender immaterieller Wert gegen einen Pauschalbetrag übertragen wird oder (vi) ein immaterieller Wert im Zusammenhang mit einem CCA genutzt oder in einem CCA oder einer vergleichbaren Struktur entwickelt wird.<sup>1433</sup> Bei HTVI könne die Informationsasymmetrie zwischen dem Steuerpflichtigen und der Finanzbehörde, einschließlich der Informationen, die in die Verrechnungspreisermittlung einbezogen wurden, akut sein und die Schwierigkeit verstärken, die Fremdüblichkeit der Grundlagen der Verrechnungspreisermittlung („*arm's length basis*“) zu verifizieren.<sup>1434</sup> Der Finanzbehörde sollte es daher erlaubt sein, die *ex-post*-Ergebnisse als Indizienbeweis

---

<sup>1430</sup> Final BEPS Report, Tz. 6.188, im Draft on HTVI nicht enthalten.

<sup>1431</sup> Final BEPS Report, Tz. 6.188, im Draft on HTVI nicht enthalten.

<sup>1432</sup> Final BEPS Report, Tz. 6.189, sowie Draft on HTVI, Tz. 9. Diese Definition zeigt eine Nähe zu den Erwägungen, die für den U.S. Kongress bei der Verabschiedung des CWIS durchgriffen; dazu sogleich.

<sup>1433</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.190, gegenüber Draft on HTVI, Tz. 10.

<sup>1434</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.191, sowie Draft on HTVI, Tz. 11.

der Beurteilung der Angemessenheit der Preisvereinbarung („appropriateness of the ex ante pricing arrangement“) heranzuziehen, indes nur dann, wenn die Verwendung von *ex-post*-Informationen notwendig ist, um die Belastbarkeit der Informationen, auf die die *ex-ante*-Preisvereinbarung gegründet wurde, zu beurteilen. Die zu beurteilende Preisvereinbarung („pricing arrangement“) umfasst auch etwaige Preisanpassungsklauseln, auf die fremde Dritte sich in vergleichbaren Umständen geeinigt hätten.<sup>1435</sup>

Der durch den Zugriff auf *ex-post*-Ergebnisse ermöglichte Indizienbeweis bei der Beurteilung der Fremdüblichkeit der Preisvereinbarung kann durch den Steuerpflichtigen entkräftet werden, wobei der Final BEPS Report die Möglichkeiten zur Entkräftung des Indizienbeweises gegenüber dem Draft on HTVI ausgeweitet hat.<sup>1436</sup> So ist die Führung des Indizienbeweises auf der Grundlage der *ex-post*-Ergebnisse nicht möglich, wenn der (i) Steuerpflichtige detaillierte Angaben zu den zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses für die Preisvereinbarung verwendeten Prognosen macht, einschließlich darüber, wie Risiken in die Berechnung des Preises eingeflossen sind und über die Sachgerechtigkeit der Annahmen über vernünftigerweise vorhersehbaren Ereignissen und anderer Risiken sowie der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts, und – kumulativ – belastbare Beweise darüber erbringt, dass das Abweichen von erwarteten und tatsächlichen Erträgen auf „unvorhersehbare“ Ereignisse zurückzuführen ist, die zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses nicht erwartet werden konnten oder auf die Verwirklichung eines vorhergesehenen Ereignisses zurückzuführen ist, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit nicht wesentlich über- oder unterbewertet wurde.<sup>1437</sup> Der Final BEPS Report senkt somit in zweifache Weise die Hürden dieser Möglichkeit zur Entkräftung des Indizienbeweises gegenüber dem Draft on HTVI. Zum einen durch die Senkung der Beweisqualität,<sup>1438</sup> zum anderen durch die Aufnahme der zweiten Variante des zweiten Nachweiserfordernisses, das nunmehr die auch die Verwendung von vorhersehbaren Ereignissen ermöglicht.<sup>1439</sup>

Neben dieser Erleichterung zur Entkräftung des Indizienbeweises sind in den Final BEPS Report drei weitere Fallgruppen aufgenommen, die die Anwendung des HTVI-

---

<sup>1435</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.192, sowie Draft on HTVI, Tz. 12.

<sup>1436</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.193 f., gegenüber Draft on HTVI, Tz. 13.

<sup>1437</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.193, gegenüber Draft on HTVI, Tz. 13.

<sup>1438</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.193, gegenüber Draft on HTVI, Tz. 13 („full details“) und („satisfactory evidence“)

<sup>1439</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.193 eingefügt: „...or b) the playing out of probability of occurrence of foreseeable outcomes, and that these probabilities were not significantly overestimated or underestimated at the time of the transaction“.

Regimes sperren.<sup>1440</sup> Ist demnach (ii) die Übertragung eines HTVI Gegenstand eines bilateralen oder multilateralen Advance Pricing Agreements (APA) zwischen den Staaten der Parteien der Übertragung, kein der Indizienbeweis nicht geführt werden. Ferner gilt (iii) nunmehr eine *de-minis*-Regel, wenn das unter (i) genannte, wirtschaftlich signifikante Abweichen von erwarteten und tatsächlichen Erträgen nicht zu einer Anpassung des Verrechnungspreises von mehr als 20% führt. Zuletzt ist das HTVI-Regime auch dann gesperrt, wenn (vi) eine Kommerzialisierungsphase von fünf Jahren, seit das HTVI die ersten Erträge aus Drittgeschäften für den Erwerber des HTVI generiert hat, abgelaufen ist und während dieser Zeit die Abweichungen nicht mehr als 20% höher waren als dies im Zeitpunkt der Transfers prognostiziert wurde.<sup>1441</sup> In all diesen Fällen dürfen trotz des Vorliegens einer HTVI-Transaktion keine Verrechnungspreiskorrekturen auf der Grundlage des Indizienbeweises der tatsächlichen *ex-post*-Ergebnisse erfolgen. Kommt das HTVI-Regime zur Anwendung und entsteht dadurch eine Doppelbesteuerung, sollte der Zugang zu einem Verständigungsverfahren („mutual agreement procedure“) möglich gemacht werden.<sup>1442</sup>

### **(3) Hintergrund der Regelung: U.S. „Commensurate with income standard“**

Das Verrechnungspreisrecht der USA enthält in Sec. 482 IRC die Berechtigung zur Anpassung der steuerlichen Buchführung von verbundenen Unternehmen, wenn dies erforderlich ist, um Steuervermeidung entgegenzuwirken und das wahre Einkommen der verbundenen Unternehmen zutreffend abzubilden. Sec. 482, S. 1 IRC lautet:

„In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses.“

Der U.S. IRC enthält somit keine Festlegung auf einen Fremdvergleichsgrundsatz, wird aber von U.S. Finanzministerium seit 1936 durch die Treasury Regulations dementsprechend ausgelegt. Klare Maßgaben dazu, was der Fremdvergleichsgrundsatz

---

<sup>1440</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.193.

<sup>1441</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.193.

<sup>1442</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 6.195, noch nicht im Draft on HTVI enthalten.

inhaltlich bedeutet waren in diesen ersten Regulations indes nicht enthalten;<sup>1443</sup> diese Lücke wurde von der *Johnson Administration* Vorlage der – bereits besprochenen – Treasury Regulations von 1968 geschlossen, die die drei Standardmethoden systematisierten. Diese Standardmethoden basieren auf dem Vorhandensein von Vergleichswerten. In Transaktionen, die „high profit intangibles“ betrafen, ließen sich den Treasury Regulations von 1968 weder klare Maßgaben zur Identifikation von Vergleichswerten treffen noch bestanden in ihrer Abwesenheit klare Maßgaben für die Anwendung „anderer“ Verrechnungspreismethoden, die nicht auf Vergleichswerten basieren.<sup>1444</sup> Der U.S. Kongress reagiert auf diese Situation mit einer Ergänzung der Sec. 482 IRC, um einen Satz 2, der zu periodischen Anpassungen von Verrechnungspreisen für immaterielle Werte berechtigt, aber dessen Auslegung bis heute Streit auslöst:

„In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B) <sup>1445</sup>), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.”

---

<sup>1443</sup> Vgl. m.w.N. zur geschichtlichen Entwicklung *Schler*, *The Arm's-Length Standard After Altera and BEPS*, Special Report, Tax Notes International, Nov. 30, 2015, S. 1149, 1150 ff.

<sup>1444</sup> Vgl. U.S. White Paper 1988, S. 46 f.: „The primary difficulty addressed by the legislation was the selective transfer of high profit intangibles to tax havens. Because these intangibles *are so often unique and are typically not licensed to unrelated parties, it is difficult, if not impossible, to find comparables from which an arm's length transfer price can be derived.* When justifying the compensation paid for such intangibles, however, taxpayers often used comparisons with industry averages, *looked solely at the purportedly limited facts known at the time of the transfer, or did not consider the potential profitability of the transferred intangible* (as demonstrated by post-agreement results). Taxpayers relied on intangibles used in vastly different product and geographic markets, compared short-term and long-term contracts, and drew analogies to transfers where the parties performed entirely different functions in deriving income from the intangible. *Congress determined that the existing regime, which depends heavily upon the use of comparables and provides little clear guidance in the absence of comparables, was not in all cases achieving the statutory goal of reflecting the true taxable income of related parties.* Congress therefore decided that a refocused approach was necessary in the absence of true comparables. *The amount of income derived from a transferred intangible should be the starting point of a section 482 analysis and should be given primary weight.* Further, it is important to analyze the functions performed, and the economic costs and risks assumed by each party to the transaction, *so that the allocation of income from the use of the intangible will be made in accordance with the relative economic contributions and risk taking of the parties.* The application of the functional analysis approach to the actual profit experience from the exploitation of the intangible allocates to the parties profits that are commensurate with intangible income. Looking at the income related to the intangible and splitting it according to relative economic contributions is consistent with what unrelated parties do. The general goal of the commensurate with income standard is, therefore, to ensure that each party earns the income or return from the intangible that an unrelated party would earn in an arm's length transfer of the intangible.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1445</sup> Sec. 936(h)(3)(B) IRC lautet: „Intangible property The term “intangible property” means any— (i) patent, invention, formula, process, design, pattern, or know-how; (ii) copyright, literary, musical, or artistic composition; (iii) trademark, trade name, or brand name; (iv) franchise, license, or contract; (v) method, program, system, procedure, campaign, survey, study, forecast, estimate, customer list, or technical data; or (vi) any similar item, which has substantial value independent of the services of any individual.”

Der U.S. Kongress soll diese Ergänzung als zusätzliche Maßgabe neben Satz 1 der Sec. 482 IRC und nicht notwendigerweise als fremdvergleichskonform verstanden haben.<sup>1446</sup> Folglich war eine Preisanpassung stets vorzunehmen, unabhängig davon, ob der Steuerpflichtige *bona fide* handelte oder die Unsicherheiten seiner Prognosen vorhersehen konnte. Diese Sichtweise folgt zwanglos aus dem Wortlaut der Vorschrift. Das U.S. Treasury und der Internal Revenue Service (IRS) haben im White Paper 1988 – in Reaktion auf die Kritik von Steuerpflichtigen und der Handelspartner der Vereinigten Staaten<sup>1447</sup> – gleichwohl damit begonnen, den CWIS als besondere Anwendungskonstellation des allgemeinen Fremdvergleichsgrundsatzes zu deuten sowie dementsprechende Ausnahmen vom Anwendungsbereich des CWIS zu schaffen, die sich an dem orientieren sollten, was fremde Dritte vorhersehen konnten.

„The legislative history clearly indicates Congressional concern that the arm's length standard as interpreted in case law has failed to allocate to U.S. related parties appropriate amounts of income derived from intangibles. *The amendment is a clarification of prior law.* [...] The legislative history reflects Congressional concern that, by confining an analysis of an appropriate transfer price to the time a transfer was made, taxpayers could transfer a high profit potential intangible at an early stage and attempt to justify use of an inappropriate royalty rate by claiming that they did not know that the product would become successful. Accordingly, for these reasons, Congress determined that the actual profit experience should be used in determining the appropriate compensation for the intangible and that periodic adjustments should be made to the compensation to reflect substantial changes in intangible income as well as changes in the economic activities performed and economic costs and risks borne by the related parties in exploiting the intangibles. As discussed further below, *this is consistent with what unrelated parties would do.*<sup>1448</sup> [...]

The Congressional directive to the Service to make adjustments to intangible returns that reflect the actual profit experience is in part a legislative rejection of *R.T. French v. Comm'r*. That case endorsed the view that a long-term, fixed rate royalty agreement could not be adjusted under section 482 based on subsequent events that were not known to the parties at the original contract date. Thus, underlying the directive is perhaps a view that contractual arrangements between unrelated parties - particularly those involving high profit intangibles - are not entered into on a long term basis without some mechanism for adjusting the arrangement if the profitability of the intangible is significantly higher or lower than anticipated. A very preliminary review of unrelated party licensing agreements ob-

---

<sup>1446</sup> Vgl. m.w.N. Schler, *The Arm's-Length Standard After Altera and BEPS*, Special Report, Tax Notes International, Nov. 30, 2015, S. 1149, 1150, 1152.

<sup>1447</sup> Das White Paper widmet dieser Kritik ein eigenes Kapitel, vgl. a.a.O., Chapter 7 – Compatibility with international transfer pricing standards, S. 56 ff.

<sup>1448</sup> U.S. White Paper 1988, S. 46 ff.

tained from the files of the Securities and Exchange Commission [...],<sup>1449</sup> and other input received to date, seems to support this view. *Indeed, as a matter of long term business strategy, unrelated parties may renegotiate contractual arrangements even absent explicit renegotiation provisions to reflect revised expectations regarding an intangible's profitability.*

Aside from the empirical evidence of what unrelated parties seem to do, *actual profit experience is generally the best indication available, absent comparables, of anticipated profit experience that arm's length parties would have taken into account at the outset of the arrangement.* It is, therefore, perfectly consistent with the arm's length standard to treat related party license agreements generally as renegotiable arrangements and to require periodic adjustments to the transfer price to reflect substantial changes in the income stream attributable to the intangible.

It may also be possible in certain other cases *to exclude subsequent profit experience from consideration under the arm's length standard.* To do so, the taxpayer would need to demonstrate each of the following to avoid an adjustment based on subsequent profit experience:

1. That events had occurred subsequent to the license agreement that caused the unanticipated profitability;
2. That the license contained no provision pursuant to which unrelated parties would have adjusted the license; *and*
3. That unrelated parties would not have included a provision to permit adjustment for the change that caused the unanticipated profitability.<sup>1450</sup>

Dieser Ansatz wurde durch § 1.482-4(f)(2) der U.S. Treasury Regulations 1994 geltendes U.S. Recht. Die OECD-Leitlinien 1995/96, die weitgehend in Reaktion auf diese Treasury Regulations erarbeitet wurden, folgten diesem Ansatz allerdings nicht, sondern formulierten in Kapitel VI, Abschnitt C.4. den – bereits besprochenen – Ansatz, der den tatsächlich erzielten Gewinnen aus der Nutzung eines immateriellen Werts *keine* materiell-rechtlichen oder beweisrechtlichen Wirkungen zuspricht.<sup>1451</sup>

#### **(4) Nationales Recht in Deutschland: § 1 Abs. 3 S. 11 AStG 2008**

Durch Art. 7 Unternehmensteuerreformgesetz 2008<sup>1452</sup> („UntStRefG 2008“) wurde auch in Deutschland eine gesetzliche Möglichkeit für nachträgliche Preisanpassungen

---

<sup>1449</sup> Der Appendix D, der die bei der SEC als “material“ – d.h. „an item about which a prudent investor reasonably ought to be informed“ – gemeldeten Lizenzvereinbarungen untersucht, lässt diesen Schluss mE indes zwingend *nicht* zu. Dort zeigt sich, dass es vor allem von der Verhandlungsstärke, der subjektiven Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Risikobereitschaft der Transaktionsparteien abhängt, ob fixe oder variable Lizenzsätze vereinbart werden, wie diese etwaige Variabilität (degressiv, progressiv) ausgestaltet und was die Bemessungsgrundlage für den Lizenzsatz ist (Gewinn, Umsatz, Stückzahl). Vgl. U.S. White Paper 1988, Appendix D, S. 2-5.

<sup>1450</sup> U.S. White Paper 1988, S. 63 f.

<sup>1451</sup> Vgl. bereits oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.4.

<sup>1452</sup> BGBl. I 2007, 1912.

bei der Übertragung von immateriellen Werten geschaffen. Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestags begründete die Notwendigkeit der Einführung der § 1 Abs. 3 S. 11 f. AStG mit den häufig „erheblichen Unsicherheiten“ bei der Anwendung des hypothetischen Fremdvergleichs „mangels vergleichbarer Fremddaten“.<sup>1453</sup> Insbesondere, wenn wesentliche immaterielle Werte – etwa im Zusammenhang mit Funktionsverlagerungen – übertragen werden, könne sich nachträglich herausstellen, dass „die den Preis bestimmenden Faktoren in erheblichem Umfang falsch eingeschätzt“<sup>1454</sup> wurden. Dies könne erhebliche Folgen für die Verteilung des Steuersubstrats zwischen den Staaten haben. Die Neuregelung sollte der Finanzverwaltung daher die Möglichkeit einräumen, „anzunehmen, dass zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Unsicherheiten bestanden und fremde Dritte Anpassungsregeln in ihren Vereinbarungen getroffen hätten“<sup>1455</sup>. Dem Steuerpflichtigen sollte jedoch die Möglichkeit verbleiben, nachzuweisen, dass fremde Dritte *keine* Anpassungsregeln getroffen hätten. Als „Anpassungsregeln“ sollten dabei auch Lizenzvereinbarungen gelten, die es erlauben, den Lizenzgeber angemessen am wirtschaftlichen Erfolg des Lizenznehmers zu beteiligen. Nach Auffassung des Finanzausschusses entspricht diese Vermutung den OECD-Leitlinien und betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und somit dem Fremdvergleichsgrundsatz.<sup>1456</sup> Fehlen vertragliche Anpassungsregeln, einschließlich einer o.g. Lizenzierung, soll der Finanzverwaltung innerhalb einer Frist von zehn Jahren eine einmalige Berichtigung des Veräußerungspreises erlaubt sein, wenn eine „erhebliche Abweichung“ zwischen dem angesetzten Veräußerungspreis und demjenigen, der unter Berücksichtigung der tatsächlich nach der Funktionsverlagerung eingetretenen Entwicklung anzusetzen gewesen wäre.<sup>1457</sup> Diese Anpassung sei notwendig, um Ergebnisse zu verhindern, die „zu stark vom Fremdvergleichsgrundsatz abweichen“<sup>1458</sup>. Auf der Grundlage dieser Erwägung verabschiedete der Bundestag folgende Fassungen der § 1 Abs. 3 S. 11 und S. 12 AStG i.d.F. UntStRefG 2008:

---

<sup>1453</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödler (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 146.

<sup>1454</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödler (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 146.

<sup>1455</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödler (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 146.

<sup>1456</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödler (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 146.

<sup>1457</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödler (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 147.

<sup>1458</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödler (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 147.

„<sup>11</sup>Sind in den Fällen der Sätze 5 und 9 wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter und Vorteile Gegenstand einer Geschäftsbeziehung und weicht die tatsächliche spätere Gewinnentwicklung erheblich von der Gewinnentwicklung ab, die der Verrechnungspreisbestimmung zugrunde lag, ist *widerlegbar zu vermuten*, dass zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses Unsicherheiten im Hinblick auf die Preisvereinbarung bestanden und unabhängige Dritte eine sachgerechte Anpassungsregelung vereinbart hätten.

<sup>12</sup>Wurde eine solche Regelung nicht vereinbart und tritt innerhalb der ersten zehn Jahre nach Geschäftsabschluss eine erhebliche Abweichung im Sinne des Satzes 11 ein, ist für eine deshalb vorzunehmende Berichtigung nach Absatz 1 Satz 1 *einmalig ein angemessener Anpassungsbetrag* auf den ursprünglichen Verrechnungspreis der Besteuerung des Wirtschaftsjahres zugrunde zu legen, das dem Jahr folgt, in dem die Abweichung eingetreten ist.“

Das BMF hat auf Grundlage des § 1 Abs. 3 S. 13 AStG i.d.F. UntStRefG 2008 mit Zustimmung des Bundesrats diese Maßgaben unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung des Finanzausschusses in §§ 9-11 der Funktionsverlagerungsverordnung (FVerIV) konkretisiert.<sup>1459</sup> Obwohl der Anwendungsbereich der nachträglichen Preis-anpassung nach § 1 Abs. 3 S. 11 f AStG i.d.F. UntStRefG 2008 allgemein durch die Anwendung eines hypothetischen Fremdvergleichs eröffnet ist, scheint die Regel nach der Gesetzesbegründung und der Konkretisierung durch die FVerIV vorrangig auf Funktionsverlagerungen zugeschnitten zu sein. Demnach gelten gemäß § 9 FVerIV als „Anpassungsregelung“ auch Lizenzvereinbarungen, die die zu zahlende Lizenz vom Umsatz oder Gewinn des Lizenznehmers abhängig machen oder für die Höhe der Lizenz der Umsatz und Gewinn berücksichtigen. Eine „erhebliche Abweichung“ liegt gemäß § 10 FVerIV – wie vom Finanzausschuss gefordert<sup>1460</sup> – vor, wenn der unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gewinnentwicklung anzusetzende Verrechnungspreis „außerhalb des ursprünglichen Einigungsbereichs“ liegt. Der unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gewinnentwicklung anzusetzende Verrechnungspreis bildet den Höchstwert des „neuen Einigungsbereichs“. Eine „angemessene Anpassung“ iSd § 1 Abs. 3 S. 12 AStG i.d.F. UntStRefG 2008 ergibt sich gemäß § 11 FVerIV aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem ursprünglichen und dem neu ermittelten Verrechnungspreis“ oder – wenn der neu ermittelte Höchstpreis niedriger als der ursprüngliche Mindestwert iSd § 10 S. 3 FVerIV ist – aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem ursprünglichen Verrechnungspreis und dem Mittelwert zwischen dem neuen

---

<sup>1459</sup> Siehe auch VG-Funktionsverlagerung, 2010, Tz. 2.9 ff., Rn. 135 ff.

<sup>1460</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödter (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 147.

Höchstpreis der übernehmenden Unternehmens und dem ursprünglichen Mindestpreis des verlagernden Unternehmens.

In Bezug auf die Definition der „erheblichen Abweichung“ der tatsächlichen späteren Gewinnentwicklung gemäß § 10 FVerlV werden zwei Bedenken vorgebracht. Erstens wird jede Abweichung vom ursprünglichen Einigungsbereich als „erheblich“ angesehen, wodurch selbst geringfügige Abweichungen innerhalb eines zehn Jahreszeitraums zu nachträglichen Preisanpassungen ermächtigen.<sup>1461</sup> Indes ist rechtsfolgenrechtlich dann auch die Preisanpassung entsprechend geringfügig. Zweitens, wird teilweise befürchtet, die Ermittlung der Ursachen der „erheblichen Abweichung“ beziehe sich nicht deutlich genug auf die in der Gesetzesbegründung des Finanzausschusses identifizierten häufig erheblichen Unsicherheiten immaterieller Werte. Insbesondere könne die Abweichung durch „besondere Anstrengungen des Erwerbers“ zurückzuführen sein, nicht nur auf Unsicherheiten; in diesen Fällen wäre ein fremder Dritte nicht bereit, ein zusätzliches Entgelt zu zahlen, da er sonst „letztlich doppelt zahlen“ würde.<sup>1462</sup> Dieser Einwand ist berechtigt, sollte indes als „Widerlegung“ der Vermutung, dass Unsicherheiten bestanden haben, zugelassen werden und somit – wenn nachweisbar – ohne Rechtsfolgen bleiben. Die steuerliche Korrektur eines Verrechnungspreises für nachträgliche Wertsteigerungen durch die ausgeübten Funktionen, übernommene Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter, insbesondere die getragene Kosten des Erwerbers ist keine zutreffende Abbildung des tatsächlichen Werttransfers im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses, soweit die Hebung der Wertpotentiale des immateriellen Werts nicht den Einigungsbereich zweier ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter zu beeinflussen vermocht hätte. Die tatsächliche Gewinnentwicklung ist dann ein Ergebnis der eigenständigen Wirtschaftstätigkeit des Erwerbers, nicht ein vom Veräußerer transferierter Wert. Diese theoretisch beschreibbare Unterscheidung kann praktisch indes Probleme für den dann beweispflichtigen Steuerpflichtigen auslösen. Diese Beweisprobleme werden erschwert durch die nunmehr deutlich komplizierteren Maßgaben der OECD-Leitlinien zur Durchführung der Risiko- und Funktionsanalyse infolge des Final BEPS Reports. In Hinsicht auf den Final BEPS Report kann sich jedoch ggf. eine Sperrwirkung für § 1 Abs. 3 S. 11 f. AStG aus etwaigen DBA ergeben, wenn die Preisabweichung keine Preisanpassung von mehr als 20% rechtfertigt; eine telelogi-

---

<sup>1461</sup> Vgl. *Greinert* in Schaumburg/Rödger (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 572 f.

<sup>1462</sup> So *Greinert* in Schaumburg/Rödger (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 573.

sche Reduktion der Norm scheidet angesichts des eindeutigen Konkretisierungsauftrages aus. Dabei ist zu beachten, dass sich die Preisanpassung aus der Mittelwertvermutung des § Abs. 3 S. 7 AStG ergibt.

Problematisch ist, wie bereits in der Preisanpassung nach Kapitel VI, Abschnitt C.4. der OECD-Leitlinien 1995/96 angelegt war,<sup>1463</sup> die Gefahr einer impliziten Änderung des Risikoprofils der Geschäftsbeziehung durch die Annahme der Vereinbarung einer Preisanpassungsklausel und die Anpassung des Preises auf dieser Grundlage.<sup>1464</sup> Das Risikoprofil einer Geschäftsbeziehung ergibt sich aus der Risiko- und Funktionsanalyse. Wenn diese bestimmte Risiken erkennen lässt und eine Zuordnung dieses Risikos, die den Substanzanforderungen gerecht wird, durch die Parteien vorliegt, ist diese maßgeblich für die Verrechnungspreisermittlung. Die tatsächlichen Ergebnisse können somit nur dann fremdvergleichskonform im Sinne der OECD-Leitlinien sein, wenn sie allein dafür genutzt wird, um tatsächlich bestehende Unsicherheiten – d.h. Risiken – im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses zu identifizieren, um sie sachgerecht in die Risiko- und Funktionsanalyse einzubeziehen. Jede darüberhinausgehende Annahme davon, was fremde Dritte für Vereinbarungen in Bezug auf die Risikoallokation idealerweise getroffen hätten, bedeutet eine partielle Recharakterisierung der Geschäftsbeziehung, wobei indes zu beachten ist, dass dies durch die Kapitel VI, Abschnitt C.4. der OECD-Leitlinien 1995/96 substantiell international konsensiert wurde und keine laufenden Preisanpassungen – wie etwa die „periodic adjustments“ unter Sec. 482 IRC –, sondern eine einmalige Anpassung des Veräußerungspreises erfolgen soll. Ferner ist auf einer höheren Abstraktionsebene zu beachten, dass diese – ggf. als partielle Recharakterisierung anzusehende Maßgabe – dazu dient, den tatsächlichen Werttransfer sachgerecht darzustellen. Der Finanzausschuss befürchtete andernfalls Ergebnisse, die „zu stark vom Fremdvergleichsgrundsatz abweichen“<sup>1465</sup>. Die Erfassung des tatsächlichen Werttransfers kann somit auch als Ausfluss eines Verrechnungspreissystems, das auf steuerliche Allokation von Erträgen entsprechend der Wertschöpfungstätigkeiten gerichtet ist, angesehen werden, wenn die nachträgliche Preisanpassung dazu dient, durch den Veräußerungspreis – in partieller Durchbrechung des vereinbarten Risikoprofils – die vollständige Entgeltung der tatsächlich erfolgten Wertschöpfung zu errei-

---

<sup>1463</sup> Vgl. zum Problem oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.4.

<sup>1464</sup> Greinert in Schaumburg/Rödter (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 574.

<sup>1465</sup> Vgl. Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, widergegeben in Schaumburg/Rödter (Hrsg.) Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, S. 301; wortgleich BT-Drucks. 220/07, S. 147.

chen. In der Dialektik von Angemessenheits- und Üblichkeitsprüfung des BFH ist die Preisanpassungsklausel dann als Teil der Ermittlung eines „angemessenen“ Entgelts zu sehen, obwohl durchaus Elemente einer Änderung des Risikoprofils bestehen.

### c) Finale Revision des Kapitels VIII

Bestandteil der Action Plan on BEPS Action 8(vi) war die Forderung der G20, die Maßgaben für Umlageverträge zu aktualisieren. In Umsetzung dieser Forderung und von praktisch großer Bedeutung für Transaktionen mit Bezug zu immateriellen Werten wurde durch den Final BEPS Report das Kapitel VIII „Cost Contribution Arrangements (CCAs)“ den inhaltlichen Vorgaben der Kapitel I-III und VI der OECD-Leitlinien i.d.F. des Final BEPS Reports angepasst. Ob ein immaterieller Wert innerhalb eines CCA oder durch eine Vielzahl von Einzeltransaktionen entwickelt wird, soll für die Zuordnung der Erträge aus der kommerziellen Verwertung keinen Unterschied machen.<sup>1466</sup> Dies ist eine radikale Änderung. Bisher konnten CCAs als Quasi-Formularaufteilung entlang der relativen Kostentragung genutzt werden („quasi-formulary sourcing methodology“<sup>1467</sup>).<sup>1468</sup> Die Änderung des Kapitels VIII ist indes nicht nur erforderlich, um eine Gestaltungslücke zu schließen, deren Kosten die vermeintlichen gesamtwirtschaftlichen Kosten übersteigen,<sup>1469</sup> sondern sie ist vor allem auch folgerichtig, da die bisherige Fassung, die sich auf die in der Kostentragung zum Ausdruck kommenden Risikotragung bei der Entwicklung von immateriellen Werten stützte, in einem inneren Zusammenhang mit der allgemeinen Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke durch eine Analyse der Tragung der Entwicklungskosten stand.<sup>1470</sup> Dies wird besonders deutlich in der „Developer-assisters rule“ (DAR) der U.S. Treasury Regulations 1994; die DAR war zwar nur auf die gemeinsame Entwicklungen von immateriellen Werten außerhalb von CCAs anwendbar, verwendete aber ebenfalls eine Gewichtung

---

<sup>1466</sup> Vgl. Final BEPS Report, Summary, S. 161.

<sup>1467</sup> *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable“: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 670.

<sup>1468</sup> Ausf. zum Problem *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable“: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631 ff., *Brauner*, Cost Sharing and the Acrobatics of Arm’s Length Taxation, *Intertax*, 2010, Vol. 38, Issue 11, S. 554 ff., *Benshalom*, Sourcing the “unsourceable“: cost sharing regulations and the sourcing of affiliated intangible-related transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631 ff.

<sup>1469</sup> Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht könnte man CCAs als Investitionsvehikel ansehen, das günstige Rahmenbedingungen für notwendige privatwirtschaftliche Investitionen in F&E ermöglicht.

<sup>1470</sup> Vgl. zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums entlang der Kosten- und Risikotragung bei der Entwicklung von immateriellen Werten unter der OECD-Leitlinien 1995/2010 oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.4.

der jeweils getragenen, relativen Entwicklungskosten zur Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke.<sup>1471</sup>

#### **d) Anpassung des Kapitels IX an den Final BEPS Report und Inkorporation in die revidierten OECD-Leitlinien 2017**

Die Revision der Kapitel I, II, V-VIII durch den Final BEPS Report wurde durch Beschluss C(2015)125/ADD8 vom 1.8.2015 von der OECD Council angenommen und in die neuen OECD-Leitlinien 2017 inkorporiert. Die OECD-Leitlinien 2017 enthalten neben den im Final BEPS Report beschlossenen Änderungen auch „conforming amendments to chapter IX“ auf der Grundlage eines Entwurfs vom 16.04.2016, die vor allem die Maßgaben des Kapitels I, Abschnitt D. zur Risiko- und Funktionsanalyse und das dort formulierte Kontrollerfordernis übernehmen,<sup>1472</sup> um Widersprüche zu vermeiden.<sup>1473</sup> Das Verfahren zur Revision der Maßgaben zur Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode des Kapitels II läuft derzeit noch.

### **6. Die Revision der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode**

#### **a) Einleitung**

Der Action Plan on BEPS forderte die OECD in Aktionspunkt 10(ii) auch dazu auf, die Anwendung der Verrechnungspreismethoden, insbesondere der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode, in globalen Wertschöpfungsketten klarzustellen.<sup>1474</sup> Die Wahl der Verrechnungspreismethode ist zwar dogmatisch ein eigener Rechtsanwendungsschritt und theoretisch von der Identifizierung der „tatsächlichen“ Geschäftsbeziehung klar zu trennen. Praktisch erfolgt aber regelmäßig sowohl die Gestaltung des Risiko- und Funktionsprofils durch die Parteien einer Geschäftsbeziehung in Unternehmensgruppen als auch die Überprüfung der Gestaltungen durch Finanzbehörden und die Verhandlungen innerhalb der OECD/UN bereits in Hinsicht auf die Anwendung bestimmter Verrechnungspreismethoden. Dies wurde insbesondere in Rahmen der Revision der Kapitel I und VI deutlich und herausgestellt.<sup>1475</sup>

---

<sup>1471</sup> Vgl. ausf. oben Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.2.

<sup>1472</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2017, Tz. 9.20.

<sup>1473</sup> Zu Unterschieden zwischen dem Kontrollerfordernis der OECD-Leitlinien 2010 und demjenigen des Final BEPS Report nochmals deutlich unten, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.7.d.

<sup>1474</sup> Vgl. Action Plan on BEPS, Action 10 „... (ii) clarify the application of transfer pricing methods, in particular profit splits, in the context of global value chains“.

<sup>1475</sup> Vgl. etwa BNA Bloomberg, OECD's Hickman: Profit Splits ‚Different Type of Animal‘, 24 Transfer Pricing Report 1108, 07.01.2016 („Bloomberg BNA: From what you are saying it seems to me that

Die theoretische Besonderheit der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode besteht dabei darin, dass sie die einzige Verrechnungspreismethode ist, die eine Allokation des gesamten Gewinns aus der Transaktion, auch des Residualgewinns, der nach Vergütung von Routinefunktionen verbleiben würde, ermöglicht. Alle anderen Verrechnungspreismethoden sind sog. einseitige Verrechnungspreismethoden, d.h. sie prüfen und korrigieren nur das Entgelt einer Partei und das verbleibende Residuum fällt reflexartig der anderen Partei der Geschäftsbeziehung (der sog. „non-tested party“) zu. Wird also durch die zutreffende Identifizierung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung im Wege der Funktionsanalyse die Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode „sachgerecht“, folgt daraus der steuerliche Ausweis des Residualgewinns, der u.a. den konzernspezifischen Organisationsgewinn aus der Internalisierung der Transaktion beinhaltet, bei der anderen Entität. Je geringer dabei die funktionsangemessene Vergütung der Entität ausfällt, die in Anwendung der einseitigen Verrechnungspreismethode vergütet wird, etwa infolge der Befreiung von den operativen Geschäftsrisiken, desto größer ist dieser Residualgewinn der nicht-geprüften Entität.<sup>1476</sup> Das Vermeiden derartiger Verrechnungspreisergebnisse durch die Anwendung der zweiseitigen transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode erkannten die OECD-Leitlinien 1995/2010 als spezifischen Vorteil dieser Methode ausdrücklich an.

„A further strength of the transactional profit split method is that it is *less likely that either party to the controlled transaction will be left with an extreme and improbable profit result*, since both parties to the transaction are evaluated. This aspect can be particularly important when analysing the contributions by the parties *in respect of the intangible property employed* in the controlled transactions. This two-sided approach may also be used to achieve *a division of the profits from economies of scale or other joint efficiencies* that satisfies both the taxpayer and tax administrations.<sup>1477</sup>„

Die praktische Besonderheit der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode besteht darin, dass ihre Anwendung nicht auf unmittelbaren Vergleichswerten basiert, also Verrechnungspreislösungen in Situationen bietet, in denen sich – oft infolge der

---

this work on profit splits will build on the work you finished on Oct. 5 [2015]. *Hickman*: Yes. Very much so. We were looking at profit splits when we were doing the work that we concluded in October [i.e. the Final BEPS Report]. And we think that the fundamental principles that we have set out in Chapters 1 and 6 are correct. We are hoping that they will stand the test of time. So, the profit split work does very much build on those principles.”

<sup>1476</sup> Vgl. a. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.10.

<sup>1477</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.7 und 2010, Tz. 2.113. (Kursiv hinzugefügt) Die OECD-Leitlinien begeben sich durch die Feststellung des „Vorteils“ der Gewinnaufteilungsmethode, die „joint efficiencies“ zwischen der Parteien zu verteilen, in einen gewissen Widerspruch zu dem engen Verständnis des „separate entity approaches“, demzufolge die Parteien grade nicht als Bestandteile eine einheitlichen Wertschöpfung anzusehen sein sollen, vgl. insb. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.6.

organisatorischen Besonderheiten der konkreten Geschäftsbeziehung – keine Vergleichswerte ermitteln lassen, insbesondere bei stark integrierten Wertschöpfungsketten bzw. der gemeinsamen Entwicklung oder Nutzung von immateriellen Werten.

Infolge dieser besonderen Wirkungsweise wird seit längerem eine Ausweitung der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode, die anfangs nur in Ausnahmefällen sachgerecht sein sollte, diskutiert. Nach Einführung der Gewinnmethoden im Jahr 1995 durch die Revision der OECD-Leitlinien 1979 betraf dies zunächst ab 1997 die der Gewinnverteilung in der Finanzindustrie.<sup>1478</sup> Durch die starke Integration der verschiedenen Funktionen im „global trading“ konnten Vergleichswerte selten identifiziert werden,<sup>1479</sup> eine Situation in der die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode auf der Grundlage einer Funktionsanalyse angewendet werden sollte.<sup>1480</sup> Bei dieser Funktionsanalyse und bei der Zerlegung der Gewinne wurden dabei erstmals erwogen, die wichtigen Personalfunktionen („key personell“<sup>1481</sup>) zu berücksichtigen, ein Ansatz, den das OECD CFA 2001 als „Working Hypothesis“ (WH) in die allgemeine Betriebsstättengewinnallokation übernehmen sollte.<sup>1482</sup> Die Gewinnzuordnung in der Finanzindustrie wurde dabei bereits 1998 innerhalb der OECD als erster Schritt weiterer erforderlicher Klarstellungen der OECD-Leitlinien 1995 für andere moderne Industriesegmente gesehen, insbesondere für die einsetzende Diskussion um die Besteuerung des E-Commerce.<sup>1483</sup> Ab 1998 erarbeitete die

---

<sup>1478</sup> Vgl. OECD, *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments: A Discussion Draft*, OCDE/GD(97)29, 1997 (Global Trading Draft 1997); sowie OECD, *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments, Final Report*, 1998, abrufbar unter: [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-taxation-of-global-trading-of-financial-instruments\\_9789264162495-en#.WYbd6bZpyJI](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-taxation-of-global-trading-of-financial-instruments_9789264162495-en#.WYbd6bZpyJI) (OECD Global Trading 1998). Siehe auch *Neighbour*, Head of Transfer Pricing and Financial Transactions Unit, OECD Fiscal Affairs, OECD Documents: *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*, 1998, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/2090324.pdf>.

<sup>1479</sup> Zu den Besonderheiten des „global trading“ vgl. OECD Global Trading 1998, Tz. 104 ff.

<sup>1480</sup> Vgl. *Neighbour*, OECD Documents: *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*, S. 4: „It has been the experience of some countries that the circumstances of global trading in the controlled situations differs so much from that found between independent parties, for example in the degree of integration between functions, that it has not been possible to make reasonably accurate adjustments to account for those differences. Consequently, profit split methods have had to be applied.”

<sup>1481</sup> Vgl. OECD Global Trading 1998, Tz. 173 ff., aber auch die Einordnung von *Neighbour*, OECD Documents: *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*, S. 4: „The discussion on the factors involving the personnel of the firm (“people factors”) has been revised to take into account developments in the market and the concerns that the correlation between earnings of key personnel and profit earned for the financial firm may not be as strong as previously thought.”

<sup>1482</sup> Zur Entwicklungsgeschichte des AOA bereits oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.a.

<sup>1483</sup> Vgl. *Neighbour*, OECD Documents: *The Taxation of Global Trading of Financial Instruments*, S. 5: „[M]any of the difficult issues discussed, such as how to cope with the global integration of functions and co-operation between different locations, are not confined to the global trading sector. Many of these issues are of general relevance to the consideration of transfer pricing issues arising from electronic commerce.”

OECD parallel die erforderlichen Klarstellungen der Besteuerung von E-Commerce und der allgemeinen Betriebsstättengewinnallokation.<sup>1484</sup> Eine Besonderheit E-Commerce war dabei die operative Bedeutung immaterieller Werte, wodurch dieser Bericht erstmals die Ideen von ausgeübten Personalfunktionen, der Zuordnung wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten, Tragung von Entwicklungsrisiken und der entsprechenden Gewinnverteilung im Sinne einer „Berechtigung“ zum steuerlichen Ausweis der Gewinne zusammenbringt; indes noch in der Weise, die den Maßgaben der OECD-Leitlinien 1995 an die Funktionsanalyse entspricht, insbesondere in Hinsicht auf das wirtschaftliche Eigentum an immateriellen Werten und der Bedeutung der abgeschlossenen Verträge bei der Übernahme von operativen Risiken.

„Given the importance of intangible assets in the earning of profits from e-commerce activities, it is also be *essential to determine which part of the enterprise economically “owns” or has created the intangible assets used by the permanent establishment.* In the context of the stand-alone computer server (and the multiple server variation), the functional and *factual analysis is likely to show that the permanent establishment is performing only routine functions and is reliant on other parts of the enterprise to provide the intangible assets necessary for it to perform most, if not all, of those functions.* Accordingly, the activities of the permanent establishment are very unlikely to warrant it being attributed with a substantial share of the profit associated with the distribution activities of the enterprise conducted through the server. Further, it is suggested that the nature of this type of server-permanent establishment, *especially its lack of personnel,* is likely to mean that tasks performed by the server would likely be conducted under a “contract service provider” arrangement that would leave all substantial assets and risks with the head office and attribute to the permanent establishment the profits associated with the physical operation of the computer server. Under an alternative interpretation of the arrangement, whereby the permanent establishment is considered to be instead an “independent service provider”, the conclusion would be similar, given the need for the permanent establishment to recognise, *in computing profit, the arm’s length value of the tangible and intangible property that it uses and that were contributed to it by other parts of the enterprise.* Where personnel are present in the permanent establishment to perform maintenance and online services tasks, the quantum of the profit attributable to the permanent establishment would be commensurate with what independent service providers would be expected to earn in a similar situation. Finally, the last variation (in-house development of server and web site) is likely to produce a more substantial attribution of profit to the permanent establishment, *as it assumes sufficient development risks to be considered as the economic owner of the intangible property devel-*

---

<sup>1484</sup> OECD, Attribution of Profit to a Permanent Establishment involved in Electronic Commerce Transactions, A Discussion Paper from the Technical Advisory Group on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits, Februar 2001, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/1923312.pdf>; sowie OECD, Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2001, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/1923028.pdf>.

oped to operate the server and the web site and, therefore, is entitled to the profit associated with the exploitation of such property. [...]

It is not sufficient, for purposes of attributing profit to [a] permanent establishment, to determine which intangible assets are used by it. *One needs to determine which part of the enterprise is entitled to the benefits associated with the use of the intangibles by the permanent establishment. The reward associated with an intangible property does not necessarily accrue to the part of the enterprise making use of it, but rather to the part of the enterprise that developed or otherwise contributed the intangible.*<sup>1485</sup>

Die dogmatische Bedeutung dieser beiden Berichte ergab sich aus dem Ausnahmecharakter, der der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode in den OECD-Leitlinien 1995 noch zukam. Gewinnaufteilungen seien nur höchst selten („rarely if ever“) eine „auferlegte oder vereinbarte Bedingung“ in Geschäftsbeziehungen unter fremden Dritten.<sup>1486</sup> Nur dann, wenn die Komplexität des konkreten Sachverhalts die Anwendung einer Standardmethode trotz Befolgung aller Hinweise praktisch nicht möglich ist, konnte in Ausnahmefällen („exceptional cases“) die Anwendung einer Gewinnmethode erwogen werden, um die Fremdüblichkeit eines Verrechnungspreises zu überprüfen.<sup>1487</sup> Wie der OECD E-Commerce Report von 2001 jedoch zu erkennen gab, trat dieser „Ausnahmefall“ durch die kommerzielle Nutzung von immateriellen Werten immer öfter auf. Folglich wurde die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode immer häufiger erwogen, um sachgerechte Verrechnungspreisergebnisse zu erzielen.<sup>1488</sup> Ab 2006 formalisierte das OECD CFA diese Bestrebungen in einem eigenständigen Revisionsverfahren, das den Ausnahmecharakter der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode beseitigen und ein größeres Ge-

---

<sup>1485</sup> OECD E-Commerce Draft 2001, Tz. 8 f., 51. Siehe zur quasi-maßgeblichen Bedeutung abgeschlossener Verträge, a.a.O., Tz. 38: „Under the WH, a “dealing” will be recognised, for the purpose of attributing profit, where it relates to a real and identifiable event (e.g. the physical transfer of stock in trade, the provision of services, the use of an intangible asset, a change in which part of the enterprise is using a capital asset, the transfer of a financial asset, etc.). A functional analysis should be used to determine whether such an event has occurred and should be taken into account as an inter-branch dealing of economic significance. *This will require the determination of whether there has been any economically significant transfer of risks, responsibilities and benefits as a result of the “dealing”.* In transactions between independent enterprises, the determination of the transfer of risks, responsibilities and benefits *would normally require an analysis of the contractual terms of the transaction*, following the guidance on contractual terms found in paragraphs 1.28 and 1.29 of the Guidelines. This guidance should be applied by analogy in the permanent establishment context.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1486</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.2.

<sup>1487</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.2.

<sup>1488</sup> Vgl. u.a. *Markham*, Transfer Pricing Of Intangible Assets In The US, The OECD And Australia: Are Profit-Split Methodologies The Way Forward?, University of Western Sydney Law Review 56, 2004, 8(1).

wicht auf die Stärken und Schwächen der jeweiligen Methoden legen sollte.<sup>1489</sup> Die Stärke der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode wurde in den Verhandlungen um die Revision der OECD-Leitlinien 1995 darin gesehen,

„to be the most reliable method in cases where there are significant non-benchmarkable contributions (e.g. unique intangible assets) by each party to a controlled transaction, as in such cases there might be no or insufficiently reliable comparable data to apply a traditional transaction method or a transactional net margin method and because in such cases the use of a one-sided method might not be appropriate.“<sup>1490</sup>

Die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode setzt seither nach Kapitel II der OECD-Leitlinien 2010 voraus, dass diese die „most appropriate method“ für den konkreten Einzelfall darstellt.<sup>1491</sup> Anders als § 1 Abs. 3 AStG basieren die OECD-Leitlinien 2010 also nicht auf einer formalen Methodenhierarchie. Vielmehr habe die Wahl der „sachgerechtesten“ Verrechnungspreismethode die jeweiligen Stärken und Schwächen der Methoden zu berücksichtigen, das Wesen der Geschäftsbeziehung, die Verfügbarkeit von Informationen und das Maß der Vergleichbarkeit zwischen der kontrollierten Transaktion und denen fremder Dritter.<sup>1492</sup> Allerdings wird den Standardmethoden weiterhin ein allgemeiner Vorrang vor den Gewinnmethoden und innerhalb der Standardmethoden der Preisvergleichsmethode der Vorrang eingeräumt,<sup>1493</sup> so dass praktisch keine erkennbaren Unterschiede zur formalen Methodenhierarchie des § 1 Abs. 3 AStG, die i.Ü. nicht zwischen den Gewinnmethoden differenziert, bestehen.<sup>1494</sup> Die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode wird in den OECD-Leitlinien 2010 gegenüber den einseitigen Verrechnungspreismethoden als besonders geeignet für Fälle angesehen, in denen (i) „highly integrated operations“ vorliegen, für welche die Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode nicht sachgerecht wäre, oder (ii) wenn beide Parteien der Geschäftsbeziehung „unique and valuable contributions“ erbringen oder stark integrierte Aktivitäten vorliegen.<sup>1495</sup> Auch wenn sich somit begrifflich zwei Anwendungskategorien trennen lassen, ist auch

---

<sup>1489</sup> Vgl. ausf. OECD Transactional Profit Methods, Discussion Draft, 25.01.2008.

<sup>1490</sup> OECD Restructuring Draft 2008, Tz. 129. (Kursiv hinzugefügt) Vgl. a. OECD Transactional Profit Methods, Discussion Draft Tz. 51: „The phrase “unique contributions” is used throughout this document to designate non-benchmarkable functions, assets or risks for which no sufficiently reliable comparable data are available.“

<sup>1491</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.1 ff.

<sup>1492</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.2.

<sup>1493</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.3.

<sup>1494</sup> Vgl. a. VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.10.3.

<sup>1495</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.4. sowie ausf. Tz. 2.108 ff.

die erste Kategorie der „highly integrated operations“ gerade dadurch qualifiziert, dass die Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode „nicht sachgerecht“ wäre.<sup>1496</sup> Nicht allein das faktische Zusammenwirken, sondern der besondere Gehalt der ausgeübten Funktionen unter Berücksichtigung der eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommen Risiken entscheidet darüber, ob die Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode „sachgerecht“ wäre. Die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode wird also praktisch regelmäßig von der Feststellung von „unique and valuable contributions“ der Parteien abhängen, insbesondere also von der Einbringung von immateriellen Werten in die Geschäftsbeziehung;<sup>1497</sup> gerade die „unique and valuable contributions“ der Parteien werden das Fehlen von Vergleichswerten zur Anwendung einseitiger Verrechnungspreismethoden begründen.<sup>1498</sup>

Rechtshistorisch geht dieser Ansatz zurück auf das U.S. White Paper 1988, das anhand des operativen Einsatzes von immateriellen Werten auf der Grundlage der “zero profit theory” die Gewinnaufteilungsmethode entwickelte und dadurch die theoretische Basis der Allokation des Residualgewinns an den Eigentümer von immateriellen Werte lieferte.<sup>1499</sup> Problematisch an diesem Ansatz, der OECD-Leitlinien 2010 war nun insbesondere (i) die Zuordnung des (residualen) Organisationsgewinns an den oder die wirtschaftlichen Eigentümer immaterieller Werte, also die regelmäßige Gleichsetzung von wirtschaftlichem Eigentum an immateriellen Werten und Residualgewinnberechtigung,<sup>1500</sup> wobei besonders ins Gewicht fiel, dass (ii) die Faktoren, die über die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums entschieden, weitgehend vertraglich gestaltbar waren. Diese Funktionsweise des Verrechnungspreismethodenwahl setzt für eine Aufteilung des Residualgewinns daher regelmäßig voraus, dass (iii) beide Parteien wirtschaftliche Eigentümer immaterieller Werte sind und diese in die Geschäftsbeziehung einbringen; wird in der Geschäftsbeziehung indes nur ein immaterieller Wert entwickelt oder genutzt, schied die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode trotz der offenen Definition von „valuable and unique contributions“ regelmäßig mit der Folge aus, dass der Residualgewinn nach Vergütung der vertraglichen Routinefunktionen der Transaktionen „unverteilt“ blieb.

---

<sup>1496</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1497</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1498</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1499</sup> Vgl. zum U.S. White Paper 1988 aus. er oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1.

<sup>1500</sup> Vgl. a. *Lebowitz*, Dark Matter and Gray Matter in Transfer Pricing, Tax Notes, Doc 2014-5960.

## **b) Diskussionsentwürfe zur Revision des Kapitels II OECD-Leitlinien 2010**

Bestandteil des BEPS-Projekts, insbesondere der Revisionen der Kapitel I und VI der OECD-Leitlinien 2010, war daher die „Klarstellung“ der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode in globalen Wertschöpfungsketten. Infolge der Ganzheitlichkeit der Verrechnungspreisanalyse sind die Revisionen der Kapitel I und VI, die vordergründig vor allem die Funktionsanalyse betreffen, weder theoretisch noch praktisch vollständig verständlich ohne die Revision des Kapitels II zu betrachten.<sup>1501</sup> Schlüsselbegriff der OECD-Leitlinien 2010 zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Gewinnaufteilungsmethode war die Feststellung von „unique and valuable contributions“<sup>1502</sup> beider Parteien der Geschäftsbeziehung durch die Funktionsanalyse.<sup>1503</sup> Die OECD Working Party No. 6 hat bislang drei Diskussionsentwürfe zur Klarstellung der Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode vorgelegt.<sup>1504</sup>

### **aa) Der Diskussionsentwurf vom 16.12.2014**

Am 16.12.2014 legte die OECD Working Party No. 6 den ersten Diskussionsentwurf vor. Dieser Diskussionsentwurf enthält noch keinen textlichen Vorschlag für eine Revision des Kapitels II, sondern nur neun „Szenarien“ zur Veranschaulichung von Themenschwerpunkten vorstellte, um von der Öffentlichkeit praktische Erfahrungen zu und Einsichten in „best practices“ bei der Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode und Anregungen für konkrete Änderungen der OECD-Leitlinien 2010 zu gewinnen.<sup>1505</sup> Dieser Diskussionsentwurf muss im Zusammenhang mit dem Discussion Draft on Risks, der zeitgleich von der OECD Working Party No. 6 vorgelegt wurde und die Funktionsanalyse, auf der die Wahl der „most appropriate method“ beruht, neu

---

<sup>1501</sup> Vgl. Final BEPS Report, Scope of Work for Guidance on the Transactional Profit Split Method, S. 55 ff., Part I, Tz. 4 f. sowie Tz. 12: „The over-arching objective of the BEPS Actions 8-10 is to ensure that transfer pricing outcomes are in line with economic value creation. Such an objective is achieved by accurately delineating the actual transaction *and* pricing it in accordance with the most appropriate method.“ (Kursiv und fett hinzugefügt)

<sup>1502</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1503</sup> Dies entspricht der Qualifikation als *Strategieträger* iSd der VG-Verfahren 2005, Tz. 3.4.10.2.

<sup>1504</sup> In dieser Bearbeitung erfolgt nur eine ausführliche Betrachtung der Maßgaben zur *Eröffnung* des Anwendungsbereichs und der Rolle immaterieller Werte bzw. der DEMPE-Funktionen und –Risiken bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs, da die grundsätzliche Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode das *dogmatische* Kernproblem darstellt und über die internationale Allokation der Erträge aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise entscheidet. Innerhalb der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode setzten sich die bei der Eröffnung des Anwendungsbereichs durchschlagenden Erwägungen fort.

<sup>1505</sup> Vgl. OECD, Public Discussion Draft, BEPS Action 10: Discussion Draft on the Use of Profit Splits in the Context of Global Value Chains, 16.12.2014 („Draft on Profit Splits 2014“), Tz. 1.

strukturierte,<sup>1506</sup> sowie dem im BEPS Deliverable 2014 verkörperten Fortschritt in Bezug auf die Behandlung immaterieller Wert, gelesen werden.

Der Diskussionsentwurf geht daher im Ausgangspunkt davon aus, dass der Fremdvergleichsgrundsatz die zutreffende Darstellung der tatsächlichen Transaktion im Gesamtkontext der Aktivitäten der Unternehmensgruppe („accurate delineation of the actual transaction“) und auf dieser Grundlage die Anwendung der „most appropriate method“ in konkreten Einzelfall erfordert.<sup>1507</sup> Allein die Verteilung von unternehmerischen Aktivitäten auf verschiedene Enitäten und Staaten rechtfertigt zwar nicht die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1508</sup> Gleichwohl zeigen die Ausführungen zu „value chains“ in Vorbereitung des Szenario 1 bei näherer Betrachtung eine grundsätzliche Perspektive auf die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes in globalen Wertschöpfungsketten, die auf eine tendenzielle Ausweitung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode hindeutet. Demnach werfen globale Wertschöpfungsketten die Frage auf, ob diese eine größere Bedeutung der Funktionsanalyse („greater reliance on functional analysis“) erforderlich machen; die Funktionsanalyse könne dann ergeben, dass die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode sachgerecht („appropriate“) ist.<sup>1509</sup> Ferner könnten einseitige Verrechnungspreismethoden an Verlässlichkeit verlieren, wenn Schlüsselfunktionen und Risiken tatsächlich geteilt („effective sharing of key functions and risks“) werden; einseitige Verrechnungspreismethoden könnten in diesen Fällen nicht verlässlich die Interdependenzen der Schlüsselfunktionen und Risiken oder die Synergien und Vorteile der Integration abbilden. Dies könnte die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zu einem sachgerechten Mittel („appropriate means“) der Erzeugung von fremdvergleichskonformen Ergebnissen machen.<sup>1510</sup> Gelockert schien somit zum einen die Maßgabe, die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode müsste „most appropriate“ im Sinne der OECD-Leitlinien 2010 sein. Zum anderen schien der Bezug auf das „tatsächliche“ Teilen von Risiken und Funktionen – insbesondere eingedenk

---

<sup>1506</sup> Vgl. zum Discussion Draft on Risks oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.4. Zum Zusammenhang der Entwürfe siehe auch Draft on Profit Splits, Tz. 2 und Fn. 1.

<sup>1507</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 2 f. und 6.

<sup>1508</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 6.

<sup>1509</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 5.

<sup>1510</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 7.

des Discussion Draft on Risks<sup>1511</sup> – gegenüber einem „rechtlichen“ Aufteilen von wichtigen Risiken und Funktionen auf eine Ausweitung der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode hinauszulaufen; das tatsächliche Teilen von Schlüsselfunktionen und Risiken ist nicht notwendigerweise gleichbedeutend mit einer der zwei Anwendungskategorien der Gewinnaufteilungsmethode unter den OECD-Leitlinien 2010.<sup>1512</sup> Damit stellt der Draft on Profit Splits 2014 implizit die Frage, ob nicht die Internalisierung von Geschäftsbeziehungen, die unter fremden Dritten nicht in vergleichbarer Weise erfolgen, zur tendenziellen Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode führen sollte, schlicht weil durch diese Integration von Funktionen Mehrgewinne realisiert werden können.<sup>1513</sup> Vielfach wurde daher die Sorge geäußert, diese Rahmensetzung durch die OECD Working Party No. 6 im Draft on Profit Splits 2014 indiziere – in Verbindung mit dem Country-by-Country Reporting – durch die Erwähnung einer auf drei Faktoren basierenden Gewinnaufteilung die schleichende Tendenz in Richtung einer globalen Formularaufteilung.<sup>1514</sup>

Neben diesen Hinweisen durch die grundsätzliche Perspektive der OECD Working Party No. 6 zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes in globalen Wertschöpfungsketten zeigen die einzelnen „Szenarien“ die Tendenz, die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode vorrangig auf das bloße Fehlen von Vergleichswerten infolge der „tatsächlichen“ Integration von Funktionen und Risiken zu beziehen und nicht immer deutlich die Befunde der Funktionsanalyse bei der Feststellung, welche Verrechnungspreismethode im Einzelfall infolge des konkreten Funktionsprofils der Entitäten „most appropriate“ ist, durchgreifen zu lassen.<sup>1515</sup> Dies ferner

---

<sup>1511</sup> Zum System des Discussion Draft on Risks ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.4..

<sup>1512</sup> Vgl. u.a. die Stellungnahme der Treaty Policy Working Group (TPWG) zum Draft on Profit Splits, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/public-comments-action-10-profit-splits-global-value-chains.pdf>, S. 465, 474, sowie der Silicon Valley Tax Directors (SVTDG), a.a.O., S. 377, 388 f.

<sup>1513</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 7: „[T]here seems to be some experience of using transactional profit splits to address challenges posed by specific *features of global value chains*, in a way that *one-sided transfer pricing methods may be less well equipped to do*. In particular, where there is significant integration involving parties to a specific transaction or transactions within that value chain, for example in the effective sharing of key functions and risks, the reliability of one-sided methods may be reduced. *One-sided methods may not be able to account reliably for the interdependence of the key functions and risks, or for the synergies and benefits created by such integration. In such cases transactional profit split methods may be an appropriate means of determining an arm's length outcome, which takes into account the specific contributions of the parties to value creation.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1514</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 37; sowie zahlreiche Stellungnahmen zum Draft on Profit Splits, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/public-comments-action-10-profit-splits-global-value-chains.pdf>.

<sup>1515</sup> Vgl. zu den einzelnen Szenarien etwa die Stellungnahme der der Silicon Valley Tax Directors (SVTDG) zum Draft on Profit Splits, a.a.O., S. 377, 395 ff., die in *keiner* der genannten Konstellationen

eingedenk der im Discussion Draft on Risks enthaltenen Maßgaben für die Durchführung der Risiko- und Funktionsanalyse, die ein extensives Konzept „tatsächlicher“ Risikotragung durch Kontrolle über unternehmerische Aktivitäten entwerfen.<sup>1516</sup>

Im *Szenario 1* werden drei sog. „Original Equipment Manufacturing“ (OEM) Entitäten parallel von der Unternehmensgruppe eingesetzt, um vergleichbare Aufgaben nebeneinander für verschiedene Regionen auszuüben (d.h. horizontale Integration). Die OEMs haben ein gemeinsames Leadership Board eingerichtet, das Entscheidungen für das Gesamtunternehmen trifft.<sup>1517</sup> Ferner beziehen die OEMs von vor- und nachgeschalteten Entitäten abgrenzbare Einzelleistungen (d.h. forward- bzw. backward-vertikale Integration). Dadurch wird sachverhaltlich „an effective pooling of entrepreneurial functions and risks“<sup>1518</sup> zwischen den OEMs angenommen, dieses „pooling“ aber weder durch eine sorgfältige Funktionsanalyse belegt, noch erläutert, in welcher Weise ein „effective pooling“ ausreicht, um den Anwendungsbereich der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zu eröffnen. Nach *Szenario 1* sei die Alternative, für jede Einzeltransaktion trotz ihrer wirtschaftlichen Verwobenheit einen gesonderten Verrechnungspreis zu ermitteln, infolge der starken Interdependenz möglicherweise schlicht schwer („may be difficult“).<sup>1519</sup> Dogmatisch interessant an *Szenario 1* ist die angedeutete typologische Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Integrationsverhältnissen bei der Beurteilung von funktionalen Interdependenzen.<sup>1520</sup>

Das *Szenario 2*, das sich sog. einem „Multisided Business Model“ (MBM) widmet, zeigt dieselbe sachverhaltliche Unklarheit in Bezug auf die spezifischen ausgeübten Funktionen und übernommenen Risiken, die die Anwendungsbereich der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode durch „unique and valuable contributions“<sup>1521</sup> rechtfertigen würden.<sup>1522</sup> Das MBM des Konzerns ist das eines verkehrstypi-

---

ausreichend Hinweise für „unique and valuable contributions“ aller Entitäten, welche die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode rechtfertigt, aus dem sachverhaltlichen Funktionsprofil der Entitäten erkennen.

<sup>1516</sup> Vgl. dazu ausf. oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.4.

<sup>1517</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 11: „It has an over-arching Leadership Board, on which all three OEMs are represented, and which takes decisions for the business as a whole (e.g. what new products are developed, where they are developed, where they will be built, what plant investment is to be made, strategic marketing, etc.)”

<sup>1518</sup> Draft on Profit Splits, Tz. 11.

<sup>1519</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 11.

<sup>1520</sup> Vgl. typologischen Unterschieden der verschiedenen Formen der Integration *Richard Caves, Multi-national Enterprise and Economic Analysis*, 200, S. 1-28.

<sup>1521</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1522</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 13 ff.

schen E-Mail-Dienstes, bei dem kostenlose Dienste zur Sammlung von Daten genutzt werden, die anschließend zu Werbezwecken eingesetzt werden. Lokale Tochtergesellschaften passen diese Dienste an lokale Gegebenheiten an (Sprache, regulatorische Erfordernisse usw.) und „erzeugen Nachfrage“.<sup>1523</sup> Dabei bleibt unklar, worin etwaige „entrepreneurial functions and risks“ der Tochtergesellschaften bestehen können oder welche konkreten (lokalen) immateriellen Werte sie entwickelt und eingesetzt haben könnten. Dennoch fragt der Draft on Profit Splits, ob die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode hier „angemessene Ergebnisse“ erzeugen kann.<sup>1524</sup>

Das *Szenario 3* betrifft immerhin im Ansatz unmittelbar die Beurteilung möglicher „unique and valuable contributions“<sup>1525</sup> beider Parteien der Geschäftsbeziehung.<sup>1526</sup> Diese werden zwar weder näher definiert noch die Arbeitsdefinition des Revisionsverfahrens von 2006-2010 aufgegriffen.<sup>1527</sup> Indes soll das Szenario 3 eine Situation beschreiben, in der beide Parteien „arguably do provide highly valuable functions which are an important and substantial source of value creation and competitive advantage for the MNE group’s business“<sup>1528</sup>, wodurch eine sehr weite Definition suggeriert wird. Entsprechend dieser weiten Beschreibung soll in Szenario 3 eine Tochtergesellschaft, die zwar vielfältige lokale Vertriebstätigkeiten ausübt,<sup>1529</sup> aber sachverhätlich weder immaterielle Werte besitzt, entwickelt und/oder einsetzt noch operative Risiken übernimmt und/oder kontrolliert, wesentlich zur Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmensgruppe beitragen und daher nicht nur Routinefunktionen ausüben.

Das *Szenario 4* betrifft Sachverhalte, in denen eine hohe Integration von Funktionen vorliegt, wodurch einseitige Verrechnungspreismethoden „nicht sachgerecht“ sein

---

<sup>1523</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 16: „In addition, they generate demand for and adapt advertising services.”

<sup>1524</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Question 5.

<sup>1525</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1526</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 17 ff.

<sup>1527</sup> Vgl. OECD Transactional Profit Methods, Discussion Draft, 2008, Tz. 51: „The phrase “unique contributions” is used throughout this document to designate non-benchmarkable functions, assets or risks for which no sufficiently reliable comparable data are available.”

<sup>1528</sup> Draft on Profit Splits, Tz. 19. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1529</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 21: „Company S is responsible for sales of the equipment and undertakes marketing activities. Due to the nature of its business, this entails developing very close relationships with customers, including providing on-site services (often in remote locations), carrying an extensive stock of spare parts, and a highly proactive maintenance programme to detect likely problems before they arise. Company S also provides extensive advice to customers on equipment choice, makes modifications for particular local conditions, and for maximising performance efficiency and effectiveness.”

können.<sup>1530</sup> Liegt ein hoher Grad an Integration vor, könne eine gemeinsame Kontrolle strategischer Risiken anzunehmen sein. Dies könne eine starke Interdependenz zwischen den „wichtigen“ Funktionen und Risiken der Entitäten auslösen. Sachverhaltlich setzt *Szenario 4* zwei Auftragsforschungsverhältnisse voraus, bei denen die Forschungsentitäten ihre jeweiligen Aktivitäten selbst ausüben und kontrollieren. Die Erträge aus dem Absatz der Endprodukte fallen bei der Muttergesellschaft an, aber zwischen den Beteiligten sei vertraglich eine Gewinnaufteilung vereinbart. Nicht näher dargestellt wird das konkrete Risiko- und Funktionsprofil der Beteiligten. Zusätzlich erwägt der Draft on Profit Splits die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode auch in der umgekehrten Situation fragmentierter Unternehmensfunktionen: Die Fragmentierung und Spezialisierung von Funktionen könne die Suche nach Vergleichswerten erschweren; zusätzlich könnten Vergleichswerte teils gar nicht die Interdependenzen der Funktionen abbilden, die aus der Fragmentierung erwachsen. Dann könne die Verwendung von Vergleichswerten durch die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode „unterstützt“ werden.<sup>1531</sup>

Das *Szenario 5* betrifft schließlich unmittelbar diejenigen Situationen, in denen sich keine Vergleichswerte finden lassen.<sup>1532</sup> Das *Szenario 5* macht dabei durch seine Verallgemeinerung die Weite des im Draft on Profit Splits erwogenen Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode besonders deutlich. In völliger Auflösung der Position der OECD-Leitlinien 2010 soll es scheinbar stets bereits ausreichen, dass sich verlässliche Vergleichswerte nicht finden lassen.

„All of the issues set out in this section on the scope of the transactional profit split method touch on an issue which reduces the reliability of one-sided methods: the potential lack of reliable comparables. In such cases, reliable arm’s length solutions can often still be found through the application of one-sided methods, for examples, by broadening the search for comparables to other markets with similar economic conditions, and by making reasonably accurate comparability adjustments. However where a lack of comparables is such that it poses a serious impediment to the reliable application of one-sided methods, transactional profit split methods may be useful in circumstances where they can be

---

<sup>1530</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 22 ff.

<sup>1531</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 26 ff.

<sup>1532</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 29 ff. Das *Szenario 5* ist das letzte, das den Anwendungsbereich der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode *dem Grund nach* betrifft. Die *Szenarien 6-9* betreffen die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode *der Höhe nach*, also die zu verwendenden Aufteilungsfaktoren und ihre Gewichtung, sowie Verlustsituationen, vgl. a.a.O., Tz. 33 ff. Sie werden hier deshalb nicht i.Einz. besprochen.

reliably applied to determine an arm's length outcome in accordance with the functions of the parties.<sup>1533</sup>”

Die Funktionen der Entitäten im Sachverhalt des *Szenario 5* sind dementsprechend kaum als „unique and valuable contributions“<sup>1534</sup> anzusehen noch wird die Frage aufgeworfen, ob die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode „most appropriate“ wäre. So wird in Szenario 5 handelstypischer Bürobedarf durch jeweils regionalverantwortliche Entitäten an Endkunden geliefert. Diese Regionalverantwortlichkeit kann dazu führen, dass eine Entität Aufträge für eine andere Region entgegen nimmt, die durch die dortige Entität ausgeführt werden.<sup>1535</sup> Der Draft on Profit Splits fragt, wie sich für diesen Fall Vergleichswerte finden lassen sollen und welche Elaboration der Sachverhalt bedarf, um die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode angemessener („more appropriate“) zu machen.<sup>1536</sup>

Bei Vorlage des Final BEPS Report am 05.10.2015 war der Prozess zur Revision des Kapitels II, Part III, Abschnitt C. noch nicht abgeschlossen, zu extensiv und zu unklar waren die Maßgaben des Draft on Profit Splits vom 16.12.2014. Im Final BEPS Report findet sich daher nur die Rahmensetzung des weiteren Revisionsverfahrens.<sup>1537</sup> Entsprechend der regressiven Tendenzen, die bereits in den Revisionsverfahren der Kapitel I und VI ab Ende 2014 zu wirken begannen,<sup>1538</sup> erscheint diese Rahmensetzung wieder stärker von den Maßgaben und Prinzipien der OECD-Leitlinien 2010 geprägt. Die OECD erkenne die Notwendigkeit, den Anwendungsbereich der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode klarzustellen und zu verdeutlichen, weil die transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode praktisch nicht immer einfach anzuwenden ist.<sup>1539</sup> Dennoch habe die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode das Potential, sinnvolle Verrechnungspreisergebnisse zu erzeugen, die den zugrundeliegenden Wertschöpfungsaktivitäten entsprechen, wenn sie sachgerecht im Einklang mit dem Fremdvergleichsgrundsatz und dem „most appropriate method principle“ angewendet wird. Daher sei es Aufgabe des weiteren Revisionsverfahrens, die Umstände klarzustellen, in denen die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode die „most appropriate method“ ist und wie die Aufteilung der Gewinne aus der

---

<sup>1533</sup> Draft on Profit Splits, Tz. 29.

<sup>1534</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1535</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Tz. 31.

<sup>1536</sup> Vgl. Draft on Profit Splits, Questions 17-19.

<sup>1537</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 55-61

<sup>1538</sup> Vgl. dazu oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.1. a.E. sowie insb. Fn. 969.

<sup>1539</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 55.

Transaktion erfolgen sollte. Ferner sei klarzustellen, wie mit Situationen umzugehen ist, in denen sich keine Vergleichswerte ermitteln lassen und welche Verrechnungspreismethode dann am sachgerechtesten ist.<sup>1540</sup> Anders als der Draft on Profit Splits vermuten ließ, solle die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode nicht nur deshalb Anwendung finden, weil Vergleichswerte schwer zu ermitteln sein können, sondern nur dann wenn sie die entsprechend den OECD-Leitlinien 2010 „most appropriate“ ist.<sup>1541</sup> Ferner ist dementsprechend nicht ausreichend, dass nur stark integrierte Funktionen vorliegen. Vielmehr müssen regelmäßig beide Parteien der Geschäftsbeziehung „unique and valuable contributions“ erbringen; es sei indes erkennbar geworden, dass nicht hinreichend Maßgaben dafür bestehen, wann derartige „unique and valuable contributions“ außerhalb der exemplarisch in den OECD-Leitlinien 2010 genannten Konstellation des beiderseitigen Einbringens von immateriellen Werten in die Geschäftsbeziehung vorliegen.<sup>1542</sup>

Im weiteren Revisionsverfahren sei daher die Wahl der Verrechnungspreismethode stärker an den Maßgaben des Kapitels I zur Durchführung der Funktionsanalyse auszurichten. Eine Gewinnaufteilung entspreche einem fundamental anderem Risiko- und Funktionsprofil der Parteien als die Vergütung für einen Warenaustausch oder die Erbringung einer Dienstleistung. Eine letzterem Risiko- und Funktionsprofil entsprechende einseitige Verrechnungspreismethode ist daher auch dann der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode vorzuziehen, wenn die für ihre Anwendung erforderlichen Vergleichswerte ungenau sind.<sup>1543</sup> Ferner seien zusätzliche Maßgaben für die besonderen Umstände „starker Integration“ zu erarbeiten, in denen die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode „most appropriate“ ist; in dieser Hinsicht habe sich die Frage ergeben, ob die typologische Unterscheidung zwischen vertikaler Integration („sequential integration“) und horizontaler Integration („parallel integrati-

---

<sup>1540</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 55.

<sup>1541</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 58.

<sup>1542</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 58. Siehe auch, a.a.O.: „Some commentators on the December discussion draft suggested that “unique” contributions could be defined as those which cannot be benchmarked by reference to uncontrolled transactions, and “valuable” contributions could be defined as those which are expected to yield future economic benefits. Others went further and proposed that “valuable” contributions could be those which contribute to a key source of competitive advantage. A number of commentators on the December discussion draft supported the notion that the sharing of significant risks could constitute a “unique and valuable contribution” and hence may result in the conclusion that a transactional profit split method is the most appropriate to the circumstances.”

<sup>1543</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 59 f.

on“) für diese Beurteilung hilfreich sein kann.<sup>1544</sup> Zuletzt sei im weiteren Revisionsverfahren die Auslegung von „unique and valuable contributions“ zu klären, insbesondere wann solche außerhalb der in den OECD-Leitlinien 2010 genannten Konstellation des beiderseitigen Einbringens von immateriellen Werten in die Geschäftsbeziehung anzunehmen ist; wie sich aus Kapitel VI i.d.F. des Final BEPS Report ergibt, stelle sich auch die Frage, ob und wann die Ausübung von wichtigen DEMPE-Funktionen zu „unique and valuable contributions“ der Parteien führt, wodurch die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode zur „most appropriate method“ werde.<sup>1545</sup>

#### **bb) Der Diskussionsentwurf vom 04.07.2016**

Am 04.07.2016 legte die OECD Working Party No. 6 einen zweiten Diskussionsentwurf vor, der nunmehr einen konkreten, textlichen Vorschlag für eine Revision des Kapitels II, Part III, Abschnitt C. der OECD-Leitlinien 2010 enthielt.<sup>1546</sup> In Reaktion auf die Rahmensetzung durch den Final BEPS Report bekräftigt der Draft on Profit Splits 2016 bereits in den grundsätzlichen Erwägungen zur Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode (i) deutlich das „most appropriate method principle“<sup>1547</sup> und betont, dass (ii) bei der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode ein vorsichtiges Vorgehen notwendig ist, um Verrechnungsergebnisse sicherzustellen, die fremde Dritte ebenfalls hätten erwarten können,<sup>1548</sup> sowie, dass (iii) dabei die Aufteilung der tatsächlichen Gewinne („actual profits“) der Parteien aus der Transaktion – gegenüber den erwarteten („anticipated profits“) – ein hohes Maß an Integration der Aktivitäten und ein weitgehend gemeinsames Tragen der Risiken aus den Aktivitäten erfordere.<sup>1549</sup> Dies sei der Fall, wenn sich die Aktivitäten der verbundenen Unternehmen auf der Grundlage der Risiko- und Funktionsanalyse als derart integriert darstellen, dass sie als „single, cohesive business“ anzusehen

---

<sup>1544</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 60: „[I]t may be helpful to distinguish between sequential integration of a global value chain (which may involve the parties performing different activities linked through transactions between them in a coherent value chain, and which may not warrant the use of a profit split without taking into account further features of the arrangements) and parallel integration, which may involve the parties performing similar activities relating to the same revenues, costs, assets, or risks, within the value chain or at a stage in the value chain. The reference to global trading of financial instruments in the current Guidelines, which may involve parallel activities on the same asset, revenue stream, and risks, suggests that the current Guidelines envisaged that splitting the combined profits arising from this type of parallel integration may be appropriate.”

<sup>1545</sup> Vgl. Final BEPS Report, S. 60.

<sup>1546</sup> Vgl. OECD Public Discussion Draft, BEPS Actions 8-10, Revised Guidance on Profit Splits, 04.07.2015 (“Draft on Profit Splits 2016”).

<sup>1547</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 1.

<sup>1548</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 3.

<sup>1549</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 4-6.

sind; dies setzt nach Kapitel I, Abschnitt D. des Final BEPS Report die Kontrolle über die wirtschaftlich signifikanten Risiken und die finanzielle Kapazität beider Parteien, diese Risiken zu tragen, voraus.<sup>1550</sup>

Dementsprechend umgestaltet wurde die Darstellung der „Vor- und Nachteile“ der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1551</sup> Bei der Beurteilung der „most appropriate method“ sei der größte Vorteil der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode die Darstellbarkeit einer gemeinsamen Tragung von wirtschaftlich signifikanten Risiken, was vorkommen könne, wenn wirtschaftliche Aktivitäten stark integriert sind und die Parteien der Geschäftsbeziehung ähnliche Funktionen ausüben oder wenn beide Parteien „unique and valuable contributions“ – z.B. durch den Einsatz einzigartiger immaterieller Werte – erbringen.<sup>1552</sup> Die in den OECD-Leitlinien 1995/2010 als zwei Kategorien nebeneinander gestellten Anwendungsfälle fasst der Draft on Profit Splits 2016 somit unter einer übergeordneten Idee, die Ihren Inhalt aus dem neugefassten Kapitel I erhält, zusammen. Etwas tautologisch wird daneben klar gestellt, dass die Ausübung nur einfacher Funktionen, wie etwa eine Auftragsproduktion, vermutlich nicht mit einer gemeinsamen Tragung wirtschaftlich signifikanter Risiken einhergeht;<sup>1553</sup> eine Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode käme in diesen Fällen einer Allokation von Risiken an ein verbundenes Unternehmen, das diese Risiken nicht kontrolliert, gleich.<sup>1554</sup>

Entscheidend umgestaltet wurde ferner die Darstellung der hauptsächlichen theoretischen Besonderheit der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode als „zweiseitige“ Verrechnungspreismethode die Verteilung der Gewinne aus dem synergistischen Zusammenwirken („economies of scale or other joint efficiencies<sup>1555</sup>“) erreichen zu können und dadurch nicht alle Residualgewinne an eine Partei der Geschäftsbeziehung fallen zu lassen. Der Draft on Profit Splits 2016 hebt demgegenüber vor allem auf die Ergebnisse der Risiko- und Funktionsanalyse ab und enthält nur schwache Hinweise auf den zweiseitigen Charakter der Gewinnaufteilung.

---

<sup>1550</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 9.

<sup>1551</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 11 ff., gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109 ff.

<sup>1552</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 11, gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1553</sup> Die tautologische Natur der also Argumentation liegt darin, dass der Befund, dass nur einfache Funktionen ausgeübt werden, von der Feststellung der keiner gemeinsamen Risikotragung abhängt.

<sup>1554</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 11, gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1555</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.113.

„A further strength of the transactional profit split of actual profits is that it is less likely that either party to the controlled transaction will be left with an extreme and improbable profit result, *which does not appropriately reflect the contributions made in terms of functions, assets, and risks by each party. This is because the value contributed by both parties to the transaction is assessed, and also because the profits being divided are the actual profits arising rather than a benchmarked profit for one of the parties.* This aspect can be particularly important when analysing the contributions by the parties in respect of the intangibles employed *and economically significant risks assumed in the controlled transactions.*<sup>1556</sup>”

Diese Schwächung des Bezugs auf den zweiseitigen Charakter und das Wegfallen des Bezugs auf die Verteilung synergistischer Vorteile wird ergänzt durch eine Ausweitung der Darstellung der praktischen Schwierigkeiten der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1557</sup> Vollständig neu eingefügt wurde ein Abschnitt C.3 „Most appropriate method“, der aus den vier Teilen C.3.1 „Highly integrated operations“, C.3.2. „Unique and valuable contributions“, C.3.3. „Group Synergies“ und C.3.4 „Value chain analysis“ besteht.<sup>1558</sup> Im Ausgangspunkt strebt dieser Abschnitt die feste Anbindung der Verrechnungspreismethodenwahl an die Ergebnisse der Funktionsanalyse entsprechend Kapitel I, Abschnitt D. an;<sup>1559</sup> insbesondere könne die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode nicht allein deshalb angewendet werden, weil Vergleichswerte schwierig zu ermitteln sind.<sup>1560</sup> Die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode erfordere vielmehr das Vorliegen einer Geschäftsbeziehung, in der die Parteien entweder dieselben wirtschaftlich signifikanten Risiken der operativen Aktivitäten tragen oder beide Parteien jeweils eng miteinander verbundene Risiken der operativen Aktivitäten gesondert übernehmen und folglich auch die Ergebnisse dieser operativen Aktivitäten teilen sollten.<sup>1561</sup> Auch bei der Verrechnungspreismethodenwahl deutete also – wohl infolge des Verständnisses der Risikotragung als Kehrseite der Gewinnerzielung („disequilibrium economics“) – eine vorrangige Bedeutung der Risikoordnung für die Verteilung der Gewinne

---

<sup>1556</sup> Draft on Profit Splits 2016, Tz. 13, Änderungen gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.113, *kurziv* gestellt.

<sup>1557</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 14 f., gegenüber OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.114.

<sup>1558</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 16 ff.

<sup>1559</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 16.

<sup>1560</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 18.

<sup>1561</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 16: „The application of a transactional profit split of actual profits reflects a relationship where the parties either share the same economically significant risks associated with the business opportunity or separately assume closely related risks associated with the business opportunity and consequently should share in the resulting profits or losses.”

an.<sup>1562</sup> Diese gemeinsame Risikotragung könne aus (i) stark integrierten Funktionen oder (ii) dem Erbringen von „unique and valuable contributions“ hervorgehen.<sup>1563</sup> Klargestellt wird angesichts der weiten Definition der immateriellen Werte gemäß Kapitel VI Final BEPS Report indes, dass nicht jedes Einbringen eines immateriellen Werts in die Geschäftsbeziehung die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode sachgerecht werden lässt.<sup>1564</sup> Indes erfordere eine Verteilung der erwarteten Gewinne nicht dasselbe hohe Maß an Integration wie eine Verteilung der tatsächlichen Gewinne aus der Transaktion.<sup>1565</sup>

Eine starke Integration von Aktivitäten („highly integrated operations“) unterscheidet sich von einer gewöhnlichen Integration der Aktivitäten einer Unternehmensgruppe dadurch, dass die Art und Weise der Ausübung von Funktionen, des Einsatzes von Wirtschaftsgütern und die Übernahme von Risiken durch eine Partei eng mit der Art und Weise der Ausübung von Funktionen, des Einsatzes von Wirtschaftsgütern und die Übernahme von Risiken einer anderen Entität verbunden ist und nicht verlässlich gesondert beurteilt werden könne.<sup>1566</sup> Diese Form der „starken“ Integration kann mit einem hohen Grad an Gemeinsamkeit („commonality“) der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken einhergehen, wobei diese Gemeinsamkeit typischerweise eher in Fällen horizontaler Integration („parallel integration“), wenn dieselben Ressourcen, typischerweise immaterielle Werte, zeitgleich grenzüberschreitend genutzt werden,<sup>1567</sup> als in Fällen vertikaler Integration („sequential integration“) auftreten wird. Werden Funktionen dagegen vertikal integriert, sind sie und die wirtschaftlich relevanten Risiken der Geschäftsbeziehung oft klarer trennbar,

---

<sup>1562</sup> Vgl. zu der Konzeption der Risiken als Kehrseite der Gewinne und dem Verhältnis dieser Sichtweise zur Residualgewinnallokation Final BEPS Report Tz. 1.71.

<sup>1563</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 19.

<sup>1564</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 19.

<sup>1565</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 20.

<sup>1566</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 21: „[A] high degree of integration means that the way in which one party to the transaction performs functions, uses assets and assumes risks is interlinked with, and cannot reliably be evaluated in isolation from, the way in which another party to the transaction performs functions, uses assets and assumes risks.“

<sup>1567</sup> Vgl. m.w.N. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable“: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 642 sowie 645 f.: „As a commodity, information assets are uniquely characterized by their enormous fixed costs and negligible marginal costs of production. Derivatively, to best attain economy of scope and scale benefits associated with information assets, MNEs are increasingly adopting functional horizontally-integrated business models. Those models are characterized by a centralized management (either on the MNE or regional level), in which information assets are often created and utilized by a common endeavor of different entities within individual MNEs.“

wodurch es wahrscheinlicher wird, für die einzelnen Unternehmensfunktionen mindestens eingeschränkt vergleichbare Fremdvergleichswerte zu ermitteln.<sup>1568</sup>

Der Draft on Profit Splits 2016 enthält darüberhinaus eine Definition der „unique and valuable contributions“ für die Diskussion der zweiten Fallgruppe gemeinsamer Risikotragung, die sich von der Arbeitsdefinition der OECD Working Party No. 6 im Rahmen des Revisionsverfahrens 2006-2010 unterscheidet und das Einbringen von „unique and valuable intangibles“ iSd Kapitels VI Final BEPS Report in die Geschäftsbeziehung nur als eine Variante dieser zweiten Fallgruppe ansieht.

„Contributions, whether in the form of functions performed, assets used, or risks assumed, will be “unique and valuable” in cases where (i) they are not comparable to contributions made by uncontrolled parties in comparable circumstances, and (ii) their use in business operations represents a key source of actual or potential economic benefits. The two factors are often linked: comparables for such contributions are seldom found because they are a key source of economic advantage. In such cases, it may be that the risks associated with the respective unique and valuable contribution of each of the parties cannot be controlled by the other party or parties.<sup>1569</sup>”

Der konkrete Inhalt dieser zweigliedrigen Definition, die offensichtlich unter (i) das Merkmal „unique“ näher bestimmt und unter (ii) offensichtlich das Merkmal „valuable“, bleibt durchaus unklar. In Bezug auf (i) ist etwas unklar, wie die Beiträge einer Partei nicht mit denjenigen vergleichbar sein sollen, die fremde Dritte in vergleichbaren Umständen erbringen, wenn sich der Inhalt der Beiträge und der Vergleich mit fremden Dritten aus Funktionsanalyse ergeben; m.a.W. wie können die erbrachten Beiträge „not comparable“ sein, insgesamt aber „comparable circumstances“ vorliegen? Man könnte zwar zwischen dem internen Funktionsprofil und externen weiteren Umständen differenzieren, um diesen Widersinn aufzulösen. Dem Draft on Profit Splits scheint es allerdings darum zu gehen, die Unvergleichbarkeit der Beiträge (die „uniqueness“) durch den Drittvergleich im konkreten Einzelfall zu bestimmen, m.a.W. allein auf die Feststellbarkeit von Vergleichswerten. Dadurch ähnelt der Ansatz der Definition der Arbeitsdefinition des Diskussionsentwurfs von 2008, die „unique contributions“ als „non-benchmarkable contributions“ beschrieb, d.h. als wertmäßig nicht-messbare Beiträge. Ob die Beiträge der Entitäten messbar („benchmarkable“) waren,

---

<sup>1568</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 21.

<sup>1569</sup> Draft on Profit Splits 2016, Tz. 22. Vgl. demgegenüber nochmals OECD Transactional Profit Methods, Discussion Draft Tz. 51: „The phrase “unique contributions” is used throughout this document to designate *non-benchmarkable functions, assets or risks* for which no sufficiently reliable comparable data are available.” (Kursiv hinzugefügt)

war nach der Arbeitsdefinition der OECD von 2008 regelmäßig mit der Ermittelbarkeit von Vergleichswerten verbunden.<sup>1570</sup> Den Vorteil, den die OECD-Leitlinien 1995/2010 der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zuschreiben, bestand daher auch in der Verteilung der Gewinne aus dem synergistischen Zusammenwirken in Substitution des Marktes.<sup>1571</sup> Dies entspricht auch dem historischen Ansatz des U.S. White Papers 1988, das mit der „Nicht-Messbarkeit“ bestimmter Beiträge argumentierte, um den Residualgewinn dem Eigentümer der immateriellen Werts zufallen zu lassen und nur im Falle beiderseitigen Eigentums an immateriellen Werten eine Gewinnaufteilung folgen zu lassen. Für das White Paper war die Nicht-Messbarkeit indes nicht zwingend gleichbedeutend mit dem Fehlen von Vergleichswerten. Vielmehr waren „measurable factors of production“ alle außer die „high value intangibles“. Ließen sich keine Vergleichswerte trotz ausschließlichen Einsatzes von „measurable factors of production“ finden, sollte nach dem White Paper die „comparable profits method“ (CPM) Anwendung finden, indes nicht die „profit split method“.<sup>1572</sup> Eine gewisse Annäherung an diese historische Sichtweise und die Arbeitsdefinition des Revisionsverfahrens 2006-2010 könnte sich aus dem zweiten Element der Definition des Draft on Profit Splits 2016 ergeben, eindeutig ist dies indes nicht. Der unter (ii) kumulativ geforderte Charakter als „key source of actual or potential benefits“ ist jedenfalls nicht gleichbedeutend mit „non-benchmarkable“, sondern scheint ein niedrigere Schwelle zu beschreiben, deren konkreter Inhalt indes ebenfalls durchaus unklar bleibt.

Konzertierten Gruppensynergien sind nach Abschnitt C.3.3 des Draft on Profit Splits 2016 proportional unter den Entitäten, die zu ihrer Entstehung aktive Beiträge geleistet haben, in Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode aufzuteilen.<sup>1573</sup> Die Aufteilung könne vergleichbar der Zerlegung von Kosten für gemeinsam in Anspruch genommene Dienstleistungen („shared services“) erfolgen und erfordere keine Zusammenfassung der Gesamtgewinne der Beteiligten. Ausreichend sei die Zer-

---

<sup>1570</sup> OECD Transactional Profit Methods, Discussion Draft Tz. 51: „...for which no sufficiently reliable comparable data are available“.

<sup>1571</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.113: „...economies of scale or other joint efficiencies“.

<sup>1572</sup> Vgl. zur Konzeption des U.S. White Paper ausf. und m.w.N. oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1.

<sup>1573</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 23.

legung des Synergiegewinns („marginal system profit arising from the synergies“) in Anwendung eines sachgerechten Verteilungsschlüssels.<sup>1574</sup>

Abschließend enthält der Abschnitt C.3.4 „Value chain analysis“ allgemeine Hinweise zur Durchführung einer Wertschöpfungskettenanalyse als Bestandteil der Ermittlung der „most appropriate method“ im konkreten Einzelfall.<sup>1575</sup> Eine Wertschöpfungskettenanalyse könne ein nützliches Mittel sein, um die tatsächliche Transaktion zutreffend darzustellen und dadurch die sachgerechteste Verrechnungspreismethode zu finden. Die Integration von unternehmerischen Funktionen in Wertschöpfungsketten für sich genommen könne die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode nicht rechtfertigen. Die Aufgabe der Wertschöpfungskettenanalyse ist die Feststellung der Umstände der kaufmännischen oder finanziellen Beziehungen, die die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode „sachgerecht“ erscheinen lassen, insbesondere die gemeinsame Risikotragung in Fällen von (i) stark integrierten Funktionen oder (ii) dem beiderseitigen Erbringen von „unique and valuable contributions“.<sup>1576</sup> Die Wertschöpfungskettenanalyse hat daher festzustellen, wo und wie die Wertschöpfung in den wirtschaftlichen Aktivitäten erfolgt.<sup>1577</sup> Dies erfordert insbesondere eine Feststellung (i) der wirtschaftlich signifikanten ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken und ihrer Interaktion sowie (ii) der wirtschaftlichen Umstände, die die Generierung eines Gewinns oberhalb des Marktüblichen („in excess of what the market would otherwise allow“) ermöglichen, etwa solche im Zusammenhang mit immateriellen Werten, First-mover-Vorteilen oder anderen einzigartigen Beiträgen.<sup>1578</sup> Eine derartige Wertschöpfungskettenanalyse trägt somit sowohl dazu bei, die tatsächliche Geschäftsbeziehung zutreffend darzustellen als auch den Grad an Integration der Funktionen für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode und die wirtschaftlich relevanten Beiträge für die Aufteilung des Gewinns der Parteien aus der Geschäftsbeziehung zu bestimmen. Sie sei gleichwohl lediglich ein Mittel („tool“) für

---

<sup>1574</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 23.

<sup>1575</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 24 ff.

<sup>1576</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 25.

<sup>1577</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 26.

<sup>1578</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 26.

diese Feststellungen, aber selbst weder Rechtfertigung noch Grund für die Anwendbarkeit der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1579</sup>

### **cc) Der Diskussionsentwurf vom 22.06.2017**

Am 22.06.2017 legt die OECD Working Party No. 6 einen dritten Diskussionsentwurf zur Revision des Kapitels II, Part III, Abschnitt C. der OECD-Leitlinien 2010 vor, der eine deutliche Umstellung des Draft on Profit Splits 2016 in Form und Substanz vollzieht.<sup>1580</sup> Insgesamt zeigt sich der Draft on Profit Splits 2017 offener formuliert und weniger präskriptiv. Hatten den Draft on Profit Splits 2016 in Reaktion auf die extensiven Suggestionen der neun „Szenarien“ des Draft on Profit Splits 2014 detaillierte Vorgaben für die Prüfungsreihenfolge und den Prüfungsinhalt bei der Feststellung der „most appropriate method“ geprägt, erhebt der Draft on Profit Splits 2017 nun weniger den Anspruch, auch nur annähernd vollständig zu sein oder präskriptive Konzepte für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zu enthalten.<sup>1581</sup> Darüberhinaus wurden sieben Anwendungsbeispiele aufgenommen, um die Eröffnung des Anwendungsbereichs zu verdeutlichen.<sup>1582</sup>

In formaler Hinsicht ist zunächst die deutliche Verkürzung der Abschnitts C.1. zur Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode im Allgemeinen,<sup>1583</sup> die Integration der Erwägungen zu den Vor- und Nachteilen dieser Methode in die Ausführungen zu Anwendung der Methode als „most appropriate method“ und die inhaltliche Umgestaltung dieses neugefassten Abschnitts C.2 „When is a transactional

---

<sup>1579</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 26, sowie 27: „A value chain analysis might usefully provide information about the following aspects of the business activity, relevant to determining whether the transactional profit split is the most appropriate method:

- The key value drivers in relation to the transaction, including how the associated enterprises differentiate themselves from others in the market;
- The nature of the contributions of assets, functions, and risks by the associated enterprises to the key value drivers, including consideration of which contributions are unique and valuable;
- Which parties can protect and retain value through performance of important functions relating to the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of intangibles;
- Which parties assume economically significant risks or perform control functions relating to the economically significant risks associated with value creation;
- How parties operate in combination in the value chain, and share functions and assets in parallel integration as described in paragraph [21].” Vgl. auch Bell, U.S. Official: OECD Mention of ‘Value Chain Analysis’ Tentative, 25 Transfer Pricing Report 372, BNA Bloomberg, 28.07.2016.

<sup>1580</sup> Vgl. OECD Base Erosion and Profit Shifting Project (BEPS), Public Discussion Draft, BEPS Action 10, Revised Guidance on Profit Splits, 22.06.2017 (“Draft on Profit Splits 2017”).

<sup>1581</sup> Vgl. ausdrücklich auch Draft on Profit Splits 2017, Tz. 30.

<sup>1582</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 69 ff., *Examples 1-7*.

<sup>1583</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 1 f., gegenüber Draft on Profit Splits 2016, Tz. 1-10.

profit split method likely to be the most appropriate method?“ zu bemerken.<sup>1584</sup> Substantziell zeigt sich die Umgestaltung der Maßgaben zur Verrechnungspreismethodenwahl nunmehr als Abwägung bestimmter Indikatoren, die unter Berücksichtigung der jeweiligen Vor- und Nachteile der Verrechnungspreismethoden und auf der Grundlage der zutreffend dargestellten Geschäftsbeziehung Hinweise auf die Sachgerechtigkeit der Gewinnaufteilungsmethode geben können, aber nicht in einem zwingenden, materiellen Verhältnis zueinanderstehen.<sup>1585</sup> Bestimmte Eigenschaften („features“) einer Geschäftsbeziehung können zwar die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode nahelegen, weder führe das Vorliegen dieser Indikatoren aber stets zu ihrer Anwendung noch deren Fehlen zu einer Unzulässigkeit ihrer Anwendung.<sup>1586</sup>

Umgestaltet wurde die – nunmehr in die Erwägungen zur Ermittlung der „most appropriate method“ integrierte – Darstellung der Vor- und Nachteile der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode. Der Draft on Profit Splits 2016 hatte die zwei Fallgruppen der OECD-Leitlinien 2010<sup>1587</sup> durch die übergeordnete Erwägung verklammert, der Vorteil dieser Methode sei die Ermöglichung von Verrechnungspreisergebnissen in Fällen, in denen die Risiko- und Funktionsanalyse ergebe, dass zwei oder mehr Parteien wirtschaftliche signifikante Risiken gemeinsam tragen, was passieren könne, wenn die Parteien in „stark“ integrierte Aktivitäten eingebunden sind oder jeweils „unique and valuable contributions“ erbringen.<sup>1588</sup> Demgegenüber trennt der Draft on Profit Splits 2017 dieser einzelnen Indikatoren und hebt im Ausgangspunkt nun wieder den Vorteil der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode – so wie substantziell auch die OECD-Leitlinien 2010<sup>1589</sup> – die Ermöglichung von Verrechnungspreisergebnissen in Fällen, in den beide Parteien „unique and valuable contributions“ erbringen, hervor.<sup>1590</sup> In diesen Fällen würden fremde Dritte geneigt sein, die Gewinne aus der Geschäftsbeziehung zu teilen, wodurch eine zweiseitige Verrechnungspreismethode sachgerecht werden kann. Ferner könne durch die Einzigartigkeit der Beiträge die Feststellung von Vergleichswerten erschwert werden.<sup>1591</sup> Ferner kann

---

<sup>1584</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 3-30, gegenüber Draft on Profit Splits 2016, Tz. 11-27.

<sup>1585</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 3, gegenüber Draft on Profit Splits 2016, Tz. 16.

<sup>1586</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 4, gegenüber Draft on Profit Splits 2016, Tz. 16.

<sup>1587</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.109.

<sup>1588</sup> Draft on Profit Splits 2016, Tz. 11.

<sup>1589</sup> Vgl. OECD-Leitlinien, Tz. 2.109.

<sup>1590</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 6.

<sup>1591</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 6. Siehe oben zum unklaren Verhältnis zwischen dem Charakter „unique and valuable“ und dem Bestehen von Vergleichswerten im Draft 2016, oben, Kapitel II,

die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode bei stark integrierten Operationen, bei denen eine einseitige Verrechnungspreismethode nicht sachgerecht wäre, vorzuzugswürdig sein.<sup>1592</sup> Eine weitere Stärke der Methode ist die Möglichkeit, spezifische, oft einzigartige Eigenschaften der Geschäftsbeziehungen verbundener Unternehmen, die unter fremden Dritten nicht zu finden sind, zu erfassen. Diese können etwa in der gemeinsamen Tragung von wirtschaftlich signifikanten Risiken begründet sein.<sup>1593</sup> Die gemeinsame Tragung von wirtschaftlich signifikanten Risiken ist also kein übergeordnetes Merkmal solcher Risiko- und Funktionsprofilen, die durch die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode abgebildet werden sollten, sondern nur noch ein Indikator bei der Ermittlung der „most appropriate method“ neben anderen. Nicht wieder aufgenommen wurde in den Draft on Profit Splits 2017 der Vorteil der zweiseitigen Methode, keine der Parteien der Geschäftsbeziehung mit einem „extremen und unwahrscheinlichen Endergebnis“ zu belassen, sondern die gemeinsamen Effizienzen zu verteilen;<sup>1594</sup> der Draft on Profit Splits 2017 begnügt sich mit der impliziteren Aussage, ein Vorteil bestehe in der „direkten Überprüfung beider Parteien“.<sup>1595</sup> Indes vertritt die Working Party No. 6 in völliger Abkehr von den OECD-Leitlinien 1995<sup>1596</sup> und in starker Weitung der OECD-Leitlinien 2010<sup>1597</sup> die Auffassung, es sei völlig unbeachtlich, ob fremde Dritte tatsächlich eine transaktionsbezogene Gewinnaufteilung vereinbaren würden, da der Fremdvergleichsgrundsatz nicht auf eine Nachahmung von Marktverhalten abziele, sondern nur ein Mittel sei, um fremdübliche Verrechnungspreisergebnisse („arm’s length outcomes“) festzustellen.<sup>1598</sup>

Die genannten Indikatoren für die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode als „most appropriate method“ verklammert der Draft on Profit Splits 2017 in einem Abschnitt C.2.2. „Nature of the transaction“.<sup>1599</sup> Die zutreffende

---

Abschnitt II, C.III.6.b.bb. Im Draft 2016 wurde suggeriert, die „Einzigartigkeit“ folge aus dem Fehlen von Vergleichswerten.

<sup>1592</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 7.

<sup>1593</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 8.

<sup>1594</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.113.

<sup>1595</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 9.

<sup>1596</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.2.

<sup>1597</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.110 f.

<sup>1598</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 11: „It is sometimes argued that a transactional profit split method is rarely used among independent enterprises, and thus its application in controlled transactions should be similarly rare. However where such a method is determined to be the most appropriate, this should not be a factor since transfer pricing methods are not necessarily intended to replicate arm’s length behaviour, but rather to serve as a means of establishing and/or verifying arm’s length outcomes for controlled transactions.“

<sup>1599</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 12 ff.

Darstellung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung werde „wichtige Hinweise“ auf die Anwendbarkeit der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode liefern und erfordere eine zweiseitige Analyse unabhängig davon, ob letztlich eine zweiseitige Verrechnungspreismethode angewendet wird.<sup>1600</sup> Im Einklang mit den Ausführungen zu den Vor- und Nachteilen der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode hebt der Draft on Profit Splits 2017 dabei substantiell vorrangig auf das Erbringen von „unique and valuable contributions“ beider Parteien der Geschäftsbeziehung ab.

„The existence of unique and valuable contributions by each party to the controlled transaction is *perhaps the clearest indicator that a transactional profit split may be appropriate*. The context of the transaction, including the industry in which it occurs and the factors affecting business performance in that sector, can be particularly relevant to evaluating the contributions of the parties and whether such contributions are unique and valuable. Depending on the facts of the case, other indicators could include a high level of integration in the business operations to which the transactions relate and the shared assumption of economically significant risks (or the separate assumption of closely related economically significant risks) by the parties to the transactions. It is important to note that the indicators are not mutually exclusive and on the contrary may often be found together in a single case.<sup>1601</sup>”

Andererseits könne die Risiko- und Funktionsanalyse aber auch ergeben, dass eine Partei nur „einfache“ Funktionen ausübt und keine wesentlichen Risiken übernimmt oder sonstige als „unique and valuable“ anzusehende Beiträge erbringt.<sup>1602</sup> Der Draft on Profit Splits 2017 bereinigt dadurch die wenig gelungene Fassung dieser Einschränkung des Draft on Profit Splits 2016.<sup>1603</sup> In diesen Fällen entspräche die Gewinnaufteilung nicht den Beiträgen der Parteien. Dabei begründet auch das Fehlen von Vergleichswerten nicht die Sachgerechtigkeit der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1604</sup> Allerdings kann die praktische Feststellung, dass unter Fremden Dritten im konkreten Industriesegment vertragliche Gewinnaufteilungen vereinbart werden, einen Hinweis („a pointer to the fact“) auf die Erbringung von

---

<sup>1600</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 12.

<sup>1601</sup> Draft on Profit Splits 2017, Tz. 13. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1602</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 14.

<sup>1603</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 11: „This may happen also in cases where both parties to a transaction make unique and valuable contributions (e.g. contribute unique intangibles), because in such a case independent parties might wish to share the profits of the transaction in proportion to their respective contributions. On the other hand, *the sharing of economically significant risks is less likely to occur where one party to the transaction performs only simple functions and does not make any significant unique contribution* (e.g. contract manufacturing or contract service activities in relevant circumstances).” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1604</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 14.

„unique and valuable contributions“ und/oder auf eine typischerweise „starke“ Integration der unternehmerischen Funktionen liefern.<sup>1605</sup>

Die zweigliedrige Definition der „unique and valuable contributions“ wurde aus dem Draft on Profit Splits 2016 übernommen, aber ebenfalls offener formuliert.<sup>1606</sup> Unklar ist indes warum der Grundbegriff der „contributions“, die die Entitäten leisten, nur noch beispielhaft als „for instance functions performed, or assets used or contributed“ beschrieben werden, also die Übernahme von Risiken aus der Definition herausgelöst und die Definition (daher) nicht abschließend formuliert wird. Scheinbar fällt die Risikotragung also nunmehr aus dem Grundbegriff der „contributions“ heraus bzw. Risikotragung wird nur als eine Konsequenz der „contributions“ von „z.B.“ ausgeübten Funktionen oder eingebrachten Wirtschaftsgütern angesehen. Unklar wird dadurch aber, welche Rolle Risiken bei der Feststellung, ob solche „contributions“ nun „unique and valuable“ sind, zukommt: Wird die Risikotragung durch den Ausschluss (i) vollständig irrelevant, mit der Folge, dass nur die faktische Qualität der ausgeübten Funktionen oder eingesetzten Wirtschaftsgüter zu beurteilen sind,<sup>1607</sup> oder (ii) soll nur verhindert werden, dass nicht allein die Risikotragung als „contribution“ zählen kann, sondern nur in Verbindung mit ausgeübten Funktionen oder eingesetzten Wirtschaftsgütern,<sup>1608</sup> also – auch eingedenk der im Final BEPS Report abgeschwächten Anforderungen an die Ausübung der Kontrolle über Risiken – nicht allein durch Risikotragung durch eine sonst passiven Entität der Anwendungsbereich der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode eröffnet wird? Eine gewisse Skepsis gegenüber den praktischen Folgen des neuen Kapitels I, Abschnitt D. scheint jedenfalls im U.S. Treasury Department einzusetzen: Die Maßgaben des neuen Kapitels I, Abschnitt D., Tz. 1.105,

---

<sup>1605</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 15.

<sup>1606</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 16 („Contributions (for instance functions performed, or assets used or contributed) will be “unique and valuable” in cases where (i) they are not comparable to contributions made by uncontrolled parties in comparable circumstances, and (ii) their use in business operations represents a key source of actual or potential economic benefits.”), gegenüber Draft on Profit Splits 2016, Tz. 22 („Contributions, whether in the form of functions performed, assets used, or risks assumed, will be “unique and valuable” in cases where (i) they are not comparable to contributions made by uncontrolled parties in comparable circumstances, and (ii) their use in business operations represents a key source of actual or potential economic benefits.”)

<sup>1607</sup> In diesem Sinne möglicherweise Draft on Profit Splits 2017, Tz. 69, *Example 1*.

<sup>1608</sup> In diesem Sinne ggf. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 22: „It may be the case that in these situations, the risks associated with the respective unique and valuable contributions cannot be controlled by the other party or parties. This may impact the assumption of risk under the accurate delineation of the transaction.” (Kursiv hinzugefügt)

würden bereits „bewusst missinterpretiert“<sup>1609</sup>, um den Weg zur Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode frei zu machen. Diese Befürchtung steht wohl auch hinter der Einschränkung des Draft on Profit Splits 2017, Beiträge zur Ausübung von Kontrolle über Risiken, die eine anderer Gruppenentität übernommen hat, führe nicht zwangsläufig zur Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1610</sup> Sollte die Risikotragung indes irrelevant sein, ist unklar wie die Feststellung zu treffen sein soll, ob die „contributions“ einer Partei „not comparable to contributions made by uncontrolled parties in comparable circumstances“ sind und ihr „use in business operations a key source of actual or potential economic benefits“ darstellt. Klargestellt wird, mit einer gewissen Indizwirkung für diese Frage, dass auch im Fall von wirtschaftlichem Eigentum beider Parteien an „unique and valuable intangibles“ festzustellen sei, ob die Parteien die wirtschaftlich signifikanten Risiken aus der operativen Nutzung der immateriellen Werte auch tatsächlich tragen und dass die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode in Betracht kommen kann, wenn nicht vollständig entwickelte immaterielle Werte übertragen werden.<sup>1611</sup> Der Draft on Profit Splits 2017 enthält zur Verdeutlichung dieser Maßgaben der Definition der „unique and valuable contributions“ fünf Anwendungsbeispiele.<sup>1612</sup>

Im Beispiel 1 entwickelt eine Muttergesellschaft eine pharmazeutische Formel, die patentrechtlich geschützt wird. Zugunsten der Muttergesellschaft ist ferner der Markenname des erwarteten Produkts eingetragen. Die pharmazeutische Formel wird lizenzweise an eine Tochtergesellschaft überlassen, die die Folgeentwicklung unternimmt und die regulatorische Genehmigung für das Produkt erhält. Die Entwicklung ist erfolgreich und das Produkt wird weltweit verkauft. Unter diesen Umständen sei eine Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode „vermutlich“ am sachgerechtesten, vorausgesetzt, die Funktionsanalyse ergebe, dass die Tochtergesellschaft Funktionen ausgeübt hat, die als „unique and valuable“ anzusehen sind.<sup>1613</sup>

---

<sup>1609</sup> Vgl. *Martin*, Countries Intentionally Misinterpret Transfer Pricing Guidelines on Risk to Increase Tax Revenue, US Official Asserts, MNE Tax, posted 23.07.2017; dazu ausf. oben Fn. 1303.

<sup>1610</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 24: „Where a party contributes to the control of economically significant risk, but that risk is assumed by the other party to the transaction, this may, in some cases, demonstrate that it is appropriate for the first party to share in the potential upside and downside associated with that risk, commensurate with its contribution to control. See paragraph 1.105. However, the mere fact that an entity performs control functions in relation to a risk will not necessarily lead to the conclusion that the transactional profit split is the most appropriate method in the case.”

<sup>1611</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 17 f.

<sup>1612</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 16, 18.

<sup>1613</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 69-71.

Das offensichtliche Problem des Beispiels 1 sind, dass keine Auseinandersetzung mit der Frage erfolgt, wann Funktionen als „unique and valuable“ anzusehen sind; es werden auch kaum Hinweise zum tatsächlichen Risiko- und Funktionsprofil oder zu etwaigen Vergleichswerten gegeben und dem entsprechend auch keine Subsumtion versucht. Im Ergebnis wird schlicht suggeriert, dass die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode in Betracht kommen könnte, ohne die Vor- und Nachteilen der Methoden bei dieser Beurteilung zu berücksichtigen.<sup>1614</sup>

Im *Beispiel 2* unternimmt eine Tochtergesellschaft den Anbau und die Verarbeitung von hochwertigem Tee. Die Tochtergesellschaft hat wichtiges Know-how entwickelt, wie Tee ertragreich und in hoher Qualität angebaut werden kann. Sie unternimmt sämtliche mit Anbau, Ernte, Verarbeitung und Verpackung verbundenen Funktionen. Die Muttergesellschaft ist Eigentümerin der Markenrechte, die bei dem Verkauf des Tees an Endkunden verwendet werden. Die Mutter verpackt den Tee um und versieht ihn mit den entsprechenden Marken, die durch umfangreiche Werbemaßnahmen der Muttergesellschaft ihren Wert erlangt haben. Die zutreffende Darstellung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung ergebe, dass beide Parteien „unique and valuable contributions“ erbringen und dass die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode in diesem Fall die „most appropriate method“ sei.<sup>1615</sup> Das *Beispiel 2* leidet an denselben Problemen wie das *Beispiel 1*: Es findet keine Auseinandersetzung mit der Frage statt, wann Funktionen als „unique and valuable“ anzusehen sind. Der Inhalt der Definition wird daher nicht deutlicher. Es wird nicht klar, mit welchem Risiko- und Funktionsprofil die Tochtergesellschaft tätig wird, ob sie ihre Funktionen und Risiken tatsächlich selbst kontrolliert sowie die finanzielle Kapazität hat, Risiken zu tragen. Es bleibt also unklar, ob diese Feststellung in Bezug auf Risiken überhaupt relevant ist; ist sie nicht relevant, ist unklar, wie Auftragsverhältnisse von eigenständig ausgeübten Funktionen unterschieden werden und der Charakter von „contributions“ beurteilt werden soll.<sup>1616</sup>

---

<sup>1614</sup> Vgl. dazu Draft on Profit Splits 2017, Tz. 5: „While there is no requirement in these Guidelines to undertake exhaustive analysis or testing of every method in each case, the selection of the “most appropriate” method should take into account the *relative* appropriateness and reliability of the selected method *as compared to other methods* which could be used.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1615</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 72-76.

<sup>1616</sup> Vgl. dazu Draft on Profit Splits 2017, Tz. 14: „Where the accurate delineation of the transaction determines that one party to the transaction performs only simple functions, does not assume economically significant risks in relation to the transaction and does not otherwise make any contribution which is unique and valuable(e.g. contract manufacturing or contract service activities in relevant circumstances ), a transactional profit split method typically would not be appropriate since a share of profits

Im *Beispiel 3* entwickeln zwei Gesellschaften einer Unternehmensgruppe eine neue Produktlinie elektronischer Geräte; eine übernimmt vollständig die Entwicklung, das Design und die Herstellung, die andere vollständig die Vermarktung. Die Tätigkeiten resultieren in und basieren auf spezifischen, werthaltigen immateriellen Werten. Die Funktionsanalyse ergibt wirtschaftlich signifikante Risiken sowohl in Bezug auf Design, Entwicklung und Herstellung als auch in Bezug auf Vermarktung und Vertrieb der Produkte. Diese Risiken werden jeweils gesondert von den Parteien übernommen und tatsächlich getragen. Obwohl die Risiken getrennt übernommen werden, sind sie doch wirtschaftlich eng miteinander verbunden. Die Aktivitäten der Parteien und die Verwirklichung der jeweiligen Risiken hängen eng zusammen und beide Parteien erbringen „unique and valuable contributions“. Die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode sei in diesem Fall „wahrscheinlich“ am sachgerechtesten.<sup>1617</sup> Anders als die vorherigen Beispiele, macht das *Beispiel 3* das konkrete Risiko- und Funktionsprofil der Parteien zwar relativ deutlich. Indes bleibt die Begründung, *worin* diese Interaktion von wirtschaftlich signifikanten Risiken sich von anderen faktischen Interaktionen in Wertschöpfungsketten unterscheidet nicht hinreichend klar; in jeder Liefer- und Leistungskette wirken sich die Qualität von Produkten und die jeweiligen Risiken – in der einen oder anderen Weise – durch die gesamte Wertschöpfungskette hindurch aus. Ob die „Bündelung“ von Funktionen und Risiken bei den jeweiligen Parteien im *Beispiel 3* ausschlaggebend ist, bleibt offen; die Suche nach Vergleichswerten für den Verkauf vom Hersteller an die Vertriebsgesellschaft wird nicht einmal erwogen. Stattdessen wird der Endabsatz – streng genommen eine *zweite* Transaktion – hinzugenommen und es erfolgt eine Gesamtbetrachtung des wirtschaftlichen Sachverhalts, keine Preisermittlung für die konkrete Geschäftsbeziehung – den *Verkauf* der elektronischen Geräte vom Hersteller an die Vertriebsentität.

Das *Beispiel 4* ist eine Abwandlung des *Beispiels 3*. Diesmal seien die Werbe- und Vertriebsfunktionen *nicht* wesentlich für den Absatzerfolg und keine eigenständige Quelle wettbewerblcher Vorteile. Vielmehr ist der Absatzerfolg abhängig von der Qualität des Produkts. Die Risiko- und Funktionsanalyse ergibt die jeweils gesonderte Übernahme und tatsächliche Tragung der mit den jeweiligen Funktionen zusammenhängenden Risiken. Die Werbe- und Vertriebsrisiken sind jedoch nicht wirtschaftlich

---

(which may be impacted by the playing out of the economically significant risks) would be unlikely to represent an arm's length outcome for such contributions or risk assumption.“

<sup>1617</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 77-82.

signifikant. Infolgedessen ist eine Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode nicht sachgerecht und die Vergütung für die Vertriebsgesellschaft eher durch Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode zu ermitteln.<sup>1618</sup> Es bleibt das strukturelle Problem des *Beispiels 3* bestehen, dass substantiell *eine Gesamtbetrachtung* des wirtschaftlichen Sachverhalts vorgeschlagen wird, *nicht* nur die Ermittlung eines angemessenen Verkaufspreises für die elektronischen Güter.<sup>1619</sup>

Im *Beispiel 5* entwickelt eine Gesellschaft ein Computerprogramm. Das Programm wird auf eine andere Gesellschaft der Unternehmensgruppe übertragen, die die Skalierung der Technologie übernimmt. Ohne diese Skalierung wäre das Programm für Endkunden nicht brauchbar. Die Aktivitäten *beider* Entitäten in Bezug auf diesen einen immateriellen Wert zusammen ergeben eine Wettbewerbern überlegene Anwendung. Unter diesen Umständen sei die transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode „vermutlich“ am sachgerechtesten.<sup>1620</sup> Auch das *Beispiel 5* bereitet deshalb Probleme, weil nicht hinreichend klar wird, welches konkrete Risiko- und Funktionsprofil die Parteien aufweisen. Es wird nicht deutlich, warum die eine oder andere Tätigkeit nicht als „nur einfache“ Auftragstätigkeit ausgestaltet sein könnte. Aus Sicht der Gesamtkonzernwertschöpfung kann man sicherlich eine transaktionsbezogene Gewinnaufteilung in *Beispiel 5* gerechtfertigt finden; eine klare Definition des Inhalts oder ein klares Konzept der „unique and valuable contributions“ wird indes nicht erkennbar.

Der Draft on Profit Splits 2017 fährt damit fort, den zweiten möglichen „Indikator“ für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode – die „highly integrated business operations“ – zu erläutern.<sup>1621</sup> Während alle Unternehmensgruppen zu einem bestimmten Grad integriert sind, könne ein besonders hohes Maß („particularly high degree“) an Integration ein Indikator für die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode sein.<sup>1622</sup> Übernommen wird die im Draft on Profit Splits 2016 für ein „high degree of integration“ entwickelte Definition, um den „particularly high degree“ zu definieren als eine Integration von Aktivitäten, bei der

---

<sup>1618</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 83-85.

<sup>1619</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 79: „Once the products are manufactured, they are sold to Company B, which will develop and execute cutting-edge global marketing activities relating to the new line of products.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1620</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 86-88.

<sup>1621</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 19 ff.

<sup>1622</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 19, gegenüber Draft on Profit Splits 2016, Tz. 21, dort nur „high degree of integration“.

„the way in which one party to the transaction performs functions, uses assets and assumes risks is interlinked with, and *cannot reliably be evaluated in isolation* from, the way in which another party to the transaction performs functions, uses assets and assumes risks. In contrast, many instances of integration within an MNE result in situations in which the contribution of at least one party to the transaction can in fact be reliably evaluated by reference to comparable uncontrolled transactions.<sup>1623</sup>“

Entscheidend ist somit die Frage, wann „business operations“ – unklar ist, ob diese sich von den „contributions“ unterscheiden<sup>1624</sup> – für sich genommen verlässlich beurteilt werden können bzw. wann nicht („cannot reliably be evaluated in isolation“). Das *Beispiel 6*, das diese Maßgaben verdeutlichen soll, betrifft ein Auftragsproduktionsverhältnis. Die Muttergesellschaft eines Technologiekonzerns, die Eigentümerin der Marke, unter welcher die Produkte verkauft werden, und der alleinigen Vertriebsberechtigung ist, lagert die Herstellung der elektronischen Geräte an eine Tochtergesellschaft aus. Der Herstellungsprozess bleibt unter der Direktion der Muttergesellschaft, die auch eine Schlüsselkomponente („key component“) zur Herstellung liefert. Alle sonstigen Mittel zur Herstellung beschafft die Tochtergesellschaft anderweitig. Zur Ausübung der Herstellungsfunktionen hat die Tochter in spezielle Produktionsmaschinen investiert. Die fertigen Produkte werden an die Muttergesellschaft verkauft, die die weitere Vermarktung und den Vertrieb übernimmt. Die zutreffende Darstellung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung ergibt, dass die Tochtergesellschaft keine „unique and valuable contributions“ erbringt und keine für die „business operations“ der Unternehmensgruppe wirtschaftlich signifikanten Risiken trägt. Zwar sind die Operationen der beiden Gesellschaften in gewisser Weise („to some degree“) integriert, aber die Herstellungsfunktionen werden sich durch einen Bezug auf Geschäftsbeziehungen zwischen fremden Dritten und die Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode „verlässlich“ vergüten lassen; die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode wird dagegen „vermutlich“ nicht die „most appropriate method“ sein.<sup>1625</sup> Das *Beispiel 6* nähert sich der Auslegung von „highly integrated operations“ also nur negativ, noch dazu durch einen recht eindeutigen Fall von nicht „stark“ integrierten Operationen. Der indizierte Zusammenhang mit der verlässlichen („reliable“) Preisermittlung durch die Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode auf der Grundlage von Vergleichswerten impliziert erneut, dass unternehmerische Aktivitäten

---

<sup>1623</sup> Draft on Profit Splits 2017, Tz. 19.

<sup>1624</sup> Mit der abweichenden Begriffswahl scheint die OECD Working Party No. 6 indes keine konkreten Implikationen zu verbinden, vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 21 f.

<sup>1625</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 89-92.

„nicht verlässlich einzeln beurteilt“ werden können, wenn sich Vergleichswerte nicht finden lassen. Dies stünde indes im Widerspruch zu der Maßgabe, das Fehlen von Vergleichswerten allein sei nicht ausreichend, um die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode zu Anwendung zu bringen;<sup>1626</sup> nach den Maßgaben der OECD-Leitlinien 2010 kommt in solchen Fällen gerade auch die transaktionsbezogene Nettomargenmethode (TNMM) in Betracht.

Neben diesem negativen Fall von „highly integrated operations“ stellt der Draft on Profit Splits 2017 auf zwei positive Fallgruppen vor.<sup>1627</sup> Einerseits könnten Parteien gemeinsam Funktionen ausüben, gemeinsam Eigentümer von Wirtschaftsgütern sein und/oder gemeinsam Risiken in einem Ausmaß tragen, das eine Beurteilung der Beträge ohne Berücksichtigung der jeweils anderen nicht verlässlich erfolgen kann. Dies könne insbesondere bei globalem Handel mit Finanzinstrumenten der Fall sein.<sup>1628</sup> Andererseits könne die Integration zwischen Gruppenunternehmen ein hohes Maß an Interdependenz aufweisen.<sup>1629</sup> Dies kann etwa der Fall sein, wenn Parteien in eine langfristige Beziehung eintreten, für die jede erhebliche Beträge („significant contributions“) erbringt, deren Wert maßgeblich von denen der anderen Partei abhängt. In einem solchen Fall könnte unter fremden Dritte eine flexible Vergütungsform, die die Risiken aus der Interdependenz abgebildet, vereinbart werden.<sup>1630</sup> Sind die Beiträge der Parteien demnach als „highly inter-related or inter-dependent“ anzusehen, kann eine ganzheitliche („holistic“) Prüfung der Beiträge erforderlich sein, wobei sich die jeweiligen Beiträge als „unique and valuable“ oder als werthaltiger im Zusammenwirken mit den anderen Beiträgen erweisen können, auch wenn sie für sich genommen alleine keinen signifikanten Wert haben müssen.<sup>1631</sup> Ferner ist das Ausmaß an gemeinsam getragenen Risiken oder an gesondert getragenen Risiken, die wirtschaftlich eng verbunden sind, bei der Beurteilung der „most appropriate method“ und bei der Tei-

---

<sup>1626</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 14, sowie insb. 28 f.

<sup>1627</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 20 f.

<sup>1628</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 20 und Tz. 93-100, *Example 7*. Das Beispiel stellt die interne Entscheidungsfindung innerhalb eines Finanzdienstleistungsunternehmens vor. Dieses unterhält zwei auf jeweils einen Staat spezialisierte Tochtergesellschaften. Diese zwei Gesellschaften bringen ihr Wissen in bei der Muttergesellschaft bestehendes „investment management committee“ (IMC) ein. Das IMC trifft auf dieser Grundlage die Investitionsentscheidungen. Die Aktivitäten der zwei Tochtergesellschaften seien untereinander „highly integrated“, aber nicht im Verhältnis zur Muttergesellschaft, diese kaufe sich eine marktübliche Beratungsleistung ein.

<sup>1629</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 21.

<sup>1630</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 21.

<sup>1631</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 22.

lung der Gewinne aus der Geschäftsbeziehung zu berücksichtigen.<sup>1632</sup> Beiträge zu Kontrolle von Risiken, die eine andere Partei übernommen hat, können zwar zu einer Teilhabe an Gewinn- und Verlustchancen aus diesem Risiko entsprechend der Kontrollfunktionen („commensurate with its contributions to control“) führen; aber nicht jede Ausübung von Kontrollfunktionen führe zur Anwendung der Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1633</sup> Vollständig entfallen sind die Überlegungen zur typologischen Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Integrationsverhältnissen bei der Beurteilung der „highly integrated business operations“.<sup>1634</sup>

Der Draft on Profit Splits 2017 bespricht zuletzt als dritten möglichen „Indikator“ für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode die gemeinsame Tragung von wirtschaftlich signifikanten Risiken bzw. die gesonderte Tragung von eng verbundenen Risiken, die nicht verlässlich einzeln beurteilt werden können.<sup>1635</sup> Dieses Merkmal hatte der Draft on Profit Splits 2016 zur Verklammerung der zwei vorgenannten Indikatoren verwendet und dadurch eine relativ präskriptive Prüfung etabliert. Die Indikationswirkung dieses Merkmals werde wesentlich von der wirtschaftlichen Signifikanz des Risikos bzw. der Risiken abhängen, was in Hinsicht auf die unternehmerischen Aktivitäten beurteilt werden sollte, nicht aus der Perspektive der jeweiligen Parteien der Geschäftsbeziehung.<sup>1636</sup> Tragen demnach beide Parteien ein wirtschaftlich signifikantes Risiko gemeinsam bzw. jeweils gesondert eng verbundene Risiken und wird die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode für die „most appropriate method“ befunden, so wird eine Aufteilung der tatsächlichen – nicht nur der erwarteten – Gewinne „wahrscheinlich“ sachgerecht sein.<sup>1637</sup> Die umfangreichen Erwägungen zur Unterscheidung zwischen tatsächlichen und erwarteten Gewinnen des Draft on Profit Splits 2016 sind indes weggefallen.<sup>1638</sup>

In Klarstellung des Draft on Profit Splits 2016 hebt der Draft on Profit Splits 2016 für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode noch hervor, dass das Vorliegen von Faktoren, die die Sachgerechtigkeit dieser Methode indizieren, tendenziell mit dem Fehlen von Faktoren, die die

---

<sup>1632</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 23.

<sup>1633</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 24.

<sup>1634</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 21.

<sup>1635</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 25 ff.

<sup>1636</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 26.

<sup>1637</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 27.

<sup>1638</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2016, Tz. 2-9.

Sachgerechtigkeit einer anderen, einseitigen Verrechnungspreismethode indizieren, korrespondieren wird, d.h. insbesondere, dass das Vorhandensein von Vergleichswerten häufig die Sachgerechtigkeit der Gewinnaufteilungsmethode ausschließen wird. Allerdings sei das Fehlen von Vergleichswerten allein *nicht* ausreichend für die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode.<sup>1639</sup>

#### **dd) Stellungnahme zur Revision des Kapitels II, Part III, Abschnitt C.**

Der Versuch der OECD Working Party No. 6, die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode um das „most appropriate method principle“ herum zu systematisieren und dabei vorrangig mit der Figur der „unique and valuable contributions und anderen „Indikatoren“ zu arbeiten, anstatt präskriptive Prüfungsschema zu entwerfen, ist grundsätzlich zu begrüßen. Technisch ist die Umsetzung noch nicht geglückt. Ein wichtiger Grund dafür scheint in der Rolle der Risiken in der regressiven Tendenz des Final BEPS Report zu liegen, die Substanzanforderungen für vertragliche Risikotragungen abgesenkt hat und dadurch die Working Party No. 6 zwingt, zur Verhinderung von Verrechnungspreisergebnissen, die erneut zu Gewinnverlagerungen führen können, die Risikotragung allein nicht als „unique and valuable contribution“ anzusehen sowie die sich in der Praxis als problematisch abzeichnenden Konstellationen der Erbringung von Beiträgen zur Kontrolle eines Risikos, das eine andere Entität trägt, nicht automatisch auf eine Gewinnaufteilung hinauslaufen zu lassen, die nicht alle Staaten anerkennen werden und dadurch zu Doppelbesteuerungen führen können. Folgeproblem dieser Notwendigkeiten sind unklare Maßstäbe in Bezug auf die Rolle von Risiken bei der Beurteilung der „unique and valuable contributions“. Diese Unklarheit durchzieht alle „Indikatoren“ und schafft wenig brauchbare Anwendungsbeispiele. Die Working Party No. 6 sollte mutiger mit der internen Werthaltigkeit der Beiträge argumentieren, um den Charakter „unique and valuable“ zu beschreiben, insbesondere die Erkenntnisse der „theory of the firm“ sowie ihre Erweiterung durch das „ecclectic paradigm“ und die „capabilities theory“ aufzugreifen versuchen.<sup>1640</sup>

---

<sup>1639</sup> Vgl. Draft on Profit Splits 2017, Tz. 28.

<sup>1640</sup> Siehe zu einer Idee dazu ausf. unten Kapitel III, Abschnitt II., B.V.

### c) Ein Hintergrundproblem: China's Country Practice

Ein Hintergrundproblem der BEPS-Verhandlungen, das im Laufe des Projekts immer wieder Aufsehen erregte,<sup>1641</sup> ist die Bestrebung der Volksrepublik China (VRC) den Anwendungsbereich der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode extensiv auszulegen und dabei mit immer neuen Argumentationen zu experimentieren.<sup>1642</sup> Im Kern kreisen die dabei verwendeten Argumente um die steuerlichen Auswirkungen von Standortbesonderheiten (LSA),<sup>1643</sup> die nach Auffassung der chinesischen State Authority on Taxation (SAT) zur Profitabilität der chinesischen Entitäten und der ausländischen Muttergesellschaft beitragen.<sup>1644</sup> Die LSA werden in zahlreichen wirtschaftlichen Faktoren „entdeckt“ und fließen ganz unterschiedlich in die Verrechnungspreisanalyse ein – als Vergleichbarkeitsfaktor, als immaterieller Wert, als Risikofaktor, als „unique and valuable contribution“ zur Anwendung oder als Gewinnaufteilungsfaktor in Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode; in Verrechnungspreisdokumentationen sei eine Darlegung, wie sich die LSA ausgewirkt haben, für Steuerpflichtige in der VRC verpflichtend.<sup>1645</sup> Das Ziel der Argumentation des SAT ist regelmäßig irgendwie zur Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zu gelangen und die tatsächlichen Gewinne aus der Wertschöpfungskette, in die die chinesische Entitäten einer Unternehmensgruppe integriert sind, zu besteuern, nicht nur (vertragliche) „routine“ Gewinne.

Dieses Ziel wird national seit Inkrafttreten des neuen chinesischen Körperschaftsteuergesetzes von 2008 und international seit Vorlage des UN Practical Manual on Transfer Pricing 2013<sup>1646</sup> von der SAT stetig deutlicher formuliert. China's in den UN-Leitlinien 2013 dargestellte Country Practice benannte das „Fehlen“ von belastbaren Vergleichswerten, die Behandlung von Standortvorteilen und die Identifizierung von immateriellen Werten als Hauptprobleme bei der Anwendung des Fremdvergleichs-

---

<sup>1641</sup> Vgl. etwa *Herzfeld*, News Analysis: Splitting Profits With Communists, Tax Notes, 10.08.2015; Replik *Piccio*, Profit Splits and China: Hardly Communist, Tax Notes, 03.09.2015.

<sup>1642</sup> Vgl. ausf. Zur chinesischen „country practice“ *Ainsworth/Shact*, Transfer Pricing: UN Practical Manual – China, Boston University School of Law, Working Paper No. 14-1, 06.01.2014.

<sup>1643</sup> Vgl. zu diesen oben, Kapitel II, Abschnitt I, C.II.

<sup>1644</sup> Vgl. *Bell*, China's SAT Moving Needle on OECD Intangible Guidance, BNA Bloomberg, Transfer Pricing Report, 24.01.2014.

<sup>1645</sup> Vgl. m.w.N. *Bell*, China's SAT Moving Needle on OECD Intangible Guidance, BNA Bloomberg, Transfer Pricing Report, 24.01.2014.

<sup>1646</sup> United Nations, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Department of Social & Economic Affairs, ST/ESA/347, 2013 („UN-Leitlinien 2013“), abrufbar unter [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Manual\\_TransferPricing.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf).

grundsatzes.<sup>1647</sup> Dabei zeigte sich unmissverständlich deutlich, wie eng diese „Probleme“ für die SAT mit der „Lösung“ der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zusammenhängen.

„In practice, foreign companies are often used as an alternative to domestic comparables. As a result, comparables sets are often dominated by companies in developed countries, simply because there are usually a much larger number of public companies in these countries. While globalization and free capital mobility are the basis for the use of foreign comparables, the existence of foreign exchange controls in many developing countries violates this pre-condition. Accordingly, *significant comparability adjustments may be necessary for companies in developed countries to be used as comparables for companies in developing countries. In some cases, it may require a different methodology such as profit split as no sufficiently reliable comparability adjustment may be feasible.* [...] China takes the view that there may be instances where *the differences in geographical markets are so material that it warrants comparability adjustments to bridge the differences.* By making such comparability adjustments, taxpayers in developing countries can overcome the practical difficulties in applying the arm's length principle to their transfer pricing analysis.<sup>1648</sup>”

Das „Fehlen“ von Vergleichswerten sei also eine Konsequenz der Besonderheiten des chinesischen Marktes. Diese „Zerstören“ die Vergleichbarkeit mit anderen, nicht-chinesischen Geschäftsbeziehung, die grundsätzlich zwar ein vergleichbares Risiko- und Funktionsprofil haben, aber eben unter anderen, „nicht vergleichbaren“ externen Marktumständen erfolgen. Die Besonderheiten führen nach Ansicht der SAT oft zu Standortvorteilen (LSA<sup>1649</sup>), die Produktionsvorteile und dadurch zu Mehrgewinnen für den Konzern – sei es durch „Location savings“, sei es „durch „market premiums“<sup>1650</sup> – ermöglichen.<sup>1651</sup> Auch die Monetarisierung von immateriellen Werten hängt für die SAT mit den Besonderheiten des chinesischen Markts zusammen.

„Intangibles are as major an issue for developing countries as they are for developed countries. While MNEs in developed countries often have superior technology intangibles, they need the fast growing market in the developing countries *and* contribution of the subsidiaries in these countries to

---

<sup>1647</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.1.2.

<sup>1648</sup> UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.2.2. ff. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1649</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.3.1.: „LSAs are advantages for production arising from assets, resource endowments, government industry policies and incentives, etc, which exist in specific localities. For example, household electronics manufacturers invest in China to take advantage of a large pool of well-educated low-cost labour and a well-developed network of suppliers.”

<sup>1650</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.3.2. f.: „Location savings are the net cost savings derived by a multinational company when it sets up its operations in a low-cost jurisdiction. Net cost savings are commonly realized through lower expenditure on items such as raw materials, labour, rent, transportation and infrastructure even though additional expenses (so-called dis-savings) may be incurred due to the relocation, such as increased training costs in return for hiring less skilled labour. Market premium relates to the additional profit derived by a multinational company by operating in a jurisdiction with unique qualities impacting on the sale and demand of a service or product.”

<sup>1651</sup> Vgl. ausf. UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.3.

develop these markets *in order to monetize the value in such intangibles*. For developing countries, marketing intangibles and LSAs are often closely integrated, and *due consideration is necessary to properly compensate the contribution of the subsidiaries in developing countries*.<sup>1652</sup>

Die Standortbesonderheiten können ferner bei der Aufteilung von Funktionen auf verschiedene Entitäten, die zu einer Unternehmensgruppe gehören und jeweils vertraglich risikobefreite Funktionen ausüben, eine Gesamtbetrachtung der unternehmerischen Aktivitäten aller chinesischen Entitäten der Unternehmensgruppe zwingen.

„For example, they set up manufacturing operations to take advantage of the abundant cheap labour or natural resources to supply products for overseas markets, R&D to take advantage of local talent for overseas principals, and distribution of imported products to the local market. These operations often take the form of contract or toll manufacturing, contract R&D, and limited risk distribution to leave little profit to the local country, *despite the fact that many such comparative advantages contribute significant profits to the multinational group*. [...] *A holistic view of functions and risks may need to be taken*. Many MNEs have set up multiple companies in China with each company performing only a single function, such as manufacturing, distribution, R&D, and services, and with the claim that each of these entities is entitled to a limited return. Others have some or all of manufacturing, distribution, R&D, and services functions in one entity, and still claim that each of these functions is entitled to only a routine return. *The Chinese tax administration takes the view that when a group has multiple single function entities, they may have to be taken into consideration as a whole in order to properly determine the return the group companies should earn in China*. Similarly, an entity with multiple functions may have to be reviewed in its entirety in order to properly determine its returns.<sup>1653</sup>”

Dieser „holistic approach“ und eine „genaue Betrachtung“ der vertraglich risikobefreiten Tätigkeiten würden häufig einseitige Methoden unsachgerecht erscheinen lassen und für eine Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode sprechen.<sup>1654</sup> Auch in vielen anderen Sachverhaltskonstellationen würden Unternehmensgruppen nach Auffassung der SAT dazu neigen, die wirtschaftlichen Beiträge der Entitäten aus Entwicklungsländern zu „unterschätzen“. <sup>1655</sup> Auch dies zwingt dazu, über Alternativen zur Verwendung der einseitigen TNMM, vor allem über eine Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode, nachzudenken. Dies gilt insbesondere für den „electronic manufacturing services (EMS) sector, where the entire, or nearly the whole manufacturing and assembly activities of a foreign EMS multinational group, have been outsourced to its Chinese affiliate.“<sup>1656</sup> Dabei zeigt die SAT ein

---

<sup>1652</sup> UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.4.1. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1653</sup> UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.5.1. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1654</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.5.4.

<sup>1655</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.5.5. ff.

<sup>1656</sup> UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.6.1.

extrem extensives Verständnis „sachgerechten“ Ergebnissen in EMS-Fallkonstellationen,<sup>1657</sup> das auf eine völlige Überwerfung des Fremdvergleichsgrundsatzes hinauslaufen kann.

„Rather than a transactional or profits-based approach, a contribution analysis approach may be more suitable. This means that remuneration to each party involved would be commensurate with its role and contribution to the value chain in the group. In this case, *the assets and the people should largely dictate where the group’s profits should stay, and a global formulary approach should be a realistic and appropriate option.* Alternatively, the Chinese tax administration may determine the property return for the headquarters, *with the Chinese manufacturer earning the residual profits.* Another potential alternative may be to evaluate the Chinese manufacturer on the return on its assets or capital employed, using the group’s results as a comparable for the Chinese manufacturer.<sup>1658</sup>”

Diese ab 2013 international kommunizierte Verrechnungspreisposition der SAT wird durch die auch Klarstellung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode im Rahmen der BEPS-Verhandlungen – bislang mit gemischtem Erfolg<sup>1659</sup> – versucht einzudämmen bzw. international zu koordinieren.<sup>1660</sup>

## 7. Gesamtbeurteilung der Ergebnisse der BEPS-Initiative

Bereits mit der Darstellung der Entwürfe und des Final BEPS Report wurde eine Einordnung und Beurteilung der entwickelten Konzepte und ihrer Genealogie verbunden. Im Folgenden sollen fünf Problemschwerpunkte betrachtet werden, um eine Gesamtbeurteilung der im Detail sehr komplexen BEPS-Ergebnisse für die internationale Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise zu ermöglichen. Diese Problemschwerpunkte betreffen (i) den Leitgedanken „Aligning transfer pricing outcomes with value creation“, (ii) den „separate entity approach“ und die Bedeutung rechtlicher Positionen, (iii) die Unterscheidung von „accurate delineation“ und „recharacterisation“, (iv) die Ausübung von Kontrolle in der

---

<sup>1657</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.6.2.: „The typical set up for these manufacturing and assembly operations is such that the majority of the work force and tangible assets of these foreign EMS multinational groups are located in China, including many high-level operational staff. The headquarters of these EMS companies are located outside of China, with the EMS group’s revenues supported by significant manufacturing contracts with third party global consumer electronics companies. Often, in such instances, the multinational group’s transfer pricing policies have little regard for properly compensating the Chinese manufacturer. The profits of the Chinese manufacturer are stripped away as much as possible on the basis that the manufacturer is a contract manufacturer or a toll manufacturer with a very low risk profile.”

<sup>1658</sup> UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.3.6.3. f. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1659</sup> Vgl. UN-Leitlinien 2017, D.2. China Country Report, S. 547 ff. Diese Kontinuität übersieht *Bell, China Backs Down on Controversial Transfer Pricing Method*, 25 Transfer Pricing Report 1373, BNA Bloomberg, 20.04.2017.

<sup>1660</sup> Vgl. dazu oben Fn. 969.

internationalen Gewinnallokation sowie (v) das Verhältnis von Kapitaleinsatz und operativen Risiken und Funktionen. Diese Schwerpunkte werden formal aufgegliedert, aber es bestehen zahlreiche inhaltliche Wechselwirkungen zwischen ihnen. Man könnte die Problemschwerpunkte daher auch als verschiedene Facetten oder Blickwinkel auf das Gewinnallokationssystem des Fremdvergleichsgrundsatzes („separate entity approach“) bezeichnen. Die nachfolgende Gesamtbeurteilung durch die Betrachtung der Problemschwerpunkte dient dadurch auch der Vorbereitung der Beurteilung des Final BEPS Report anhand der in Kapitel I entwickelten Anforderungen an das internationale Gewinnallokationssystem sowie als Einstieg in die Untersuchung alternativer Lösungsansätze und in die Formulierung eines eigenen Vorschlags für eine Richtung der weiteren Fortentwicklung des internationalen Verrechnungspreissystems.

#### **a) Der Leitgedanke „Aligning transfer pricing outcomes with value creation“**

Die Revision der OECD-Leitlinien 2010 durch die OECD/G20 BEPS-Initiative wurde durch den Leitgedanken verklammert, die Verrechnungspreisergebnisse mit den wirtschaftlichen Aktivitäten und der Wertschöpfung von Unternehmensgruppen zusammenzuführen. Dieses Paradigma wurde durch den Action Plan on BEPS mit zweifach negativer Konnotation auf der Grundlage des Addressing BEPS Report formuliert, (i) zur Verhinderung „staatenloser Einkünfte“ durch vertragliche Konstruktionen über die Kosten- und Risikotragung und (ii) zur Verhinderung eines Wechsels zur Formularaufteilung; die positive Konnotation des Paradigmas wurde durch das BEPS-Projekt dagegen nicht eindeutig formuliert<sup>1661</sup> und lässt sich nur schwer in einem abstrakten Sinn aus den zahlreichen Entwürfen und/oder dem Final BEPS Report deduzieren. Dabei erscheint die Deduktion eines Rahmens für das Paradigma aus den historischen Materialien zur „economic allegiance“ durchaus möglich. Danach ist Wertschöpfung unter Berücksichtigung der internen Perspektive der Unternehmensgruppe auf die funktionalen Einzelbeiträge der Entitäten zu verstehen. Die OECD-Leitlinien 1995

---

<sup>1661</sup> Vgl. u.a. *Athanasiou/Sheppard*, OECD's Draft on Transfer Pricing Goes Beyond Arm's Length, Tax Notes, 22.12.2014: „The OECD base erosion and profit shifting project negotiators are in agreement that multinationals should not be able to shift residual income from valuable intangibles to tax havens. They don't agree on the tools to prevent that practice, nor do they even remotely agree on which affected country should tax that income – hence the vague term ‘value creation.’“ Sowie *Grinberg*, *Breaking BEPS: The New International Tax Diplomacy*, Georgetown Law, Working Draft, September 2015, S. 18 ff.: „The BEPS project [...] endorsed the idea that the existing transfer pricing guidelines were broken, but has heretofore failed to reach a meaningful consensus on a clearly delineated alternative. [...] [A] lack of shared natural interests among the strongest states with respect to the relevant metrics for attributing value creation to a jurisdiction forces technocrats to rely on creative ambiguity to mask key tensions.“

hatten dagegen den „Produktionskostenansatz“ des U.S. White Paper 1988 weitgehend übernommen, der die Gewinne von Unternehmensgruppe als Summe bestimmter „factors of production“ ansieht, vertragliche Abreden regelmäßig anerkennt und den verbleibenden Residualgewinn an den wirtschaftlichen Eigentümer der erfolgswesentlichen immateriellen Werte allokiert bzw. reflexhaft zufallen lässt. Die Konkretisierung der Risiko- und Funktionsanalyse durch die OECD-Leitlinien 1995 in Anlehnung an die U.S. Treasury Regulations 1994 gab diesem Konzept Ausdruck. Durch die BEPS-Initiative wurde die Risiko- und Funktionsanalyse daher folgerichtig als eine zentrale Stellschraube für die Zusammenführung von wirtschaftlichen Aktivitäten und Wertschöpfung bei der internationalen Allokation von Bemessungsgrundlage identifiziert. Zwar wird weiterhin substantiell die Formel der „ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken“ verwendet, um den Inhalt der Geschäftsbeziehung darzustellen und dem Fremdvergleich zu unterziehen. Diese Prüfung berücksichtigt nunmehr indes verstärkt – wenn auch nicht konsequent – auch die interne Perspektive der Unternehmensgruppe auf den Wertschöpfungsgehalt der funktionalen Beiträge der Gruppenunternehmen. Diese „modifizierte“ Risiko- und Funktionsanalyse erfüllt weiterhin den Zweck, dem sie auch bisher diente, d.h. die Bestimmung des wirtschaftlichen Gehalts der Geschäftsbeziehung zur Anwendung der sachgerechtesten („most appropriate“) Verrechnungspreismethode durch Vergleich mit Vergleichswerten, wenn ermittelbar, oder durch Anwendung einer ein- oder zweiseitigen Gewinnmethode, je nach wirtschaftlichem Gehalt der jeweiligen Beiträge der Entitäten. Somit basieren auch die OECD-Leitlinien 2017 implizit auf der Dialektik von Routine- und Entrepreneurfunktionen und ordnen dementsprechend die Residualgewinne zu, aber die Analyse der Beiträge der Gruppenunternehmen ist nicht mehr im engen Sinne als „Produktionskostenansatz“ zu verstehen. Zwar kennzeichnen weiterhin vor allem das wirtschaftliche Eigentum an immateriellen Werten und die Risikotragung die Entrepreneurfunktionen und führen zu „unique and valuable contributions“, aber die Ermittlung der Risikotragung und des wirtschaftlichen Eigentums erfuh durch die gestärkte Berücksichtigung des internen Werts der Beiträge im DEMPE-Prozess – insbesondere der Kontrolle und der „wichtigen“ DEMPE-Funktionen – einen deutlichen Betonungswechsel, auch wenn dieser durch die ab 2014 einsetzende „regressive Tendenz“ der BEPS-Verhandlungen zunehmend abgeschwächt wurde.

Theoretisch ist die Zusammenführung von „entrepreneurial“ Risiken und Funktionen mit der Residualgewinnberechtigung eine im Ansatz zutreffende Ausgestaltung der „positiven“ Konnotation des Paradigmas, wenn die Ermittlung des Entrepreneurcharakters dem wahren internen wirtschaftlichen Wert der Beiträge entspricht. Berücksichtigt werden muss daher u.a. konsequenterweise auch, dass der Einsatz von erfolgsentscheidenden immateriellen Werten häufig nur durch die Internalisierung der Geschäftsbeziehung möglich ist. Diese „wirtschaftliche Realität“ wurde von den OECD-Leitlinien 1995 offen eingeräumt – indes als ein praktisches Problem gedeutet.

„A practical difficulty in applying the arm’s-length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may *occur because in transacting business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises*. For example, an independent enterprise may not be willing to sell an intangible (e.g. the right to exploit the fruits of all future research) for a fixed price if the profit potential of the intangible cannot be adequately estimated and there are other means of exploiting the intangible. In such a case, an independent enterprise might not want to risk an outright sale because the price may not reflect the potential for the intangible to become extremely profitable. *Similarly, the owner of an intangible may be hesitant to enter into licensing arrangements with independent enterprises for fear of the value of the intangible being degraded. In contrast, the intangible owner may be prepared to offer terms to associated enterprises that are less restrictive because the use of the intangible can be more closely monitored. There is no risk to the overall group’s profit from transactions of this kind between members of an MNE group. [...] Where independent enterprises seldom undertake transactions of the type enter into by associated enterprises, the arm’s-length principle is difficult to apply because there is little or no direct evidence of what conditions would have been established by independent enterprises.*<sup>1662</sup>“

Somit erkannten die OECD-Leitlinien 1995, dass das Wertminderungsrisiko („debasement risk“) zur Internalisierung von Transaktionen führt und die Einschaltung einer möglichen „Routineentität“ – etwa einem Lizenznehmer – das Risiko- und Funktionsprofil der Geschäftsbeziehung für die Unternehmensgruppe zu verändern vermag. Dies bedeutet indes wirtschaftlich – anders als die OECD-Leitlinien 1995 erklären –, dass die Einschaltung eines verbundenen Unternehmens zur Nutzung von immateriellen Werten zu einem Mehrgewinn für die Unternehmensgruppe durch das „Verschwin-

---

<sup>1662</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.10. (Kursiv hinzugefügt) Interessanterweise wurde die Tz. 1.10 durch die Revision der OECD-Leitlinien 2010, die den Ausnahmecharakter der „profit split method“ aufhob und vertraglich Abreden – insbesondere in Bezug auf Risikotragung – durch das neue Kapitel IX anzugreifen begann, geändert. Dies ist Ausdruck der ab 2005 – mit dem 2nd OECD CFA Roundtable – offiziell einsetzende Tendenz, von dem engen „Produktionskostenansatz“ schrittweise abzuweichen und wirtschaftliche Betrachtungen der Wertschöpfung durch aktive (Personal-) Funktionen in die Auslegung des Fremdvergleichsgrundsatzes einfließen zu lassen.

den“ bestimmter Risiken führt; eine Vergütung allein der vordergründigen Routinefunktionen durch eine Standardmethode wird also u.U. nicht den tatsächlichen Wertschöpfungsbeitrag vollständig erfasst. Dies kann für die Anwendung der zweiseitigen transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode sprechen, auch wenn dabei der Gewinnanteil der funktionalen Routineentität dabei zwar verhältnismäßig niedrig sein muss, so wäre er dennoch unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus der Nutzung des immateriellen Werts ermittelt worden.<sup>1663</sup> Das „Verschwinden“ bestimmter Marktrisiken wird somit als Bestandteil der wirtschaftlichen Eigenschaften der Geschäftsbeziehung und der in ihr ausgeübten Funktionen angesehen, da die theoretische Alternativtransaktion, in der ein hypothetisches, fremdes Unternehmen dieselben Funktionen „am Markt“ ausübt, diese Risiken entstehen lässt. Beide Parteien der Geschäftsbeziehung liefern daher einen funktionalen Beitrag zum „Verschwinden“ des Risikos und somit zur Entstehung des operativen Mehrgewinns.<sup>1664</sup>

Insgesamt zeigt der Final BEPS Report daher in Umsetzung des Leitgedankens, die Verrechnungspreisergebnisse mit den wirtschaftlichen Aktivitäten und der Wertschöpfung von Unternehmensgruppen zusammenzuführen, zwar ein Abrücken von dem zu engen Produktionskostenansatz der OECD-Leitlinien 1995/2010 aber keinen Versuch, eine konsequente Orientierung an der tatsächlichen, internen Wertschöpfung zu entwerfen. Dabei zeigte sich im Laufe des BEPS-Projekts eine anfängliche Neigung, den Gesamtwertschöpfungsprozess der Unternehmensgruppe klarer in den Blick zu fassen, die indes durch zunehmend regressive Tendenzen beschnitten und weitgehend zurückgesetzt wurde, so dass der Final BEPS Report wieder deutlicher von einer Betrachtung der Beiträge als „Input-Faktoren“ gekennzeichnet ist und vertraglichen Abreden ein größeres Gewicht beimisst als dies zu Beginn des Projekts avisiert wurde.

#### **b) Der „separate entity approach“ und die Bedeutung rechtlicher Positionen**

Untrennbar verbunden mit dieser Ausrichtung der Sichtweise auf die Werthaltigkeit der Beiträge der Gruppenunternehmen im gesamten Wertschöpfungsprozess ist die Bestimmung des wirtschaftlichen Charakters der jeweiligen Gruppenunternehmen. Das „separate entity principle“ der OECD-Leitlinien 1995 basierte auf der grundsätzlichen Annahme wirtschaftlicher Eigenständigkeit der Gruppenunternehmen; jedes ver-

---

<sup>1663</sup> Ähnlich *Ackerman/Chorvat*, *Modern Financial Theory and Transfer Pricing*, *Geo. Mason Law Review*, 2002, 637, 657 ff., aber mit anderer Betonung.

<sup>1664</sup> Näherungsversuche an die interne Wertschöpfung noch unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.

bunden Unternehmen solle für sich genommen betrachtet werden, seine ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken ermittelt und grundsätzlich gesondert als eigenständige Einzelbeiträge fremdüblich vergütet werden. Die Einbindung in eine Gesamtwertschöpfung sollte dagegen (vordergründig) grundsätzlich keine Rolle spielen.

„By seeking to adjust profits by reference to conditions which would have been obtained between independent enterprises in comparable transactions and *comparable circumstances*, the arm's-length principle follows the approach of treating each enterprise of an MNE group as operating as separate entities *rather than as inseparable parts of a single unified business*. Because the separate entity approach treats the members of an MNE group as if they were independent enterprises, attention is focused on the nature of the dealing between those members.<sup>1665</sup>“

Deutlich wird in dieser Beschreibung des Zwecks und der grundsätzlichen Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes des Art. 9 OECD-MA im Sinne eines „separate entity approach“ neben der Herauslösung der Beiträge aus der Gesamtwertschöpfung auch ansatzweise die Rolle von vertraglichen Abreden und rechtlichen Positionen („nature of the dealing“). Die quasi-maßgebliche Rolle von vertraglichen Abreden und rechtlichen Positionen in den OECD-Leitlinien 1995 ist daher sogar in sich schlüssig: Wenn die Entitäten als funktional eigenständig anzusehen sind, sind die von ihnen rechtlich wirksam abgeschlossenen Verträge Ausdruck ihrer eigenständig ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken.

Indes zeigten bereits diese OECD-Leitlinien 1995 in zweierlei Hinsicht Unstimmigkeiten bzw. Durchbrechungen dieses klaren, aber wirtschaftlich nicht zutreffenden „separate entity approach“. Die erste Unstimmigkeit ergibt sich durch eine Verbindung der Tz. 1.6 mit Tz. 1.10 OECD-Leitlinien 1995. Diese hatte gerade die „different commercial circumstances“, unter denen Transaktionen innerhalb von Unternehmensgruppen stattfinden, betont; die Tz. 1.6 will ferner „comparable circumstances“ als Vergleichsmaßstab des „separate entity approach“ erkennen. Läuft die o.g. Tz. 1.6 also leer, wenn sich durch das wirtschaftliche Zusammenwirken der Gruppenentitäten ein

---

<sup>1665</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.6. Diese Textziffer wurde – eingedenk des o.g. Gesamtcharakters der Revision von 2010 – in den OECD-Leitlinien 2010 ergänzt um „...and whether the conditions thereof differ from the conditions that would be obtained in comparable uncontrolled transactions. Such an analysis of the controlled and uncontrolled transactions, which is referred to as “comparability analysis”, is at the heart of the application of the arm's length principle.“ Auch hier zieht die Revision von 2010 die Betonung in *Richtung einer wertenden Betrachtung* im Wege einer zunehmend komplizierten Risiko- und Funktionsanalyse als Teil der Vergleichbarkeitsanalyse. Diese Ergänzung von 2010 ist in den OECD-Leitlinien 2017 auch die „Tür“ zur Anwendung des neuen Kapitels I, Abschnitt D. und Bestandteil der Vereinbarkeit mit Art. 9 OECD-MA dieses Teils.

„Unterschied“ für die Risiko- und Funktionsstruktur ergibt? Die Tz. 1.10 scheint dieses Ergebnis zunächst nicht zu unterstützen, da diese als Konsequenz „nur“ das Fehlen von Vergleichswerten bei der Wahl und Anwendung einer Verrechnungspreismethode statuiert. Doch daraus ergibt sich die zweite Unstimmigkeit des „separate entity approach“ der OECD-Leitlinien 1995: Diese sehen den Vorteil der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode gerade in der Aufteilung der Gewinne aus der Nutzung von immateriellen Werten und „economies of scale and other joint efficiencies<sup>1666</sup>“, also konzernspezifischen Mehrgewinnen, die nach Tz. 1.6 nicht existieren könnten.

Der Final BEPS Report überwirft diesen „separate entity approach“ nicht.<sup>1667</sup> Er nutzt indes diese inhaltliche Abhängigkeit des „separate entity approach“ im Sinne der Tz. 1.6 OECD-Leitlinien 1995/2010 von den Maßgaben der Vergleichbarkeitsanalyse. Die „comparable circumstances“, die der „separate entity approach“ voraussetzt, werden durch die Revision des Kapitels I, Abschnitt D. inhaltlich mit einem ausgeweiteten Verständnis des „wahren“ wirtschaftlichen Gehalts von Transaktionen im Konzern durch Minderung der Rolle rechtlicher Positionen normativ aufgeladen.

### **c) Die Unterscheidung von „accurate delineation“ und „recharacterisation“**

Diese Interaktion von „separate entity approach“ und der Rolle von rechtlichen Positionen bei der Inhaltsbestimmung des Fremdvergleichsgrundsatzes wirft die Frage auf, wie trennscharf die Unterscheidung der „zutreffenden“ Darstellung der tatsächlichen Geschäftsbeziehung von einer (partiellen) Recharakterisierung noch<sup>1668</sup> ist. Auch diese Frage ist eng, fast unauflösbar, mit der konzeptionellen Ausrichtung des „separate entity approach“ und der Rolle von rechtlichen Positionen verwoben: Der Final BEPS Report unternimmt in Umsetzung des G20-Mandats zur Zusammenführung von steuerlichem Gewinnausweis und der Wertschöpfung eine Suche nach der „wahren“ Geschäftsbeziehung. Indes, versteht man die Gruppenentitäten streng als „separate entities“, die völlig unverbunden nebeneinander stehen, so wäre die Geschäftsbeziehung wohl streng entlang der zwischen unverbundenen Unternehmen geltenden Grundsätze, insbesondere der Maßgeblichkeit vertraglicher Abreden und rechtlicher Positionen, zu beurteilen. Aus der internen Unternehmenssicht sind die vertraglichen Abreden dagegen regelmäßig nicht Ausdruck des eigenständigen Risiko- und Funkti-

---

<sup>1666</sup> OECD-Leitlinien 1995/2010, Tz. 2.113.

<sup>1667</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2017, Tz. 1.6.

<sup>1668</sup> Vgl. zu dieser Abgrenzung oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.2. a.E. und C.III.5.a.bb.

onsprofils der Entitäten.<sup>1669</sup> Das Kontrollerformis, das aus wirtschaftlicher Rationalität deduziert den gesamten Final BEPS Report durchzieht und als Substanzanforderung ausgestaltet vertragliche Abreden zu korrigieren vermag, senkt daher (i) die Trennschärft der Vergleichbarkeitsanalyse zur Recharakterisierung, wie sie bisher verstanden wurde; die Anknüpfung an das Vorliegen (hinreichender) Personalfunktionen bedeutet also (ii) eine Weitung der Konzeptionierung des „separate entity approach“.

#### **d) Die Ausübung von Kontrolle in der internationalen Gewinnallokation**

Der Final BEPS Report unternimmt es, die Ermittlung der „wahren“ Geschäftsbeziehung durch die Funktionsanalyse in Bezug auf die Übernahme von Risiken und die Ausübung von wichtigen DEMPE-Funktionen immaterieller Wertschöpfung in Fortsetzung der Dynamik des Kapitels IX der OECD-Leitlinien 2010, die im Authorised OECD Approach (AOA) ihren Ursprung hat, durch eine Betrachtung der Ausübung von (hinreichender) Kontrolle über Risiken und DEMPE-Funktionen zu bestimmen.

Die Zuordnung der – weiterhin als Entrepreneurbeiträge angesehenen – Risikotragung und des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten sowie die folglich Allokation des Residualgewinns, einschließlich des Organisationsgewinns durch die Internalisierung der Geschäftsbeziehung, entlang von Kontrollfunktionen hat eine beachtliche historische und konzeptionelle Verwurzelung. Die erste Verwurzelung im System der internationalen Gewinnallokation ergibt sich aus der sog. „Tie-breaker rule“ des Art. 4 Abs. 3 OECD-MA, der zufolge eine doppeltansässige Kapitalgesellschaft für Abkommenszwecke nur in demjenigen Staat ansässig ist, in dem der „place of effective management“ liegt.<sup>1670</sup> Aus der Wirkungsweise der Verteilungsartikel des OECD-MA folgt aus dieser Ansässigkeitsregel eine Residualallokation an den „place of effective management“, also diejenige Jurisdiktion, in der die unternehmerischen Leitungsfunktionen tatsächlich substantiell ausgeübt werden. Die zweite Verwurzelung ergibt sich aus den historischen Arbeiten der League of Nations bei der Errichtung des internationalen Gewinnallokationssystems im Allgemeinen und dem Fremdvergleichsgrundsatz im Besonderen. So wurde die Residualgewinnallokation an den

---

<sup>1669</sup> Vgl. dazu nochmals ausf. unten, Kapitel III, Abschnitt II, B.I.2.-3.

<sup>1670</sup> Vgl. OECD-Musterkommentar 2010, Art. 4, Tz. 24: „The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business as a whole are in substance made. All relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time.“

Ort der Ausübung von Kontrollfunktionen im Carroll Report durch deren Wichtigkeit bei der Gesamtwertschöpfung gerechtfertigt.

„[T]he real centre of management is probably at the principal establishment. The control and management, financial and technical, are centred there. At the meetings of the directors the *decisions are taken which make or break the enterprise*. There the risks are centred. The profit or loss results *from all the activities of the enterprise taken together*, but how can the part attributable to the establishment in each country be most readily measured? *If we recognise the fact that the real centre of management, especially if it is situated at the principal productive establishment, is the most vital part of the enterprise, the most practical approach to the problem is to give it the residuum of profit or loss after allocating to each outlying secondary establishment compensation for the services it has rendered to the enterprise in accordance with what would be paid to an independent enterprise rendering such services.*<sup>1671</sup>„

Diese Begründung ist zwar in mancher Hinsicht oberflächlich und unkonkret, aber die Grundaussage ist eindeutig: Die Gesamtwertschöpfung aller Bestandteile einer Unternehmensgruppe basiert auf Funktionen, insbesondere auf Kontrollfunktionen, die entscheidend für das Gesamtergebnis sind („which make or break the enterprise“) und deswegen eine Attraktion des Residualgewinns auslösen. Die rudimentären OECD-Leitlinien 1979 enthielten zwar keine Erwähnung von Kontrollfunktionen als Grund für eine bestimmten residual Allokation oder als Substanzanforderung für vertragliche Abreden in den knappen Ausführungen zur Funktionsanalyse und der Maßgeblichkeit abgeschlossener Geschäfte,<sup>1672</sup> aber den durchaus vagen Hinweis, Steuerbehörden haben sich bei der Prüfung von Verrechnungspreisen „some knowledge of which entities undertake the risks and responsibilities for the various activities<sup>1673</sup>“ zuzulegen und die „underlying reality behind an [contractual] arrangement<sup>1674</sup>“ zu berücksichtigen. Die Revision der OECD-Leitlinien im Jahr 1995 brachte die Kontrolle über vertraglich übernommene Risiken (wieder ausdrücklich) als „another factor to consider in examining the economic substance of a purported risk allocation<sup>1675</sup>“ – neben dem „tatsächlichen Verhalten“ – im Rahmen der Funktionsanalyse, da es für fremde Dritte regelmäßig „Sinn“ mache, Risiken entsprechend der Kontrolle über sie zu allokiieren. Unklar blieb in den OECD-Leitlinien 1995 indes die systematische Rolle dieses Subs-

---

<sup>1671</sup> Carroll Report, Vol. IV, S. 192. (Kursiv hinzugefügt) Ausf. zum Bericht oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.2.

<sup>1672</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 17 und 23 f.

<sup>1673</sup> OECD-Leitlinien 1979, Tz. 17.

<sup>1674</sup> OECD-Leitlinien 1979, Tz. 24.

<sup>1675</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.27.

tanzerfordernisses im Grundsatz der Maßgeblichkeit abgeschlossener Verträge und der konkrete Inhalt des Kontrollerfordernisses. Ab 2005 widmete sich die OECD Working Party No. 6 daher diesen Problemen und nahm die Ergebnisse in das Kapitel IX der OECD-Leitlinien 2010 auf.<sup>1676</sup> Demnach griff die Kontrolle über Risiken in der Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Geschäfte als Substanzanforderung nur durch, wenn keine Vergleichswerte ermittelt werden können („in the absence of comparables“).<sup>1677</sup> Ferner wurde die Kontrolle über Risiken inhaltlich an einer relativ hohen Leitungsebene aufgehängt und ausdrücklich mit aktiven Personalfunktionen verbunden.

„In the context of [Chapter I, Section D.1.2.2.], “control” should be understood as the capacity to make decisions to take on the risk ( decision to put the capital at risk) and decisions on whether and how to manage the risk, internally or using an external provider. This would require the company to have people – employees or directors – who have the authority to, and effectively do, perform these functions. Thus, when one party bears a risk, the fact that it hires another party to administer and monitor the risk on a day-to-day basis is not sufficient to transfer the risk to that other party. While it is not necessary to perform the day-to-day monitoring and administration functions in order to control a risk (as it is possible to outsource these functions), in order to control a risk one has to be able to asses the outcomes of the day-to-day monitoring and administration functions by the service provider (the level of control needed and the type of performance assessment would depend on the nature of the risk).<sup>1678</sup>”

Den gegenteiligen Beteuerungen zum Trotz<sup>1679</sup> erzeugte diese Definition der Kontrolle über Risiken eine Nähe mit dem „Significant people functions approach“ des AOA. Ein Unterschied ist allerdings, dass die Kontrolle über Risiken zwischen verbundenen Unternehmen nur im Falle des Fehlens von Vergleichswerten Bedeutung erlangt. Ein zweiter Unterschied war, dass die Personalfunktionen im AOA nicht nur bei der vertraglichen Allokation operativer Risiken entscheidend sind, sondern explizit auch bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten.<sup>1680</sup>

„Depending on the nature of the enterprise’s business, some risks will be related to the potential loss in value of assets attributed to the PE while some other risks will be created by activities and not necessarily linked to the simple existence of the assets (e.g. liability risks). *The significant people functions relevant to the assumption of risks are those which require active decision-making with regard to the acceptance and/or management (subsequent to the transfer) of those risks. The extent of the decision-making will depend on the nature of the risk involved.*<sup>1681</sup> [...]

---

<sup>1676</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.22 ff.

<sup>1677</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.22.

<sup>1678</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.23 f.

<sup>1679</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.7, 9.11 und 9.21.

<sup>1680</sup> Vgl. dazu noch ausf. unten, Kapitel III, B.IV.

<sup>1681</sup> OECD AOA 2008, Tz. 25.

The significant people functions relevant to the determination of the economic ownership of internally created intangibles are those which require active decision-making with regard to the taking on and management of individual risk and portfolios of risks associated with the development of intangible property.<sup>1682</sup>

Der Final BEPS Report greift die Definition der Kontrolle über Risiken des Kapitels IX der OECD-Leitlinien 2010 nunmehr auf,<sup>1683</sup> aber die Kontrolle über Risiken ist nicht mehr nur „in the absence of comparables“ als Substanzanforderung zu prüfen, sondern in jedem Fall, wobei die Kontrolle indes als ausgeübt gilt, wenn sich Vergleichswerte ermitteln lassen<sup>1684</sup> und im Übrigen regelmäßig eine Teilhabe an der tatsächlichen Kontrolle ausreicht, um vertragliche Abreden hinreichend wirtschaftliche Substanz zu verleihen.<sup>1685</sup> Ein weiterer interessanter Unterschied zu den OECD-Leitlinien 2010 ist, dass die Kontrolle über Risiken nun nicht mehr „another factor“ neben dem tatsächlichen Verhalten der Parteien sein soll,<sup>1686</sup> sondern selbst Ausdruck des „tatsächlichen Verhaltens“ der Parteien, beide Faktoren verschmelzen. Ferner unterscheidet sich die Prüfung der Kontrolle über Risiken nach dem Final BEPS Report von den OECD-Leitlinien 2010 (und dem AOA) durch die kumulative Verbindung mit der finanziellen Kapazität, das Risiko zu tragen; die OECD-Leitlinien 2010 erkannten darin nur „another relevant, although not determinative factor“<sup>1687</sup>.

Im Gesamtkontext führt die Übernahme des Kontrollfordernisses tendenziell zu einer Schwächung vertraglicher Abreden – und damit des engen „separate entity approach“ – und einem stärkeren Blick auf die Gesamtwertschöpfung der Unternehmensgruppe als „single, unified business“<sup>1688</sup>, also einer Betrachtung die wie in Betriebsstättenkonstellationen nur ein Gesamtunternehmen sieht, wodurch die definitorische Nähe des Kontrollfordernisses zu den „Significant people functions“ des AOA seinen eigentlichen Sinn erfährt. Der Leitgedanke des BEPS-Projekts, des steuerlichen Gewinnausweis und die Wertschöpfung in der Unternehmensgruppe zusammenführen zu wollen, wird dadurch tendenziell verwirklicht. Die als regressive Tendenz des Final BEPS Report bezeichnete Entwicklung, letztlich vertraglichen Abreden wieder ein

---

<sup>1682</sup> OECD AOA 2008, Tz. 116.

<sup>1683</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.65. Beachtet indes die Anpassung des Kapitels IX der OECD-Leitlinien 2017 durch Beschluss C(2017)37 der OECD Council vom 03.04.2017.

<sup>1684</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.97.

<sup>1685</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.94.

<sup>1686</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.48 f.

<sup>1687</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 9.29.

<sup>1688</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 1.6.

stärkeres Gewicht einzuräumen, ist in diesem Kontext zu beurteilen, also als durchaus konservative Dynamik in Richtung des status quo ante der OECD-Leitlinien 2010.

#### **e) Das Verhältnis von Kapitaleinsatz und operativen Risiken und Funktionen**

All diese Erwägungen kulminieren in dem Verhältnis von Kapitaleinsatz und operativen Risiken und Funktionen bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Eigentums an konzernintern entwickelten und genutzten immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke. Der Final BEPS Report stellt dieses Verhältnis in *Beispiel 6* des Kapitels VI dar und wendet sich damit gegen die „Developer-assisters rule“ (DAR) der U.S. Treasury Regulations 1994, die implizit den OECD-Leitlinien 1995/2010 zugrunde lag. Bei der Entwicklung von immateriellen Werten innerhalb einer Unternehmensgruppe wird die Kapitalüberlassung als solche nur noch einen „appropriate return to funding“ in Form eines „risk-adjusted return“ erhalten, wenn die Investitionsrisiken kontrolliert werden,<sup>1689</sup> ansonsten sogar nur einen „risk-free return“.<sup>1690</sup> Diese Kontrolle über die Risiken der Kapitalüberlassung ist zwar zu einem nicht geringen Teil vertraglich gestaltbar (tendenziell enger „separate entity approach“), aber die geminderte Rolle der Kapitalüberlassung selbst deutet in Richtung eines erweiterten „separate entity approach“, der keine konsequente Marktalogie auf der Grundlage strenger Eigenständigkeit bemüht, sondern die Ganzheitlichkeit der Funktionen anerkennt.

#### **f) Beurteilung anhand der Anforderungen an das Gewinnallokationssystem**

In Kapitel 1 wurden Anforderungen an das internationale Gewinnallokationssystem für immaterielle Werte entwickelt, um der Bearbeitung einen Rahmen zu geben sowie die Beurteilung des *status quo ante* und der Revisionsvorschläge zu ermöglichen. Der Final BEPS Report und die bisherigen Entwürfe zur Revision der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode verfehlen diese Anforderungen in mancher Hinsicht.

Zunächst, und in grundsätzlichster Weise, zeigt der Final BEPS Report gegenüber vorherigen Entwürfen die Tendenz, vertraglichen Abreden wieder ein größeres Gewicht einzuräumen und sich somit dem engen „separate entity approach“ im Sinne der OECD-Leitlinien 2010 anzunähern. Dieser enge „separate entity approach“ verfehlt in entscheidender Hinsicht, die tatsächliche Wertschöpfung innerhalb von Unternehmensgruppen vollständig zu erfassen und die Figur der „economic allegiance“ durch-

---

<sup>1689</sup> Zum streitbaren Beispiel 6 ausf. oben Kapitel II, Abschnitt II, C.III.5.b.aa.(1).

<sup>1690</sup> Siehe zur Übersicht *Tabelle 3*, oben Kapitel II, Abschnitt II, C.III.5.b.aa.(1) a.E.

zusetzen. Das Kontrollerfordernis des Final BEPS Report vermag zwar die krassen Fälle operativer Funktionslosigkeit von Entitäten, die rechtliche Eigentümer der immateriellen Werte sind und vertraglich die operativen Risiken der Nutzung der immateriellen Werte tragen, zu verhindern, insbesondere – und dies ist eine starke Neuerung – durch die Verhinderung der Zuordnung von wirtschaftlichem Eigentum an den immateriellen Werten durch bloße Tragung der Entwicklungskosten. Aber die Schwächung des Kontrollerfordernisses im Final BEPS Report eröffnet Möglichkeiten für Gestaltungen zur Trennung von unternehmerischen Aktivitäten und dem steuerlichen Gewinnausweis. Dabei kann man der regressiven Tendenz des Final BEPS Report zugute halten, den Versuch zu unternehmen, die Rechtssicherheit zu erhöhen; wenn abgeschlossene Verträge maßgeblich für den Inhalt der Geschäftsbeziehung sind, fällt die Unsicherheit weg, ob eine Steuerbehörde die implementierte Struktur dem Grunde nach anerkennt. Andererseits ist die Stärkung der vertraglichen Abreden auch als möglicher Versuch zu sehen, die „Quellensteuer“ kapitalimportierenden Staaten tendenziell niedrig zu halten und dadurch für ausländische Direktinvestitionen tendenziell niedrige Steuerkosten einzuräumen. Ferner ist zu bemerken, dass die praktische Anwendung des Kontrollerfordernisses tatbestandlich und rechtsfolgenseitig durchaus große Schwierigkeiten bereiten kann und Raum für subjektive Rechtsanwendung entsprechend den eigenen Interessen bietet und dadurch Doppelbesteuerungsrisiken birgt. Dem Verfehlen der Abbildung der tatsächlichen Wertschöpfung steht daher keine entsprechende proportionale Steigerung der Rechtssicherheit durch Stärkung der Rolle vertraglicher Abreden gegenüber, sondern beide Ziele werden teilweise verfehlt.<sup>1691</sup>

Durch die Beibehaltung des Grundgerüsts der OECD-Leitlinien 2010 und deren Überlagerungen mit diesen tatbestandlich und rechtsfolgenseitig komplexen Substanzanforderungen, die teils subjektive Beurteilungen erfordern, droht ferner die Effizienz des internationalen Verrechnungspreissystems durch den Final BEPS Report weiter gesenkt zu werden<sup>1692</sup> und weiterhin, wenngleich nicht mehr allein durch vertragliche

---

<sup>1691</sup> Vgl. a. *Gregory*, Treasury to Taxpayers: Want Certainty? Don't Push Envelope, BNA Bloomberg, 25 Transfer Pricing Report 540, 15.09.2016; sowie *Martin*, Countries Intentionally Misinterpret Transfer Pricing Guidelines on Risk to Increase Tax Revenue, US Official Asserts, MNE Tax, posted 23.07.2017, abrufbar unter <http://mnetax.com/oecd-transfer-pricing-allocating-risk-us-tax-official-22446>.

<sup>1692</sup> Vgl. aus Unternehmenssicht *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, The Tax Magazine, March 2017, S. 89, 94: „[I]t does seem fairly obvious that to the extent countries around the world adopt and enforce these new principles in their local law, companies will have to deal with much greater complexity in their transfer pricing analyses and compliance. The new OECD guidance requires detailed factual understanding of the nature of the risks

Regelungen herbeiführbar, der Anreiz für Unternehmen gesetzt zu sein, staatenlose Einkünfte zu generieren.<sup>1693</sup> Ferner ist die Stabilität und die Konsensfähigkeit, die der Final BEPS Report zu erzeugen bestimmt ist, gerade durch diese Komplexität und Subjektivität trügerisch, da sich hinter dem Final BEPS Report substantiell eventuell gar kein Konsens verbringt.<sup>1694</sup> So zeigt sich insbesondere die Volksrepublik China in den UN-Leitlinien 2017 in der Auffassung bestätigt, der Final BEPS Report berechtige Staaten zu einem Rückgriff auf eine globale Formularaufteilung als „Alternative“ zur TNMM.<sup>1695</sup> Diese Unsicherheiten werden verstärkt durch das Damoklesschwert, das über dem Final BEPS Report hängt, dass nationale Gerichte, die in der Vergangenheit ein konservatives Verständnis des „Fremdvergleichsgrundsatzes“ entwickelt haben,

---

faced by the business, how decisions related to those risks are made within the business and which entities within a group are involved in making those decisions. That analysis of the mechanisms for managing and controlling risk has to be undertaken on a material risk by material risk basis. Not only is it necessary to understand how the parties to a controlled transaction manage and control the risks of doing business, it will also be necessary to consider how independent companies engaged in potentially comparable transactions address risks. The new OECD Guidelines make it highly relevant to determine whether such comparables bear the same risks as the parties in the tested transaction, and whether they control risks in the same way. Information needs regarding potential comparables will increase. The same type of factual complexity will be required in matters involving intangibles. Careful factual attention will need to be paid to the contributions made by various associated enterprises to the creation of intangible value. While identification of which entities bear development risks related to intangible development presents one important line of now required factual investigation, it will also be necessary to consider which entities perform important development functions, including management and decision making regarding intangible development undertakings. With greater factual investigation being demanded, the likelihood of controversy is virtually certain to increase. Where the rules require very close factual examination of all parties to a tested transaction and to all potential comparables, the possibilities for factual disagreements and disagreements over the meaning of the facts identified are likely to expand.” Ferner aus staatlicher Sicht, insbesondere der von Entwicklungsländern, BEPS Monitoring Group, Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting Project, S. 1 f.: „Unfortunately, the BEPS project has continued to emphasise the independent entity principle, which starts from the fictitious assumption that affiliates of a corporate group act like separate legal persons, while attempting to counteract its harmful consequences. The BEPS outputs will provide considerable strengthening of the existing rules, giving better tools to tax authorities if they have the capacity and will to use them. Overall, however, the proposals offer a patch-up of existing rules, making them even more complex and in many cases contradictory, and do not provide a coherent and comprehensive set of reforms. [...] The continued reliance on the separate entity fiction has led to increased complexity of rules on transfer pricing, to allow tax authorities to recharacterise transactions between related parties, but only following a detailed and ad hoc ‘facts and circumstances’ analysis and searches for ‘comparables’. This subjective and discretionary approach will increase enforcement and compliance costs and generate conflicts. Recognising this, and responding to business concerns, it is proposed to strengthen dispute resolution procedures, including an increased use of arbitration. However, it is inappropriate and illegitimate to seek to remedy the failure to agree clear rules by providing procedures conducted in complete secrecy to deal with the inevitable disagreements in their application.”

<sup>1693</sup> Vgl. *Finley*, OECD Approach to Arm’s-Length Principle Called Pragmatic, Tax Notes, Doc 2016-15081.

<sup>1694</sup> Vgl. *Martin*, Countries Intentionally Misinterpret Transfer Pricing Guidelines on Risk to Increase Tax Revenue, US Official Asserts, MNE Tax, posted 23.07.2017, abrufbar unter <http://mnetax.com/oecd-transfer-pricing-allocating-risk-us-tax-official-22446>.

<sup>1695</sup> Vgl. United Nations, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Department of Social & Economic Affairs, Second Edition, 2017 („UN-Leitlinien 2017“), S. 547 ff., insbesondere Abschnitt D.2.4.7.

die BEPS-Ergebnisse als (teilweise) fremdvergleichswidrig verwerfen werden. Besonders gefährdet sind das Kontrollerfordernis und das in Example 6 dargestellte Verhältnis von Kapitaleinsatz, wirtschaftlichem Eigentum und Residualgewinnberechtigung.<sup>1696</sup> Diese Gefahr wird genährt durch die Stellungnahme des Head of OECD Transfer Pricing Unit, der die BEPS-Ergebnisse als einen pragmatischer Schwindel („pragmatic fudge“) qualifiziert.<sup>1697</sup> Zu diesem „Schwindel“ wurde die OECD Working Party No. 6 durch das widersprüchliche G20-Mandat, an einem tendenziell engen Fremdvergleich festzuhalten, aber dessen Ergebnisse, insbesondere in Bezug auf Cashboxes in Niedrigsteuerstaaten, abzuändern, zwar gezwungen,<sup>1698</sup> aber (einzelne) Gerichte könnten die neuerliche Weitung der Fremdvergleichsrubrik kritisch sehen.

### **g) Stellungnahme und weitere Aussichten**

Die Beurteilung anhand des Anforderungskatalogs des Kapitels I zeigt, dass deutliche Defizite des internationalen Systems zur Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten fortbestehen, die der Final BEPS Report nicht zu beheben vermochte oder erst sogar geschaffen hat. Sicher scheint damit, dass weitere Schritte notwendig sein werden, um diese Defizite weiter zu reduzieren; eine vollständige Verwirklichung aller Anforderungen scheidet infolge ihrer gegenseitige Begrenzungen aus. Es erscheint nur als eine Frage der Zeit bis eine erneute Revision der Verrechnungspreisleitlinien 2017 – oder gar des Art. 9 OECD-MA – erforderlich werden.<sup>1699</sup> Im Folgenden werden daher bestehende Reformüberlegungen systematisiert, vorgestellt und beurteilt.

---

<sup>1696</sup> Vgl. nochmals *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, *The Tax Magazine*, March 2017, S. 89, 95: „[T]he uncertainty created by the new rules is compounded by the suspicions, described above, that the direct correlation between control of risk and bearing of risk upon which the new rules seem to be premised may not always exist in transactions between independent entities. Some will certainly contend that the BEPS guidance does not, despite its protestations to the contrary, strictly conform to the arm’s-length principle. There may in fact be transactions between independent enterprises where a more or less passive investor funds intangible development costs and earns part or all of the return from the exploitation of the intangible after compensating those entities performing DEMPE functions. There may also be transactions where such passive, non-risk controlling enterprises lose their investment in a failed development exercise. If that is the case, particularly given recent movements in U.S. case law, a serious question may arise as to whether courts will enforce the imposition of a government transfer pricing adjustment premised exclusively on a lack of control over risk. If the new rules are challenged in the courts as being inconsistent with the arm’s-length principle, the status of the OECD Guidelines will become a topic of intense debate.“

<sup>1697</sup> Zitiert bei *Parker*, Ex-Official: OECD Unlikely to Examine Capital Allocation, *BNA Bloomberg*, 25 Transfer Pricing Report 403, 28.07.2016.

<sup>1698</sup> Zur Widersprüchlichkeit des BEPS-Mandats Kapitel I, Abschnitt I; sowie *Burow/Stewart/Parillo*, Stack Provides Insights on BEPS Report, Outlines Next Steps, *Tax Notes*, Doc 2014-23394.

<sup>1699</sup> Vgl. a. *McDonald*, Chairman of OECD Working Party No. 6 („It is still unclear whether key transfer pricing goals set out by the OECD’s base erosion and profit shifting plan have been accomplished by changes to the OECD transfer pricing guidelines thus far“) zitiert bei *Athnasiou*, *Jury Is Out on*

## Kapitel III – Die Reformierung oder Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes

### Abschnitt I – Bestehende Vorschläge zur Reformierung oder Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes

#### A. Einleitung

Historischer Gegenpol des Fremdvergleichsgrundsatzes ist die globale Formularaufteilung. Anders als der Fremdvergleichsgrundsatz überprüft die Formularaufteilung nicht die „Angemessenheit“ und/oder die „Üblichkeit“ einzelner „Geschäftsbeziehungen“ zwischen verbundenen Unternehmen, sondern konsolidiert das globale steuerliche Gesamtergebnis aller verbundenen Unternehmen und verteilt dieses Gesamtergebnis in Anwendung eines Verteilungsschlüssels – d.h. einer „Formel“ – an die verbundenen Gruppenunternehmen.<sup>1700</sup> Die OECD-Leitlinien lehnen die Anwendung einer Formularaufteilung seit der ersten Version von 1979 ausdrücklich ab. Gleichwohl zeigt sich, dass (i) die Formularaufteilung historisch als eine mögliche Umsetzung der „economic allegiance“ gewerblicher Einkünfte erwogen wurde, (ii) aus der Kritik am Fremdvergleichsgrundsatz ein Korpus an Literatur hervorgegangen ist, der sich für einen Wechsel zur Formularaufteilung ausspricht, (iii) jede bedeutende Revision des internationalen Verrechnungspreissystems von der Frage nach einem Wechsel zur Formularaufteilung begleitet wird, (iv) weiterhin einzelne Staaten und Staatengruppen offiziell Bestrebungen in diese Richtung entwickeln, namentlich die Europäische Union und die Volksrepublik China, sowie (v) die OECD-Leitlinien selbst trotz ihrer vordergründi-

---

OECD Transfer Pricing Guidelin Changes, McDonald Says, Tax Notes, 21.09.2016, Doc 2016-18966; *Herzfeld*, Will the OECD's "Pragmatic Fudge" Save Transfer Pricing?, Tax Notes, 01.09.2016, Doc 2016-15399 („The BEPS project hasn't solved the problems it was intended to"); *Andrus/Oosterhuis*, Transfer pricing after BEPS: Where are we and where should we be going, The Tax Magazine, March 2017, S. 89, 96: „The uncertainty and the complexity of the place the transfer pricing rules have landed after BEPS is unsatisfactory. The rules almost certainly will be hard to administer, hard to comply with and will lead to increased controversy. That being the case, the current stopping point in the evolution of the arm's-length principle is likely unstable and there may be a reason to consider in the near term whether a better alternative exists." Ferner BEPS Monitoring Group, Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting Project, S. 2 und S. 11: „Although the BEPS project itself can only be said to have been at best a partial success, it has succeeded in opening space for more far-reaching changes. It should be seen as part of a longer process, involving a wider range of organisations and countries, especially developing countries. [...] It is clear from these outputs that the BEPS project has only been a first phase in a longer process. This includes coordination and monitoring of implementation and provision of technical assistance, which require involvement of a much wider range of parties than the OECD or even the G20. More importantly, the BEPS project has opened up a wider range of issues, which require re-examination of some of the fundamental concepts and principles of the system, especially the concepts of separate entity, residence and source, as well as development of appropriate criteria for allocation of profits."

<sup>1700</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010/2017, Tz. 1.17.

gen Ablehnung der Formularaufteilung seit Einführung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode – die von der League of Nations als „limited fractional apportionment“ bezeichnet wurde – die Tendenz zeigen, Elemente und Konzepte der globalen Formularaufteilung in den Fremdvergleichsgrundsatz zu inkorporieren und die „Gegenpole“ somit – auch außerhalb der CSAs<sup>1701</sup> – zusammenzuführen. Dieses Kapitel stellt ausgehend von der historischen Ablehnung der globalen Formularaufteilung infolge des Carroll Reports der League of Nations exemplarische Vorschläge zur Reform des Fremdvergleichsgrundsatzes vor und systematisiert sie, um auf dieser Grundlage Überlegungen für die weitere Entwicklung der internationalen Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise nach der BEPS-Initiative zu entwerfen.

## **B. Globale Formularaufteilung als Gegenpol des Fremdvergleichsgrundsatzes**

Die Erarbeitung der Grundlagen der internationalen Steuerkoordination durch die League of Nations basiert auf dem Economists Report von 1923 und dem darin entwickelten Konzept der „economic allegiance“.<sup>1702</sup> Wenn die Operationen eines Unternehmens nicht auf einen Quellenstaat begrenzt waren, erkannte der Bericht die Notwendigkeit, Kriterien für die Aufteilung der „economic allegiance“ der durch zusammengehörige unternehmerische Aktivitäten<sup>1703</sup> generierten Einfünfte des Gesamtunternehmens zwischen zwei oder mehr Quellenstaaten zu entwickeln. Der Economists Report erwog, dass eine solche Aufteilung „leicht“ gelingen kann, wenn in verschiedenen Staaten „identische“ Operationen ausgeführt werden, anderenfalls könne eine Feststellung der relativen „economic allegiance“ *ad hoc* und unter Berücksichtigung der „actual economic structure of the business under consideration“<sup>1704</sup> erfolgen; verwiesen wurde dafür beispielhaft auf die Formularaufteilungsregime der U.S. Bundesstaaten New York, Massachusetts und Wisconsin. Die kategorische Gegenüberstellung von Fremdvergleich und Formularaufteilung verbunden mit der Ablehnung der Formularaufteilung ergab sich erst aus dem Carroll Report. Dieser stellte „two underlying

---

<sup>1701</sup> Zur Qualifikation der sog. Cost Sharing Agreements (CSAs) als „quasi-formulary sourcing methodology“ vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 670.

<sup>1702</sup> Vgl. ausf. zum Economic Report und dem Addendum oben Kapitel I, Abschnitt II, B.II.1.

<sup>1703</sup> Vgl. League of Nations, Report on Double Taxation: Document E.F.S.73.F.19, 1923, Addendum, S. 51 f.; alle grenzüberschreitenden Aktivitäten eines Unternehmens seien „different stages of what is in the last resort a single economic action“. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1704</sup> League of Nations, Report on Double Taxation: Document E.F.S.73.F.19, 1923, Addendum.

theories of taxing foreign enterprises” unauflöslich, aber durchaus pragmatisch gegenüber gegenüber, diese zwei unterschiedlichen Sichtweisen seien namentlich:

- „That the local establishments should be taxed *on the basis of separate accounts and treated in so far as possible as if they were independent enterprises.*
- That the enterprise is an *organic unity and consequently the tax should be assessed on that part of the enterprise's total net income* (computed in accordance with the law of the taxing country) *which corresponds to the relative economic importance of the local establishment.* This method is known as unlimited fractional apportionment. The advocates of this method contend that, in a unitary business which, for example, produces raw materials, manufactures them into finished products and then sells them, no profit is realised by the enterprise as a whole until the goods have been sold. They contend furthermore that it is impossible to determine accurately what part of the profit is attributable to each function or establishment of the business and consequently the profit can only be apportioned on some empirical basis—for example, an arbitrary apportionment formula. Moreover, they say it is the only way of applying the fundamental principle of taxing the enterprise in accordance with its capacity to pay.<sup>1705</sup>”

Beide Ansätze würden zwar demselben Zweck dienen, die in der jeweiligen Jurisdiktion steuerbaren Einkünfte zu ermitteln, aber diese staatliche Berechtigung zur Besteuerung von Einkünften sei strikt auf das Hoheitsgebiet begrenzt.<sup>1706</sup> Der Carroll Report bezog diese Territorialität vorrangig auf die verwaltungspraktische Feststellung des Gesamteinkommens, die bei der Anwendung der Formularaufteilung erforderlich wird.<sup>1707</sup> Eine zweite Konsequenz des Territorialitätsprinzips sei indes der Widerspruch der Formularaufteilung zu den Grundlagen der Zuordnung unternehmerischer Einkünfte an den Quellenstaat, durch die Zusammenfassung aller Einkünfte; ein Problem, das der Carroll Report erneut vorrangig zu einem praktischen Problem erklärt.

---

<sup>1705</sup> Carroll Report, Chapter XII. Prerequisites for a Regime of Allocation, S. 169, 187.

<sup>1706</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 187 f.

<sup>1707</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 188: „Assuming that the administration in question were endeavouring to make as accurate a computation of income as possible, *how would it verify the claims for deductions in respect of these items which pertain to establishments situated in other countries perhaps beyond the seas or on the other side of the world?* Its determination under its own law of income clearly arising in other countries would usually be different from the amount determined under such other countries' own laws. Perhaps many establishments of a large foreign enterprise have no direct or even an indirect relationship to the establishment within the taxing State. *How then can its administration demand information concerning income and related deductions derived from such sources which are obviously beyond its jurisdiction?* It is true that the Netherlands and its colonial possession, Netherlands East India, have entered into an agreement whereby the colonial administration may send representatives to Amsterdam, or other cities in the home country, to examine, with the permission of the taxpayer, the head-office books in order to facilitate the allocation of income as between the head office and the establishments in Java and Sumatra. It is doubtful, however, if the arrangement is susceptible of general adoption as between foreign countries which have no such “family relationship.” (Kursiv hinzugefügt)

„It is needless to point out that the *establishments or subsidiaries* in one country may realise profits, in some cases large, in others small, whereas the establishments or subsidiaries in other countries may realise losses. This may be due to changing market conditions or fluctuations in the currency, and is especially true if one or more of the countries goes off the gold standard. *The apportionment of the total net income of an enterprise carrying on world-wide operations means that its profits and losses will be pooled and then distributed fairly evenly, by the use of arbitrary factors, to the various countries in which it operates, and not to the actual sources of the income.* Will countries in which profits have clearly accrued agree to giving up a part or all of such profits as a result of an apportionment of the total net income or loss of the enterprise? *The great majority of administrations have definitely indicated that they would not.*<sup>1708</sup>”

Darüberhinaus sei eine Einigung über die Ermittlung und Zerlegung des Gesamteinkommens zwischen den beteiligten Staaten nicht zu erwarten.<sup>1709</sup> Das System zur Vermeidung der Doppelbesteuerung sollte daher nicht von dem Grundsatz abweichen, dass das Besteuerungsrecht der Staaten auf den Teil unternehmerischer Einkünfte beschränkt ist, der einer inländischen Betriebsstätte oder Tochtergesellschaft zuzuordnen ist und diese Einkünfte im Wege des „separate accounting“ zu ermitteln seien.<sup>1710</sup> Einen Rückgriff auf Formularaufteilung schließt der Carroll Report jedoch nicht vollständig aus, sie könnte als subsidiäre Methode in Einzelfällen Anwendung finden.

„For the reasons previously given, however, *separate accounting should be adopted as the primary method for all types of enterprises and recourse to fractional apportionment should be admitted only by way of exception when separate accounting is impossible or impracticable.* The regime of allocation must be sufficiently elastic to apply to all types of enterprises and a departure from the rule of separate accounting should be admitted if the taxpayer and the interested tax official *agree that it is more equitable to apportion joint income of two or more establishments, or the total income of the enterprise, in the ratio of appropriate factors.* It rarely occurs, however, that an establishment in one country receives goods from or transfers goods to other establishments or subsidiary companies or an enterprise without it being possible to determine its profits on the basis of its separate accounts and with recourse, if necessary, to some appropriate method of apportioning joint profits. In other words, the most simple and practical way of assessing the local establishment is to focus the fiscal eye on its accounts and activities in order to determine its income, rather than to start by searching through the forest of figures pertaining to the entire organisation in order to recapture items of income that may have es-

---

<sup>1708</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 189.

<sup>1709</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 189.

<sup>1710</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 189. Zwei Anmerkungen zu dieser „Schlussfolgerung“ sind zu treffen: (i) Carroll reduziert hier das Ziel seines Systems auf die Vermeidung der Doppelbesteuerung, nachdem in Chapter I. The Problem of Allocation die Ziel seines Systems eher positiv konnotiert war, also die Zuordnung von Einkünften an „den richtigen“ Staat im Vordergrund zu stehen schien; (ii) Carroll bezieht seine Ausführung uneinheitlich auf Betriebsstätten- und/oder Tochtergesellschaftskonstellationen („subsidiaries“) ohne dabei eine klare Linie erkennen zu lassen.

caped and write them back into the accounts of the local establishment, or corral all the profits and apportion a part thereof to the local establishment in accordance with some arbitrary factors.<sup>1711</sup>”

Dieser Auszug zeigt den ausgesprochenen Pragmatismus des Carroll Reports. Zwar ist durchaus unklar, wann die Anwendung des „separate accounting“ im Einzelnen „impossible or impractical“ ist, also welche Anforderung an die – in heutiger Terminologie – Funktions- und Vergleichbarkeitsanalyse zu stellen sind, aber die Grundaussage ist unzweideutig: Aus der vorrangig praktischen Kritik an der Formularaufteilung folgt ein praktischer Vorrang des „separate accounting“, der jedoch auch die Anwendung eine zwei- oder mehrseitigen Gewinnaufteilung zulässt, wenn die praktischen Vorteile des „separate accounting“ nicht bestehen und der Steuerpflichtige und die Finanzbehörde sich darüber einigen, dass eine Gewinnaufteilung „more equitable“ wäre. Dieser Fokus auf das Erreichen einer letztlich gerechten Steueraufteilung, auf Praktikabilität und Konsensfähigkeit des Systems, ist beachtlich. Die Verletzung der Grundidee der Quellenbesteuerung durch die Konsolidierung des globalen Ergebnisses des Gesamtunternehmens führt der Carroll Report zwar an; dieses theoretische Argument hatten indes nicht so ein großes Gewicht wie die praktischen Argumente.

Eine Verengung dieses pragmatischen Ansatzes, der in seinen Grundzügen der heutigen Verrechnungspreismethodenhierarchie erstaunlich ähnlich ist, erfolgte zunächst in den USA durch die zwei Jahre später erlassenen Treasury Regulations 1935. Diese erklärten den Fremdvergleichsgrundsatz zu dem in allen Fällen anzuwendenden Maßstab für die Ermittlung der „true tax liability“ eines in den USA steuerpflichtigen Unternehmens.<sup>1712</sup> Mit der nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs stark zunehmenden Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen unter dem Bretton-Woods-System, die vor allem durch den Aufstieg multinationaler Konzerne als Akteure globaler Wirt-

---

<sup>1711</sup> Carroll Report, Chapter XII, S. 190 f.

<sup>1712</sup> Die Treasury Regulations 1935 werden zitiert bei *Avi-Yonah, Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, 2007, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 73, S. 4, m.w.N.: „(b) Scope and purpose. -- The purpose of section 45 is to place a controlled taxpayer on a tax parity with an uncontrolled taxpayer, by determining, according to the standard of an uncontrolled taxpayer, the true net income from the property and business of a controlled taxpayer. The interests controlling a group of controlled taxpayers are assumed to have complete power to cause each controlled taxpayer so to conduct its affairs that its transactions and accounting records truly reflect the net income from the property and business of each of the controlled taxpayers. If, however, this has not been done, and the taxable net incomes are thereby understated, the statute contemplates that the Commissioner shall intervene, and, by making such distributions, apportionments, or allocations as he may deem necessary of gross income or deductions, or of any item or element affecting net income, between or among the controlled taxpayers constituting the group, shall determine the true net income of each controlled taxpayer. *The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm's length with another uncontrolled taxpayer.*“ (Kursiv hinzugefügt)

schaftstätigkeit geprägt war, begann sich indes die Sorgen zu mehren, Unternehmensgruppen gelinge es durch die Fragmentierung von Wertschöpfungsprozessen und zwischen den einzelnen Entitäten angesetzten Verrechnungspreises ihre Gesamtsteuerlast „künstlich“ zu mindern. U.S. Präsident Kennedy erklärte daher 1961 internationale Steuergestaltungen mittels Verrechnungspreisen zu einem drängenden Problem,<sup>1713</sup> woraufhin der U.S. Kongress die Wirksamkeit der Treasury Regulations 1935 und des in ihnen verankerten Fremdvergleichsgrundsatzes grundsätzlich in Frage stellte. In Reaktion auf diese Befürchtungen legte der U.S. Kongress 1962 einen Vorschlag zur Änderung des U.S. Verrechnungspreisrechts vor, demzufolge eine globale Formularaufteilung Anwendung finden sollte, wenn der Steuerpflichtige nicht das Vorhandensein tatsächlicher Vergleichswerte für die Anwendung der Preisvergleichsmethode beweisen konnte.<sup>1714</sup> Infolge heftiger Gegenwehr der U.S. Wirtschaft wurde dieses Vorhaben jedoch fallen gelassen und dem U.S. Finanzministerium aufgetragen, durch eine Überarbeitung der Treasury Regulations Abhilfe zu suchen.<sup>1715</sup> Die sechs Jahre

---

<sup>1713</sup> „Recently more and more enterprises organised abroad by American firms have arranged their corporate structures aided by artificial arrangements between parent and subsidiary regarding intercompany pricing, the transfer of patent licensing rights, the shifting of management fees, and similar practices [...] in order to reduce sharply or eliminate completely their tax liabilities both at home and abroad.“ Zitiert nach *Saint-Amans/Russo*, What the BEPS are we talking about?, OECD Yearbook 2013, Beitrag abrufbar unter <http://www.oecd.org/forum/oecdyearbook/what-the-beps-are-we-talking-about.htm>.

<sup>1714</sup> Die Begründung des Gesetzesentwurfs ist zitiert bei *Avi-Yonah*, Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation, 2007, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 73, S. 6: „Present law in section 482 authorizes the Secretary of the Treasury to allocate income between related organizations where he determines this allocation is necessary "in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any such organizations." This provision appears to give the Secretary the necessary authority to allocate income between a domestic parent and its foreign subsidiary. However, *in practice the difficulties in determining a fair price under the provision severely limit the usefulness of this power* eSpecially where there are thousands of different transactions engaged in between a domestic company and its foreign subsidiary. Because of the difficulty in using the present section 482, your committee has added a subsection to this provision *authorizing the Secretary of the Treasury or his delegate to allocate income in the case of sales or purchases between a U.S. corporation and its controlled foreign subsidiary on the basis of the proportion of the assets, compensation of the officers and employees, and advertising, selling and promotion expenses attributable to the United States and attributable to the foreign country or countries involved*. This will enable the Secretary to make an allocation of the taxable income of the group involved (to the extent it is attributable to the sales in question) *whereas in the past under the existing section 482 he has attempted only to determine the fair market sales price of the goods in question and build up from this to the taxable income* -- a process much more difficult and requiring more detailed computations than the allocation rule permitted by this bill. *The bill provides, however, that the allocation referred to will not be used where a fair market price for the product can be determined*. It also provides that other factors besides those named can be taken into account. In addition, it provides that entirely different allocation rules may be used where this can be worked out to mutual agreement of the Treasury Department and the taxpayer.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1715</sup> Vgl. die Begründung des U.S. Congress bei der Aufgabe des Entwurfs, nochmals zitiert bei *Avi-Yonah*, Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation, 2007, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 73, S. 6: „, The conferees on the part of both the House and the Senate believe that the objectives of section 6 of the bill as passed by the House

später vorgelegten Treasury Regulations 1968 brachten – paradoxerweise – eine Stärkung des Fremdvergleichsgrundsatzes und der einseitigen Verrechnungspreismethoden: Deutlicher als zuvor sollte der Fremdvergleich auch ohne direkte Vergleichswerte angewendet werden und eine globale Formularaufteilung vollständig und kategorisch ausscheiden. Die Treasury Regulations 1968 entwickelten daher Kostenaufschlagsmethode und die Wiederverkaufspreismethode, deren Anwendung nur indirekte Vergleichswerte erfordert, also nur ein vergleichbares Funktionsprofil des Herstellers bzw. der Vertriebsentität, aber keine identischen Produkte. Diese damals radikale Neuerung der Funktionsweise des Fremdvergleichsgrundsatzes, so erkannte das U.S. Finanzministerium, erforderte internationale Koordination. Die Bemühungen des U.S. Finanzministeriums mündeten in den ersten OECD-Leitlinien 1979, die sowohl die Methoden der Treasury Regulations 1968 übernahmen als auch die kategorische Ablehnung der Formularaufteilung.<sup>1716</sup>

Das Kapitel I der OECD-Leitlinien 1979 enthält im Abschnitt „The Arm’s Length Principle“ neben einer Darstellung der Standardmethoden und der offenen Kategorie der „other methods“ – aus der die transaktionsbezogenen Gewinnmethoden hervorgehen sollten – die ausdrückliche Ablehnung von „so-called ‚global‘ methods“.<sup>1717</sup> Diese seien unvereinbar mit Art. 7 und 9 OECD-MA,<sup>1718</sup> willkürlich, übergangen Marktbedingung und die spezifischen Umstände der Entitäten und verfehlen dadurch die wirtschaftliche Realität;<sup>1719</sup> weder die übernommenen Kosten noch die erzielten Umsätze, das eingesetzte Personal oder eine Kombination dieser Faktoren erzeuge einen hinreichenden Zusammenhang zwischen dem steuerlichen Ergebnis und den zugrundelie-

---

can be accomplished by amendment of the regulations under present section 482. Section 482 already contains broad authority to the Secretary of the Treasury or his delegate to allocate income and deductions. It is believed that the Treasury should explore the possibility of developing and promulgating regulations under this authority which would provide additional guidelines *and formulas* for the allocation of income and deductions in cases involving foreign income.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1716</sup> Vgl. *Avi-Yonah*, Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation, 2007, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 73, S. 27: „After the promulgation of the section 482 regulations in 1968, in which the United States unilaterally adopted a radical new definition of the ALS, the Treasury came to realize that it could not implement them without cooperation from our major treaty partners because double taxation or increased credits for foreign taxes would occur. The result was a coordinated campaign to get the ALS, as embodied in the 1968 regulations, adopted as the international norm. This campaign culminated in the 1979 OECD report on transfer pricing, the 1976 and 1978 U.N. Report, which were heavily influenced by Stanley Surrey, and the 1983 German transfer pricing guidelines.”

<sup>1717</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 11 ff.

<sup>1718</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 14; dies wird nicht näher begründet, aber deutet – wie im Carroll Report – an, die globale Konsolidierung von Gewinnen und Verlusten als Fehlgehen der Zuordnung an den wirtschaftlichen Quellenstaat zu verstehen.

<sup>1719</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 14.

genden Unternehmensaktivitäten.<sup>1720</sup> Um den Zusammenhang zwischen dem steuerlichen Ergebnis und den zugrundeliegenden Unternehmensaktivitäten durch „globalen Methoden“ wirklichkeitsgerecht zu erfassen sei eine derart komplexe Analyse erforderlich, dass diese Methoden praktisch nicht geeignet erscheinen.

„To allocate profit by such methods in a way which reduced the arbitrariness of the results to a negligible degree would *require a complex analysis of the different functions of the various associated enterprises and a sophisticated weighing up of the risks and profit opportunities in the various stages of manufacturing, transportation, marketing and so on.* Nor would the information necessary for such an assessment be readily available, or in many cases, available at all. The need would be for full information about the total activities of the whole MNE.<sup>1721</sup>”

Während im Ansässigkeitsstaaten der Muttergesellschaft noch tendenziell umfassende Informationen über die globalen Aktivitäten der Unternehmensgruppe vorhanden und für die Steuerbehörden beschaffbar sind, seien sie in den Quellenstaaten weder vorhanden noch sei erkennbar, auf welcher Rechtsgrundlage die lokalen Steuerverwaltungen Informationen über das Gesamtunternehmen verlangen könnten. Selbst wenn diese Informationen überall vorhanden wären, erforderte die Anwendung einer globalen Methode eine Einschätzung der Profitabilität aller Gruppengesellschaften und ohne ein koordiniertes Vorgehen entstünden daher Doppelbesteuerungsrisiken. Dies schließe eine Bezugnahme auf das Gesamtergebnis der Unternehmensgruppe in Einzelfällen bei der Ermittlung eines fremdüblichen Preises für eine konkrete Geschäftsbeziehung („as a check of the assessee of the arm’s length price“) nicht vollständig aus, wenn die anderen Methoden sich nicht anwenden lassen.<sup>1722</sup>

Diese Ablehnung der „globalen Methoden“ durch die OECD-Leitlinien 1979 überzeugt nur oberflächlich; insbesondere scheint das Problem der Formularaufteilung zur realitätsgerechten Erfassung der Wirtschaftsaktivitäten umfassende Funktionsanalysen und Risikogewichtungen zu erfordern, aus heutiger Sicht in seiner Gegenüberstellung mit dem Fremdvergleichsgrundsatz sicherlich verwunderlich. Die theoretische Unvereinbarkeit mit Art. 7 und 9 OECD-MA wird nicht im Einzelnen expliziert, indiziert wird indes – was im Ansatz überzeugend wäre –, dass die Konsolidierung der Ergebnisse aller gruppenangehörigen Unternehmen in Gefahr laufen kann, die steuerlichen Er-

---

<sup>1720</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 14.

<sup>1721</sup> OECD-Leitlinien 1979, Tz. 14. (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1722</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979, Tz. 14.

gebnisse nicht zutreffend dem wirtschaftlichen Quellenstaat der Einkünfte der Unternehmensgruppe – d.h. im Sinne der „economic allegiance“ – zuzuordnen.

Die Revision der OECD-Leitlinien 1995 brachte die Einführung der transaktionsbezogenen Gewinnmethoden und dadurch die Notwendigkeit, diese von der globalen Formularaufteilung, die weiterhin strikt abgelehnt wurde, abzugrenzen. Dem Kapitel III „Other methods“, das die transaktionsbezogenen Gewinnmethoden als in Ausnahmefällen anwendbar vorstellt, wurde der Abschnitt C. „A non-arm’s-length approach: global formulary apportionment“ hinzugefügt.<sup>1723</sup> Dieser erweitert den Umfang der Ablehnung der Formularaufteilung von einer Textziffer, die in den OECD-Leitlinien 1979 enthalten war, auf insgesamt siebzehn Textziffern. Inhaltlich zeigen sich vor allem ein Betonungswechsel und eine Umschichtung der Argumentation, aber kaum neue Argumente. Ersatzlos weggefallen ist überraschenderweise das abstrakte Argument, die globale Formularaufteilung sei mit Art. 7 und 9 OECD-MA unvereinbar; das konkrete Folgeproblem dieses Arguments, dass die Formularaufteilung gewinnbringende und Verluste erzielende Entitäten global konsolidiert, bleibt indes erhalten.<sup>1724</sup> Insgesamt legen auch die OECD-Leitlinien 1995 die Betonung bei der Ablehnung der Formularaufteilung nicht auf abstrakte, systematische Argumente, sondern auf die praktischen Schwierigkeiten der Transformation des internationalen Systems sowie der praktischen Ausgestaltung und Anwendung der Formularaufteilung.

Die OECD-Leitlinien 1995 stellen zunächst die von Befürwortern der Formularaufteilung vorgebrachten Vorteile heraus, dass die Formularaufteilung einfacher anzuwenden sei, die Rechtssicherheit erhöhe, der wirtschaftlichen Realität eines einheitlichen Wertschöpfungsprozesses innerhalb der Unternehmensgruppe gerechter zu werden, weil sich der wirkliche Wert der Einzelbeiträge für das Gesamtergebnis nur schwer ermitteln lasse, und dabei niedrigere Befolgungskosten auszulösen.<sup>1725</sup> Demgegenüber sieht die OECD vor allem Probleme. Das Hauptproblem („the most significant concern“) sei es, die Formularaufteilung in einer Weise auszugestalten, die sowohl eine Doppelbesteuerung verhindert als auch eine effektive Einmalbesteuerung sicherstellt; dies zu erreichen erfordere „substantial international coordination“.<sup>1726</sup> Selbst wenn Staaten bereit wären, sich auf die Anwendung der Formularaufteilung zu einigen, be-

---

<sup>1723</sup> OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.58 ff.

<sup>1724</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1979 Tz. 14 gegenüber OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.67.

<sup>1725</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.61 f.

<sup>1726</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.64.

stünde der Anreiz, den Aufteilungsschlüssel im jeweiligen Eigeninteresse auszugestalten; gleichzeitig wären diese Staaten aber zu Kooperation gezwungen, um der künstlichen Verschiebung der Faktoren, an die die Steuerlast geknüpft wird, wirksam zu begegnen.<sup>1727</sup> Ferner wäre der Übergang zur Formularaufteilung schwierig und würde eine Einigung unter den maßgeblichen Staaten, in denen Unternehmen operieren, erfordern; dies zu erwarten, sei unrealistisch. Ohne diese Einigung wären Unternehmen allerdings zwei unterschiedlichen Gewinnallokationssystemen ausgesetzt mit der Folge von Doppelbesteuerungs- oder Keimnalbesteuerungsrisiken.<sup>1728</sup> Die Formularaufteilung sei ferner willkürlich und verfehle eine Berücksichtigung der konkreten Umstände der Entitäten, insbesondere deren konkretes Risiko- und Funktionsprofil, und daher könne zur Zuordnung eines Gewinns an eine Verlustgesellschaft führen.<sup>1729</sup> Nicht problematisiert wird allerdings, dass dieses Risiko- und Funktionsprofil der Entitäten ebenfalls eine wertende Betrachtung erfordert, die ebenfalls willkürlich sein kann – sei es weil „willkürliche“ vertragliche Allokationen der Unternehmensgruppe respektiert werden oder weil diese mit „willkürlichen“ normativen Beurteilungen der „wahren“ Geschäftsbeziehung überlagert werden. Die OECD-Leitlinien 1995 befürchten zuletzt inakzeptabel hohe Befolgungskosten der Formularaufteilung und schwierigsten Bewertungsfragen bei ihrer Anwendung sowie Friktionen mit Quellensteuereinhalten; kurzum, die Formularaufteilung biete keine umfassende Lösung des internationalen Gewinnallokationsproblems.<sup>1730</sup> Dieser Abschnitt C. des Kapitels III der OECD-Leitlinien 1995 wurde mit formalen Anpassungen<sup>1731</sup> in das Kapitel I der OECD-Leitlinien 2010 übernommen und blieb in der Revision von 2017 unverändert.<sup>1732</sup>

Diese Argumente der OECD-Leitlinien 1995 überzeugen nicht. Der Fremdvergleichsgrundsatz ist, mit aller Sachlichkeit betrachtet, nicht weniger schwierig inhaltlich zu bestimmen, verwaltungspraktisch oder kostengünstig durchzusetzen oder mit weniger Risiken für Fehlallokationen von Gewinn und Verlusten sowie für Doppel- oder Keimnalbesteuerungen behaftet als die Formularaufteilung. Ein entscheidender Vorteil des Fremdvergleichsgrundsatz ist indes seine Flexibilität sowie die grundsätzliche Möglichkeit, die individuellen Beiträge der einzelnen Entitäten zu erfassen und dem

---

<sup>1727</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.65.

<sup>1728</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.66.

<sup>1729</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.67.

<sup>1730</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 3.68 ff.

<sup>1731</sup> Etwa: “(e.g. dollar, euro, yen)” Tz. 1.25, 2010 statt „(e.g. dollar, franc, mark)“ Tz. 3.67, 1995.

<sup>1732</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 2010/2017, Tz. 1.16-1.32.

Staat zuzuweisen, in dem sie wirtschaftlich entstanden sind, und dadurch das – nach hier vertretener Ansicht – auf ebendiese Zuordnung ausgelegte internationale Steuersystem, das in Art. 7 und 9 OECD-MA Ausdruck findet, verwirklichen zu können. Praktisch hat sich jedoch bisher – wie die BEPS-Initiative belegt – dieser theoretische Vorteil des Fremdvergleichsgrundsatzes noch nicht zufriedenstellend ausgewirkt. Vielmehr ist gerade der Fremdvergleich schwierig und kostspielig zu verwalten, schafft durch diese „Flexibilität“ Anreize für Staaten und Unternehmen, sich steuerliche Vorteile zu verschaffen, führt zu teils willkürlichen Allokationen usw. Die Ablehnung der OECD-Leitlinien seit 1995, die im Übrigen durch die zunehmende Inkorporation von Elementen der Formularaufteilung an Substanz einbüßt, scheint der kategorischen Gegenüberstellung und prinzipiellen Ablehnung geprägt, die von den U.S. Treasury Regulations 1968 ausging, heute aber eher den Blick auf die wirklichen Probleme der internationalen Gewinnallokation versperrt als eine rationale Auseinandersetzung über ein sachgerechtes und konsensfähiges Verrechnungspreissystem zu erleichtern. Die Kommission der Europäischen Union ist von der Begründung der Ablehnung der globalen Formularaufteilung durch die OECD-Leitlinien jedenfalls nicht überzeugt. Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über eine gemeinsame konsolidierte Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage aus dem Jahr 2011<sup>1733</sup> sieht in den „hohen Kosten, welche die Einhaltung von Verrechnungspreisvorschriften nach dem Fremdvergleichsgrundsatz verursacht“ ein „Haupthindernis im heutigen Binnenmarkt“<sup>1734</sup>. „Zudem lege „die Organisation stark integrierter Konzerne den Schluss nahe, dass eine transaktionsbasierte Preisfestsetzung nach dem Fremdvergleichsgrundsatz möglicherweise nicht mehr die beste Methode ist, um Gewinne zuzuweisen“<sup>1735</sup>. Die GKKB biete ferner weniger Möglichkeiten zur Steuerplanung,<sup>1736</sup> erlaube es Unternehmen im gesamtwirtschaftlichen Interesse wirtschaftlich vernünftige Entscheidungen zu treffen<sup>1737</sup> und führe daher zu einem Anstieg an grenzüberschreitenden

---

<sup>1733</sup> Vgl. Europäische Kommission, KOM(2011) 121/4, DE („GKKB 2011“).

<sup>1734</sup> Vgl. GKKB 2011, Begründung, S. 4.

<sup>1735</sup> Vgl. GKKB 2011, Begründung, S. 4.

<sup>1736</sup> Vgl. GKKB 2011, Begründung, S. 6 f.

<sup>1737</sup> Vgl. GKKB 2011, Folgenanalyse, S. 9.

Investitionen in der Europäischen Union;<sup>1738</sup> das gegenwärtige Netzwerk der DBA zwischen den Mitgliedstaaten biete „keine angemessene Lösung“<sup>1739</sup> dieser Probleme.

### **C. Kritik des Fremdvergleichsgrundsatzes und Reformvorschläge der Literatur**

Die Kritik der Literatur am Fremdvergleichsgrundsatz begann sich im Anschluss an dem Erlass der U.S. Treasury Regulations von 1968 zu formieren. Diese Treasury Regulations hatten den Fremdvergleichsgrundsatz – entgegen dem Gesetzesentwurf von 1962 und der anschließenden Maßgabe des U.S. Kongress, „additional guidelines and formulas for the allocation of income and deductions“ zu erarbeiten – gestärkt und – anders als zuvor der Carroll Report – unversöhnlich der Formularaufteilung gegenübergestellt. In Reaktion auf diese Reform des U.S. Rechts und die fortschreitenden Globalisierung, Kapitalmobilität und Ausbreitung multinationaler Unternehmen, ergab sich eine zunehmend umfassende historische, systematische und teleologische Kritik des auf den Standardmethoden basierenden Fremdvergleichsgrundsatzes.<sup>1740</sup> Diese Literatur löste eine fremdvergleichskritische Gegenbewegung aus, die sich bis heute hält und grob in verschiedene Strömungen systematisiert werden kann, die entweder (i) auf eine Umkehr der historischen Entscheidung gegen die globale Formularaufteilung abzielt und sich für einen vollständigen Wechsel zur globalen Formularaufteilung ausspricht, eingedenk der praktischen und theoretischen Probleme dieses vollständigen Wechsels jedoch auch (ii) hybride Konzepte zu erwägen begann – etwa eine globale Formularaufteilung nur des Residualgewinns – und zuletzt vielfach nur (iii) weitere Elemente der Formularaufteilung in den Fremdvergleichsgrundsatz inkorporieren will oder (iv) Lösungen außerhalb der „Gegenpole“ sucht. Im Folgenden werden diese Strömungen der kritischen Gegenbewegung exemplarisch vorgestellt und in Bezug auf ihre Sachgerechtigkeit für die internationale Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten beurteilt.

---

<sup>1738</sup> Vgl. GKKB 2011, Folgenanalyse, S. 9.

<sup>1739</sup> Vgl. GKKB 2011, Erwägungsgründe, S. 12. U.a. sucht auch die Volksrepublik China weiterhin nach Mitteln und Wegen, um die Formularaufteilung *innerhalb* des Fremdvergleichsgrundsatzes durchzusetzen, vgl. UN-Leitlinien 2017, China Country Practice, S. 547 ff.

<sup>1740</sup> Drei für die Formierung der Kritik in der Literatur maßgebliche, inhaltlich aufeinander aufbauende Beiträge zwischen den Reformen von 1968 und 1986/88-1995 sind *P. Musgrave*, International Tax Base Division and the Multinational Corporation, Public Finance, 1972, S. 394 ff.; *anonym*, Multinational Corporations and Income Allocation under Section 482 of the Internal Revenue Code, Harvard Law Review, 1976, S. 1202 ff.; sowie *Langbein*, The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, 1986, S. 625 ff.; *Langbein's* „Myth Paper“ wurde zur Grundlage der theoretischen Analyse des U.S. White Paper 1988, woraus sich ein Zusammenwirken von Literatur und Rechtsentwicklung ergibt.

## I. Der Wechsel zu einem internationalen Formularaufteilungssystem

Naheliegender angesichts der historischen Gegenüberstellung von Fremdvergleichsgrundsatz und globaler Formularaufteilung und der nationalen Anwendung von Formularaufteilungen, etwa in den USA und Kanada,<sup>1741</sup> bestehen verschiedentliche Vorschläge eines vollständigen Wechsels zu einem globalen Formularaufteilungssystem, d.h. einer Vollkonsolidierung des steuerlichen Ergebnisses der Unternehmensgruppe und der Zerlegung dieses Gesamtergebnisses anhand von im Vorfeld bestimmten und gewichteten Faktoren.<sup>1742</sup> Immaterielle Werte sind regelmäßig kein Zerlegungsfaktor, sondern – in Anlehnung an das U.S. Recht – eine Auswahl oder gewichtete Kombination aus materiellen Wirtschaftsgütern, Arbeitskräften/Lohnsumme und Umsätzen.<sup>1743</sup> Infolgedessen wäre der Wechsel zur Formularaufteilung eine „Lösung“ des Problems der Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten, weil sie nicht mehr erfolgen würde. Die Erträge aus der kommerziellen Verwertung immaterieller Werte fließen in das konsolidierte Gesamtergebnis ein und werden entsprechend des allgemeinen Verteilungsschlüssels allokiert. Die Formularaufteilung behandelt dadurch – trotz ihres geschätzten Anteils am Gesamtwert vieler Unternehmensgruppen von 50-70 % – die Erträge aus immateriellen Werten als bloße wirtschaftliche Folge der Nutzung der materiellen, messbaren Faktoren des Verteilungsschlüssels.

Die „richtige“ Gewichtung der Aufteilungsfaktoren wird dabei unterschiedlich beurteilt. Die GKKB 2011 etwa, die eine dreifaktoren Formularaufteilung entwirft, verteilt das konsolidierte Gesamtergebnis gemäß Art. 86 Abs. 1 zu 1/3 nach dem Umsatz, zu 1/3 an den Faktor „Arbeit“ – zu 1/6 nach der Lohnsumme, zu 1/6 nach der Anzahl an Beschäftigten – und zu 1/3 nach den Vermögenswerten. Allerdings kann nach Art. 87

---

<sup>1741</sup> In Deutschland wird nur der Steuermessbetrag der GewSt nach § 28 GewStG „zerlegt“.

<sup>1742</sup> Vgl. stellvertretend für diesen Zweig *Avi-Yonah*, Rise and Fall of Arm's Legth: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation, 2007, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 73, S. 28 „In 1962, Congress and the Treasury decided to reject the formulary approach and adopt the traditional ALS, which the Treasury then persuaded the rest of the world to follow. This Article has attempted to demonstrate that this was a mistake resulting in over thirty years of uncertainty, arbitrariness and litigation. It is time for the United States to take the lead again in guiding the world toward a flexible formulary system of allocating worldwide taxable income of related entities, hopefully with better results.“ Der U.S. Kongress reagierte somit 1962 vorrangig auf die *praktischen* Schwierigkeiten, tatsächliche Vergleichswerte zu ermitteln. Konnte der Steuerpflichtige solche beweispflichtig nachweisen, sollte der Fremdvergleichsgrundsatz Anwendung finden. Es scheint daher zu pauschal zu sagen, die Formularaufteilung sei „rejected“ worden. Der U.S. Kongress wollte eher ein Mittel schaffen, um die Fremdvergleichsallokation durchzusetzen, diese war die letztlich maßgebliche Regel, *wenn sie praktisch anwendbar war*.

<sup>1743</sup> Vgl. zur klassischen „Massachusetts formula“, *Durst* Formulary Apportionment, BNA Bloomberg, Part II. Historische Betrachtung auch im Carroll Report.

eine „andere Methode“ der Gewinnaufteilung ersucht werden, wenn der Hauptsteuerpflichtige<sup>1744</sup> oder eine zuständige Behörde der Auffassung sind, dass der einem Gruppenmitglied zugewiesene Gewinnanteil das Ausmaß der Geschäftstätigkeit nicht angemessen wiedergibt. Die konkrete Bestimmung und Quantifizierung der Aufteilungsfaktoren zeigt einigen Raum für Unklarheiten. Zunächst bestimme sich die Qualifikation des Begriffs der „Beschäftigten“ nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten, in dem der Betreffende „tätig“ ist (Art. 90 Abs. 3 GKKB 2011), wobei insbesondere die Grenzbereiche („Scheinselbständigkeit“ u.ä.) sicherlich unterschiedlich beurteilt werden würden und Arbeitnehmersendungen Probleme auslösen, die Art. 91 nur skizziert. Die Zusammensetzung des Faktors „Vermögenswerte“ soll sich nach Art. 92 Abs. 1 aus dem relativen Verhältnis des durchschnittlichen Werts aller Sachanlagen ergeben, wobei Vermögenswerte nach Art. 93 an den „wirtschaftlichen Eigentümer“<sup>1745</sup> bzw. die Entität, die diesen „tatsächlich nutzt“, allokiert werden sollen. Die Bewertung der Vermögenswerte erfolgt nach Art. 94 mit dem steuerlichen Buchwert unter Berücksichtigung möglicher Abschreibungen; immaterielle Werte sollen dagegen nicht als „Vermögenswerte“ erfasst werden, da sie zu mobil sind.

„Die Formel für die Aufteilung der konsolidierten Bemessungsgrundlage sollte drei gleich gewichtete Faktoren (Arbeit, Vermögenswerte und Umsatz) umfassen. Der Faktor Arbeit sollte anhand von Lohnsumme und Beschäftigtenzahl (jeweils zur Hälfte) berechnet werden. Der Faktor Vermögenswerte sollte alle materiellen Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens umfassen. *Immaterielle Wirtschaftsgüter und Finanzanlagevermögen sollten nicht in die Formel einbezogen werden, da sie mobil sind und die Gefahr besteht, dass das System umgangen wird.* Durch diese Faktoren wird den Interessen des Quellenmitgliedstaats angemessen Rechnung getragen. Schließlich sollte auch noch der Umsatz berücksichtigt werden, damit eine angemessene Beteiligung des Bestimmungsmitgliedstaats gewährleistet wird. *Durch diese Faktoren und Gewichtungen dürfte sichergestellt sein, dass Gewinne dort besteuert werden, wo sie anfallen.* Als Ausnahme zu dem allgemeinen Grundsatz sieht eine Schutzklausel eine alternative Methode für Fälle vor, in denen das Ergebnis der Aufteilung den Umfang der Geschäftstätigkeit nicht angemessen wiedergibt.“<sup>1746</sup>

Der Faktor „Umsatz“ ergibt sich zuletzt aus dem relativen Verhältnis am Gesamtumsatz, wobei nach Art. 95 steuerfreie Erträge, Zinsen, Dividenden, Lizenzgebühren und

---

<sup>1744</sup> Zum Begriff Art. 4 (6) GKKB 2011.

<sup>1745</sup> Zum Begriff Art. 4 (20) GKKB 2011: „[W]irtschaftlicher Eigentümer“ bezeichnet die Person, die alle materiellen Vorteile und Risiken aus einem Wirtschaftsgut des Anlagevermögens trägt, unabhängig davon, ob sie der rechtmäßige Eigentümer ist. Ein Steuerpflichtiger, der das Recht hat, ein Wirtschaftsgut des Anlagevermögens zu halten, es zu gebrauchen und über es zu verfügen und der das Risiko seines Verlustes oder seiner Zerstörung trägt, gilt auf jeden Fall als wirtschaftlicher Eigentümer.“

<sup>1746</sup> EU-GKKB 2011, Erwägungsgrund (21). (Kursiv hinzugefügt)

Erlöse aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens nicht als Umsätze erfasst werden, „es sei denn, es handelt sich um Erträge, die im Zuge der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit erzielt wurden.“ Verkäufe von Gegenständen und Dienstleistungen innerhalb einer Konsolidierungsgruppe werden konsequenterweise nicht einbezogen; für Geschäftsbeziehungen mit verbundenen Unternehmen, die nicht derselben Konsolidierungsgruppe angehören,<sup>1747</sup> soll gemäß Art. 79 eine Preisanpassung erfolgen, die auf einen Fremdvergleich hinausläuft.<sup>1748</sup> Die Umsätze werden gemäß Art. 96 regelmäßig der im Bestimmungsland ansässigen Entität zugeordnet, die in den Faktor Umsatz einbezogene steuerfreie Erträge, Zinsen, Dividenden und Lizenzgebühren sowie Erlöse aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern allerdings dem „wirtschaftlichen Eigentümer“. Letzteres wirft Fragen auf, insbesondere, wie zur Bestimmung des „wirtschaftlichen Eigentums“ im Sinne des Art. 4 (20) erforderliche Risikotragung in Bezug auf die den Lizenzgebühren zugrundeliegenden immateriellen Werten zu ermitteln sein soll, wenn die Transaktionen innerhalb der Konsolidierungsgruppe nicht anerkannt werden (Art. 59). Verfahrensmäßig ist die GKKB 2011 gemäß Art. 6 ff., 104 ff. als „Opt-in“ ausgestaltet, Unternehmen könnten frei für die Anwendung optieren. Die EU-Kommission hat durch Pressemitteilung angekündigt die GKKB zu überarbeiten und „mandatory for large multinational groups“ („global revenues exceeding EUR 750 million a year“<sup>1749</sup>) auszugestalten zu wollen.

In der Literatur finden sich Stimmen, die eine solche dreifaktoren Formularaufteilung als international obligatorische Methode – nicht nur regional und/oder fakultativ oder als „optional safe-haven“<sup>1750</sup> – durchsetzen wollen.<sup>1751</sup> Eine globale Formularaufteilung, so diese Stimmen, werde der wirtschaftlichen Realität, dass eine Unternehmensgruppe als wirtschaftliche Einheit agiert, eher gerecht und die materiellen, messbaren

---

<sup>1747</sup> Vgl. i. Einz. Art. 78 GKKB 2011.

<sup>1748</sup> Vgl. GKKB 2011, Art. 79: „*Preisanpassungen in Beziehungen zwischen verbundenen Unternehmen* -- Werden in Beziehungen zwischen verbundenen Unternehmen Bedingungen festgelegt oder auferlegt, die sich von den Bedingungen zwischen unabhängigen Unternehmen unterscheiden, so werden sämtliche Einkünfte, die der Steuerpflichtige ohne diese Bedingungen bezogen hätte, in seine Einkünfte einbezogen und entsprechend besteuert.“

<sup>1749</sup> Vgl. EU-Kommission vom 25.10.2016, IP/16/3471. Demgegenüber noch GKKB 2011, Erwägungsgrund (8): „Da ein solches System in erster Linie für den Bedarf grenzüberschreitend tätiger Unternehmen konzipiert ist, sollte es fakultativ sein und die bestehenden nationalen Körperschaftsteuersysteme ergänzen.“

<sup>1750</sup> Vgl. *anonym*, *Multinational Corporations and Income Allocation under Section 482 of the Internal Revenue Code*, *Harvard Law Review*, 1976, S. 1202, 1238.

<sup>1751</sup> Vgl. stellvertretend *Piccotto*, *Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations*, *Tax Justice Network*, 09.12.2012, S. 10 ff.; sowie ausf. *Piccotto*, *International Business Taxation, A Study in the Internationalization of Business Regulation*, Cambridge University Press, 2. Auflage, 2013, Chapter 9 – *The Worldwide Unitary Taxation Controversy*, S. 230 ff.

Allokationsfaktoren würden die tatsächliche geographische Aktivität zutreffend identifizieren und quantifizieren.<sup>1752</sup> Dadurch diene die globale Formularaufteilung der Allokation der Gewinne an die Jurisdiktionen, in denen wirtschaftliche Aktivitäten erfolgen und Einkünfte generiert werden. Die Konsolidierung des Gesamtergebnisses und Verwendung des Verteilungsschlüssels würde auch die Mehrgewinne aus der Internationalisierung von Wertschöpfungsprozessen, die Synergien und den Organisationsgewinn, erfassen und allokalieren, da diese sich keinem Staat, in dem die Unternehmensgruppe aktiv ist, konkret zuordnen lasse, sondern ein Gewinn der Organisation selbst sei.<sup>1753</sup> Darüberhinaus verhindere die globale Formularaufteilung die künstliche Verschiebung von Gewinnen und sei einfacher und kostengünstiger zu verwalten.<sup>1754</sup> Die globale Formularaufteilung ziele dabei nicht darauf ab, die ökonomischen Beiträge der Gruppenentitäten einzeln zu bewerten, sondern gehe von einer einheitlichen Gesamtwertschöpfung aus, deren Gesamtergebnis die Anwendung des Verteilungsschlüssels gedanklich auf die beteiligten Jurisdiktionen zerlegt. Die drei Faktoren des Verteilungsschlüssels – Vermögenswerte, Arbeitskräfte, Umsätze – bilden nach dieser Literaturmeinung daher einen Ausgleich zwischen einer Besteuerung am Produktionsort (Vermögenswerte, Arbeitskräfte) und am Ort des Absatzmarkts (Umsätze) und führten dadurch zu einem Wettbewerb, um echte Standortvorteile für tatsächliche Wirtschaftsaktivitäten.<sup>1755</sup> Immaterielle Werte sollen auch nach diesen Stimmen der Literatur nicht in den Faktor „Vermögenswerte“ einbezogen werden. Während die Begründung der anderen Faktoren des Verteilungsschlüssels sich mit den Erwägungen der GKKB 2011 deckt, weicht etwa die Begründung Piccottos des Ausschlusses immaterieller Werte entscheidend von den praktischen Erwägungen der GKKB 2011 ab.

„It is also preferable to exclude intangible assets [...]. One reason for this is the difficulty of assessing non-tangibles. More importantly, *the inclusion of intangibles would run counter to the basic*

---

<sup>1752</sup> Vgl. *Piccotto*, Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations, Tax Justice Network, 09.12.2012, S. 10; sowie ausf. *Piccotto*, International Business Taxation, A Study in the Internationalization of Business Regulation, Cambridge University Press, 2. Auflage, 2013, Chapter 9 – The Worldwide Unitary Taxation Controversy, S. 230 ff.

<sup>1753</sup> Vgl. *Piccotto*, Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations, Tax Justice Network, 09.12.2012, S. 1; sowie ausf. *Piccotto*, International Business Taxation, A Study in the Internationalization of Business Regulation, Cambridge University Press, 2. Auflage, 2013, Chapter 9 – The Worldwide Unitary Taxation Controversy, S. 230 ff.

<sup>1754</sup> Vgl. *Piccotto*, Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations, Tax Justice Network, 09.12.2012, S. 1, 10; sowie ausf. *Piccotto*, International Business Taxation, A Study in the Internationalization of Business Regulation, Cambridge University Press, 2. Auflage, 2013, Chapter 9 – The Worldwide Unitary Taxation Controversy, S. 230 ff.

<sup>1755</sup> Vgl. *Piccotto*, Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations, Tax Justice Network, 09.12.2012, S. 11, 12 f.

*principles of unitary taxation. The unitary approach does not attempt to evaluate the contributions to total income made by the different parts of the TNC, it assumes that the income results from the combined efforts and synergy of the firm as a whole. It therefore avoids the increasingly intractable problems faced by the ALP in determining the allocation of income to intangibles, which are clear symptoms of the unsuitability of the ALP, especially in the 'knowledge economy'.*

Typically, a TNC will operate facilities for research and development (R&D) in one or a few locations; the know-how and IPRs which result will be used in its production facilities in various other locations; and the resulting products will be sold all over the world. Often, an attempt will be made to reduce taxes by transferring ownership of the IPRs to a holding company in a suitable jurisdiction (a haven). Even if this avoidance device is blocked, *how is the income from the intangibles to be attributed? Should it be considered as earned entirely by the affiliate where research is conducted? The manufacturing affiliate might also have contributed, by adapting the know-how in the course of production. Furthermore, IPRs are generally granted protection under national laws which therefore help to generate the TNC monopoly profits. Also, the income could be partially attributable to the willingness of the consumers to pay for the products embodying that R&D.* The OECD Guidelines have long wrestled with these difficulties. The latest draft issued for discussion in 2012 proposes that the attribution should take account of the 'functions, risks, and costs' borne by the different affiliates involved. This is no more than sophistry, and it is not surprising that intangibles are central to the vast majority of transfer pricing disputes. *The unitary approach simply avoids these problems, because it does not seek to attribute income according to the nature of the various activities, but to apportion it according to factors linking the activities to each state. Hence, intangibles should be excluded from the assets weighting in the formula.*<sup>1756</sup>

Diese lesenswerten Argumente überzeugen nicht vollständig und unterschlagen gewichtige konzeptionelle und praktische Probleme der dreifaktoren Formularaufteilung.<sup>1757</sup> Zum einen ist es in sich widersprüchlich, mit Einheitlichkeit der Wertschöpfung zu argumentieren, um die Formularaufteilung als überlegene Methode einzuführen, bei ihrer Ausgestaltung aber die Beiträge zu dieser gemeinsamen Wertschöpfung nicht aus Sicht des Unternehmens, sondern aus der Sicht des Staates, in dem materielle Operationen ausgeführt werden, messen zu wollen. Die Begründung, die Formularaufteilung ziele gar nicht darauf ab, die konkreten Beiträge der Entitäten näherungsweise zu ermitteln, ist ein Fremdkörper in einem internationalen Steuersystem, das auf eine näherungsweise Verwirklichung der „economic allegiance“ gewerblicher Einkünfte ausgerichtet ist. Auch für die EU-Kommission ist es nach Erwägungsgrund (21) der GKKB 2011 entscheidend, durch die drei Faktoren und Gewichtungen sicherzustellen,

---

<sup>1756</sup> Piccotto, Towards Unitary Taxation of Transnational Corporations, Tax Justice Network, 09.12.2012, S. 11 f.

<sup>1757</sup> Vgl. Fleming/Peroni/Shay, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, Michigan Journal of International Law, 2014, S. 1, 34 ff.

dass „Gewinne dort besteuert werden, wo sie anfallen.“ Der Ausschluss der immateriellen Werte aus dem Verteilungsschlüssel ist für die EU-Kommission nur eine praktische Erwägung, da immaterielle Werte „mobil sind und die Gefahr besteht, dass das System umgangen wird“. Darüberhinaus hat sich in der Rechtspraxis der USA, die national eine Formularaufteilung zwischen den Bundesstaaten vorsieht, mit diametral gegensätzlicher Begründung die Verwendung des Faktors „Vermögenswerte“ insgesamt nicht bewährt und wurde von den meisten Bundesstaaten aufgegeben. Neben den Bewertungsschwierigkeiten, die sich als beachtlich erwiesen haben und Spielraum für Steuergestaltungen bieten, habe sich in der praktischen Rechtsanwendung die Überzeugung durchgesetzt, dass der Ausschluss immaterieller Werte die näherungsweise Abbildung der Kapitalbasis der unternehmerischen Aktivitäten zu stark verzerrt und die folglich Überbelastung materiellen Kapitals ein Investitionshindernis darstelle. Durst etwa schreibt zu den Erfahrungen mit dem Faktor „Vermögenswerte“:

„Despite its natural conceptual appeal, however, the property factor always has posed difficulties in practical application. First, using property as an apportionment factor requires that all of a taxpayer’s tangible property be appraised periodically, and the appraisal of property is a highly inexact art. Indeed, the heavy reliance of current arm’s length transfer pricing rules on techniques borrowed from the tool box of property appraisers – such as reference to uncontrolled comparables and estimates of fair market value based on future estimated income streams – constitutes one of the weaknesses of current arm’s-length pricing rules. It is true that corporate balance sheets typically list the value of a company’s tangible assets, but such book measurement of an asset’s original costs minus depreciation may depart widely from an asset’s actual fair market value.

In addition, whereas a century ago the value of a business’s tangible assets might have given a reasonable approximation of its capital base, today the relative role of intangible property is much greater and in many industries probably eclipses the role of tangible assets. Thus, an apportionment factor based on the location of a company’s tangible property may give little useful indication of the company’s relative income-generating potential in the various jurisdictions in which it operates.

Further, and probably most importantly, legislators and other policymakers in the U.S. states generally feel that including a property factor in the state’s apportionment formula poses a strong disincentive for companies to locate a physical plant in the state. Whether or not that belief is well-founded, it has contributed the near-demise of the property factor in the United States.<sup>1758</sup>»

Teile der Literatur, die einen Wechsel zur globalen Formularaufteilung grundsätzlich befürwortet, sprechen sich daher – im Einklang mit der tatsächlichen Rechtspraxis der

---

<sup>1758</sup> Durst, *Analysis of a Formulary System, Part VI: Building the Formula*, BNA Bloomberg, Tax Management, Transfer Pricing Report, Vol. 22 No. 8, 1-23-14, S. 4.

U.S. Bundesstaaten – entweder eine zweifaktoren Formularaufteilung ohne Verwendung des Faktors „Vermögenswerte“ oder eine – vollständige oder nur residuale – „single-factor“ Formularaufteilung allein nach Umsätzen aus.

Einen ersten Vorschlag für eine Modifikation der dreifaktoren Formularaufteilung erarbeitete *Langbein* 1992, also vor der Einführung der Gewinnmethoden durch die Revision der OECD-Leitlinien 1995, auf der Grundlage eines „Transaktionskostenansatzes“. Dieser basiert auf der Annahme, dass infolge der Transaktionskostentheorie von *Coase* und der auf dieser aufbauenden Internalisierungstheorien – insbesondere von *Williamson* und *Caves* – der Residualgewinn, d.h. das Residuum des Gesamtkonzerns nach Abzug der Funktionsvergütung der Einzelunternehmen, nicht einzelnen Produktionsfaktoren zuzuordnen ist, sondern der Organisationsform selbst.<sup>1759</sup> Die Entscheidung für die Internalisierung von Wertschöpfungsfunktionen wird aus der unternehmerischen Perspektive insbesondere getroffen, um bestimmten Marktrisiken (d.h. potentiellen Kosten), die mit einer Markttransaktion verbunden sind, vorzubeugen. Die Organisationsform – das „Faktum der Integration“ – ist dadurch ursächlich für die Aufhebung der Marktrisiken und Grund für das Entstehen des „marginal product of the entrepreneur“.<sup>1760</sup> *Langbein* unterscheidet zwei Bestandteile der Integration als Grund für das Entstehen dieses Residualgewinns, die sog. „lesser functions of internal organization“ (vor allem Kostenvorteile durch Kontrollfunktionen, erleichterte Kommunikation und Streitbeilegung) und die sog. „hazard avoidance“<sup>1761</sup>, die vor allem die Wertschöpfungsfunktionen im engeren Sinne betrifft und daher hochwertiger sei als die „lesser functions of internal organization“. In dem Umfang, in dem durch die Organisation „hazard avoidance“ erreicht wird, nimmt *Langbein* an, dass durch deren „Verschwinden“ infolge der Internalisierung hypothetische Kosten vermieden werden. Dem Staat, in dem die Entität ansässig ist, deren Integration in den Konzern diese „hypothetically lost revenues“ vermeidet, sollte nach *Langbein* das Be-

---

<sup>1759</sup> Vgl. *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1989, 1391, 1407.

<sup>1760</sup> Vgl. *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1989, 1391, 1407.

<sup>1761</sup> Typische Risiken in IWG-basierten Wertschöpfungsketten sind das Aneignungsrisiko („appropriation risk“) und das „Verschlechterungsrisiko“ („debasement risks“). Dabei werden „appropriation risks“ typischerweise mit „trade intangibles“ verbunden sein und „debasement risks“ typischerweise mit „marketing intangibles“, vgl. zu diesen Kategorien OECD-Leitlinien 2010, Tz. 6.3 f. Vgl. a. *Langbein*, A Modified Fractional Apportionment Proposal For Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1992, S. 723.

steuerungsrecht für den entsprechenden Teil des Residualgewinnes zukommen.<sup>1762</sup> Die anteilige Residualgewinnallokation führt somit zu einem anteiligen Quellensteuerrecht, weil in diesem Staat das Risiko radiziert ist, dass durch die Internalisierung der Transaktion beseitigt wird. Dies bedeutet, dass das Gewinnpotential, das nach dem „Produktionskostenansatz“ des U.S. White Paper 1988 auch an den Ansässigkeitsstaat allozierbar wäre,<sup>1763</sup> somit in der Jurisdiktion besteuert wird, in der durch die Risikovermeidung das Gewinnpotential wirtschaftlich realisiert wird. Die Idee, das Quellensteuerrecht an das hypothetische Kostenrisiko zu knüpfen, begrenzt die Residualgewinnallokation indes nicht zwingend auf das im Quellenstaat unmittelbar radizierte Residualgewinnpotential, sondern könne darüber hinausgehen. Besteht das durch die Internalisierung vermiedene Risiko etwa in einem Aneignungsrisiko, also dem Risiko, dass sich ein fremder Dritter den Wert eines immateriellen Wirtschaftsguts aneignet, so schütze die Internalisierung der Transaktion den gesamten Zahlungsstrom des Unternehmens aus diesem immateriellen Wirtschaftsgut.<sup>1764</sup> Diese theoretisch wegweisenden, wenngleich im Detail streitbaren Gedanken<sup>1765</sup> stoßen auf praktische Anwendungsprobleme. Diese sind Folge der komplexen Analyse, die dieser „Transaktionskostenansatz“ mit sich bringt. Erstens erfordert der Ansatz den Residualgewinn zu ermitteln, der durch die Internalisierung generiert wird; zweitens wäre die Frage zu beantworten, in Hinsicht auf welche konkreten Risiken die Internalisierung der Transaktion gewählt wurde; drittens, wie hoch die hypothetischen Kosten ohne die Internalisierung in den jeweiligen Quellenstaaten wären; und viertens sind die hypothetischen

---

<sup>1762</sup> Vgl. *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1989, 1391, 1407.

<sup>1763</sup> Vgl. zum „continuum price problem“ *Langbein*, The Unitary Method and the Myth of Arm’s Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 654: „The “continuum price problem” is generated when the aggregate returns on a “remuneration of services” basis are less than the actual combined return to the integrated group.”

<sup>1764</sup> Vgl. *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1989, 1391, 1407.

<sup>1765</sup> *Langbein* legt hegt einige Zweifel an seinem Ansatz. Dabei handelt es sich um die aus der Organisationstheorie importierten Zweifel an der Eindeutigkeit der Gründe für die Internalisierung im Einzelfall und den daraus für die Gewinnallokation folgenden Problemen. Wird innerhalb der Organisationstheorie ein unterschiedliches Gewicht auf die Internalisierungsgründe gelegt, führte dies konsequenterweise im Steuersystem zu einer unterschiedlichen Allokation des Residualgewinns zwischen Quellen- und Ansässigkeitsstaat. Ferner sei nicht abschließend geklärt, ob die Internalisierungstheorien auch für kleinere MNE und MNE aus Entwicklungsländern gleichermaßen gültig sind. Vgl. i.Einz. *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1989, 1391, 1411 ff.

Kosten für den Zahlungsströme der Gesamtorganisation ohne Internalisierung der Transaktionen zu quantifizieren.<sup>1766</sup> *Langbein* zog daraus folgenden Schluss:

„Obviously, there will be difficulties in answering any of these questions, and still greater difficulties in quantifying any effects whose existence may be demonstrable. [...] One is led ineluctably to the conclusion that the only kind of regime which is faithful to the idea that tax base should be assigned to the jurisdiction in which the economic activities “generating” the income occurred is a fractional system, which employs fractions designed in accordance with a general understanding of the economic processes which produce preserve the tax base.<sup>1767</sup>”

Infolgedessen entwickelte *Langbein* eine „modifizierte“ Formularaufteilung, die von der klassischen Formularaufteilung insofern abweicht als (i) Elemente des Fremdvergleichssystems übernommen werden, indem eine fremdübliche Routinevergütung zugelassen wird, (ii) nicht das pauschal Gesamteinkommen an alle Entitäten verteilt wird, sondern nur das Residuum aus spezifischen Produktparten, und dabei (iii) nur zwei Aufteilungsfaktoren eingesetzt werden.<sup>1768</sup> Dieses System allokiert den globalen Nettogewinn einer Unternehmensgruppe aus den einzelnen Produktkategorien jeweils gesondert in einem zweistufigen Verfahren. Zunächst wird dafür jeder Entität ein Routinegewinnanteil für die durch sie getragenen Kosten sowie eine angemessene („routine“) Kapitalverzinsung, die analog zur BALRM ermittelt wird, zugeordnet.<sup>1769</sup> Die Produktionskostenminderungen durch die Standortvorteile werden dabei an die jeweilige lokale Entität allokiert. In einem zweiten Schritt wird dann der nach dieser Routinegewinnzuordnung verbleibende Residualgewinn formularmäßig unter Zugrundelegung eines Kapitalfaktor und eines Umsatzfaktors an die einzelnen Entitäten verteilt.<sup>1770</sup> Die Verwendung dieser Faktoren soll die *relativen* Beiträge der einzelnen Entitäten einer Produktlinie zum Entstehen des Gesamtgewinns der Gruppe aus der jeweiligen Produktlinie, unter Berücksichtigung der durch die Internalisierung konkret vermiedenen Risiken, abbilden. Der Kapitalfaktor bestimmt sich durch das Verhältnis des eingesetzten Kapitals der Entität zum in der Produktlinie eingesetzten Gesamtkapi-

---

<sup>1766</sup> Vgl. *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1989, 1391, 1409.

<sup>1767</sup> Vgl. *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1989, 1391, 1409 f. *Langbein* erwägt *daneben* eine Aufnahme des Transaktionskostengedankens *in das Fremdvergleichssystem* durch eine Änderung der Vergleichbarkeitsanalyse, was den Vorteil habe, keinen offenen Systemwechsel darzustellen und somit international akzeptabler sein kann, a.a.O. S. 1413.

<sup>1768</sup> Vgl. *Langbein*, A Modified Fractional Apportionment Proposal For Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1992, S. 719 ff.

<sup>1769</sup> Vgl. *Langbein*, A Modified Fractional Apportionment Proposal For Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1992, S. 719, 720.

<sup>1770</sup> Die „Massachusetts formula“ verwendet ferner die Lohnkosten als Verteilungsfaktor.

tal des Konzerns. Der Umsatzfaktor dementsprechend das Verhältnis des Außenumsatzes der jeweiligen Entität zum Gesamtaußenumsatz des Konzerns.<sup>1771</sup> Diese Formelaufteilung berücksichtigt für die Residualallokation die eingesetzten Inputfaktoren (Kapitaleinsatz) sowie die ausgeübten Output-Funktionen (Umsatz am Markt) der Einzelentitäten.<sup>1772</sup> Die Gleichgewichtung des Kapital- und Umsatzfaktors versteht *Langbein* als Zugeständnis an den „Produktionskostenansatz“. Die Gleichgewichtung enthalte die Möglichkeit, dem Vorschlag größere Akzeptanz zu verschaffen als einer nur auf dem Umsatzfaktor basierten Residualverteilung, die *Langbein* theoretisch für vorzugswürdig hält.<sup>1773</sup> Eine Residualgewinnaufteilung auf der Grundlage von jeweils unterschiedlich gewichteten Faktoren basierend auf einer Unterscheidung der Typen von Integration (vertikal/horizontal) lehnt *Langbein* aus Rechtssicherheitsgründen ab. Problematisch an *Langbein*'s Ansatz ist vor allem, „nur“ eine Reaktion auf das Problem der zu kurz greifenden Gewinnallokation der Höhe nach durch die Standardmethoden darzustellen, das *Langbein* zuvor als sog. „continuum price problem“<sup>1774</sup> identifiziert hatte; wie sich zeigte, ist aber vor allem auch die wertende *geographische Allokation* der Zuordnungsfaktoren international problematisch.

Einen an diese Ideen angelehnten Vorschlag für eine zweifaktoren Formularaufteilung haben *Avi-Yonah/Clausing/Durst* entworfen.<sup>1775</sup> Die Besteuerungsprobleme immaterieller Werte im Verrechnungspreissystem waren dabei eine maßgebliche Erwägung

---

<sup>1771</sup> Vgl. *Langbein*, A Modified Fractional Apportionment Proposal For Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1992, S. 721.

<sup>1772</sup> Vgl. *Langbein*, A Modified Fractional Apportionment Proposal For Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1992, S. 721.

<sup>1773</sup> Vgl. *Langbein*, A Modified Fractional Apportionment Proposal For Tax Transfer Pricing, Tax Notes, 1992, S. 729.

<sup>1774</sup> Vgl. *Langbein*, The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 654: „The “continuum price problem” is generated when the aggregate returns on a “remuneration of services” basis are less than the actual combined return to the integrated group.”

<sup>1775</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, 2009, 497 ff. Die relative lange Zeit zwischen dem Entwurf von *Langbein* 1992 und diesem Entwurf scheint seine Ursache in der Reform der OECD-Leitlinien 1995/96 zu haben, die die Auseinandersetzung um den Wechsel zu einer globalen Formularaufteilung zunächst gelindert haben scheint, vgl. *Avi-Yonah*, Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 102, S. 3. Ab 2005 scheint diese Auseinandersetzung aufgrund und im Rahmen der Verhandlungen um die Behandlung der sog. „business restructurings“ wieder aufwind erhalten zu haben, vgl. BNA Bloomberg, OECD's Owens Rejects Unitary Idea, Focuses on Making Arm's-Length Work, 18 Transfer Pricing Report 518, 24.09.2009. Jede Reformrunde scheint diesem Muster zu folgen: Feststellen der Problematik des Fremdvergleichsgrundsatzes, Forderungen nach einem Systemwechsel, offizielle Ablehnung eines Systemwechsel unter Inkorporation weiterer Elemente der Formularaufteilung in das System.

für den Wechsel zu einer Formularaufteilung.<sup>1776</sup> Diese zweifaktoren Formularaufteilung trennt in einem ersten Schritt die Unternehmensgruppe in zusammengehörige „Aktivitäten“<sup>1777</sup> auf; diese zusammengehörigen Aktivitäten bilden eine Konsolidierungsgruppe. Sonach allokiert die vorgeschlagene Methode zunächst (i) eine fremdübliche Verzinsung der Kosten der Unternehmensgruppe in jeder Jurisdiktion, in der die „Aktivitäten“ ausgeübt werden, und teilt (ii) den Restbetrag, der typischerweise auf den Einsatz von immateriellen Werten entfällt, entsprechend des relativen Verhältnisses der Entitäten am Umsatz der Gruppe auf.<sup>1778</sup> Diese zweifaktoren Formularaufteilung soll die negativen Effekte auf die geographische Allokation von materiellen Vermögenswerten und die Beschäftigungsquote/-qualität mindern, die nach Erfahrung der U.S. Bundesstaaten mit der „Massachusetts formula“ einhergehen; ausgeschlossen werden diese Effekte allerdings nicht, da die Aufwendungen auf Vermögenswerte (einschließlich der Abschreibungen) und die Löhne in den Faktor „entstandene Kosten“ einfließen.<sup>1779</sup> Der Faktor Umsätze sei nach dem Bestimmungsstaat zu bestimmen („destination-based“) und daher wenig mobil, weil sich die Umsätze nicht durch die Unternehmensgruppe gestalten lassen; gerade in Industriestaaten besteht eine hohe Nachfrage und Kaufkraft.<sup>1780</sup> Ferner folge aus dieser Formularaufteilung die Besteuerung von Importen und eine quasi-Freistellung von Exporten, was die interanationale Wettbewerbsposition exportierender Unternehmen steigern könne („boosts national competitiveness“), wodurch auch das Handelsdefizit reduziert werden könnte.<sup>1781</sup>

---

<sup>1776</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, 2009, 497, 507.

<sup>1777</sup> *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, 2009, 497, 508: „An "activity" will be defined as a group of functions related to the conduct of a particular trade or business to which two or more related parties contribute, determined at the largest level of aggregation of functions performed that will permit reliable identification of such related parties' respective contributions to the functions comprising an activity.“

<sup>1778</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, 2009, 497, 508 f.

<sup>1779</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, 2009, 497, 509.

<sup>1780</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, 2009, 497, 509. Krtisch *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, Michigan Journal of International Law, 2014, S. 1, 41: „However, the customer location component of two-factor formulary apportionment would, just like traditional territoriality, violate the principle of ability-to-pay by excluding foreign income of U.S. residents from the U.S. tax base. It would also preserve the discrimination against domestic U.S. businesses with exclusively U.S. customers vis- à-vis U.S. MNEs that can use profits from exports and low-taxed foreign operations to cross-subsidize their other U.S. activities. In addition, it would lose revenue, in the form of foregone U.S. residual tax, when compared with a true worldwide system that prohibits deferral and cross-crediting.“

<sup>1781</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, 2009, 497, 510.

Problematisch an dem Vorschlag von *Avi-Yonah/Clausing/Durst* ist vor allem, dass die Verzinsung der Kosten eine nur oberflächliche Substitution des Faktors „Vermögenswerte“ darstellt und somit dessen Probleme auch bei dieser zweifaktoren-Formularaufteilung durchgreifen.<sup>1782</sup> In Bezug auf den Faktor Umsatz, der als Zuordnungsmaßstab für die Verteilung des gesamten Residualgewinns genutzt werden soll, ausdrücklich auch für die Erträge aus dem Einsatz von immateriellen Werten, deren „Kosten“ nicht in die Kostenverzinsung nach dem ersten Schritt einfließen, erscheint vor allem die Konsensfähigkeit fraglich;<sup>1783</sup> die größten Umsätze werden in den In-

---

<sup>1782</sup> Vgl. *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, *Michigan Journal of International Law*, 2014, S. 1, 38 f.: „The authors state that under their proposal “the tax incentive to locate plant and equipment, as well as employment, in low-tax countries would be reduced.” This strikes us as wrong with respect to the imputed return factor. Deductible business expenses (including depreciation) would seem to be mere proxies for the assets and payroll factors of three-factor formulary apportionment. Thus, just as there would be an incentive to shift to low-tax countries the business property and jobs that are the basis of assets and payroll factors, it seems clear that there would be a similar incentive to shift to low-tax countries the business property and jobs that are the principal basis of the deductible expenses used in calculating the proposal’s imputed income factor. Stated differently, it is quite doubtful that there is a decisive difference, in terms of incentive effects, between the imputed income factor of two-factor formulary apportionment and the assets and payroll factors of three-factor formulary apportionment. Consequently, this change in structure does not strike us as significantly ameliorating the defects of three-factor formulary apportionment.”

<sup>1783</sup> Differenziert und kritisch zum Allokationsfaktor Kosten bereits Carroll Report, Chapter XII, S. 199: „It has been proposed that income should be apportioned on the basis of expense. This would involve, first, an allocation of the items of expense definitely allocable and then an apportionment of general overhead expense and interest on general indebtedness before the income could be apportioned. Two cardinal objections are raised to the application of this method internationally: first, that the cost of doing business varies so greatly from country to country with different transportation costs, wage scales, workmen's insurance, taxes and other items of expense; and, secondly, there is such a difference in the other economic factors in the country, such as the purchasing power and tastes of the population. Consequently, a relatively large profit may be realised in proportion to expenditure in one country; but, in another country where the people have less money and different tastes, the receipts may barely cover the expenditure. Nevertheless, apportionment on the expense basis might be justifiable if limited to an apportionment between a factory and a sales office, because it would involve much the same computations and factors as would be employed in determining an independent factory price. The commonly accepted terms to describe the two essential parts of an industrial and mercantile concern are “manufacturing” and “distributing”. The majority of countries recognise that there should be an apportionment of the joint profit of these two parts of a business in some appropriate manner. One theory is that profit is the reward of effort and therefore the joint profit should be apportioned in the ratio of manufacturing effort to distribution or sales effort. Effort can be most readily measured by costs. The joint net operating profit might therefore be readily apportioned in the ratio of manufacturing costs to distribution costs. The term “manufacturing cost” is perhaps too large, however, in that it implies inclusion of the cost of raw materials which should be excluded because the effort of the factory is expended in converting the raw materials into finished products and therefore the cost of the materials cannot be said to represent manufacturing effort alone, as the materials in their various stages are the reason for expending effort until they are sold. On the other hand, it is doubtful if advertising cost should be included in distribution cost, although it is generally regarded as falling in that category, because it is impossible to measure the direct result of advertising; even if successful advertising results in the first purchase of a customer, it is the quality of the article itself which prompts him to purchase it a second time, and this may be mostly due to the skill and efficiency of the manufacturing staff. Moreover, if advertising is done in magazines which circulate in adjoining countries with the same language, it is difficult to tell

dustriestaaten erzielt. Andere Staaten, zumal solche mit einer verhältnismäßig niedrigen Kaufkraft und/oder schwachen Währung, in denen wichtige Wertschöpfungsbeiträge bei der Entwicklung der immateriellen Werte erfolgen, werden nicht auf eine Besteuerung dieser Beiträge, die der Unternehmensgruppe letztlich die „non-routine“ Gewinne ermöglichen, verzichten. Einer der Autoren des Vorschlags hat in einem späteren Beitrag daher versucht, diese Probleme zu beheben und die zweifaktoren Formularaufteilung zu modifizieren, indem anstelle der Kostenverzinsung der Faktor „location of compensation expense“ verwendet wird; die Berücksichtigung der Lohnkosten bilde die Entwicklungsbeiträge ab und sei einfacher festzustellen als die Bewertung aller materiellen Vermögenswerte der Unternehmensgruppe.<sup>1784</sup> Diese Idee wird indes ebenfalls infolge der starken Lohnkostengefälle für einen Großteil der Staaten, die in globale Wertschöpfungsketten eingebunden sind und wichtige Wertschöpfungsbeiträge leisten, nicht akzeptabel sein. Diese Gründe sprechen auch *gegen* die Verwendung einer „single-factor“ Formularaufteilung, die teilweise erwogen wird.<sup>1785</sup>

Diese Ausführungen zeigen, dass die Konzeptionierung eines Formularaufteilungsregimes nicht so einfach ist, wie dies teilweise suggeriert wird. Die Einfachheit des Systems besteht vielfach nur in dessen Grundansatz. Praktisch scheint noch keine Aufteilungsformel gefunden, die einen sachgerechten Näherungsversuch an die Werthaltigkeit der Beiträge der Entitäten zum Gesamtergebnis darstellt, einfach anzuwenden und international konsensfähig ist. Insbesondere die sachgerechte Berücksichtigung der Entwicklungsbeiträge zur Entwicklung und Nutzung von immateriellen Werten ist noch nicht geglückt.<sup>1786</sup> Die Idee, die „location of compensation expense“ als Indikation dieser Beiträge zu verwenden ist im Ansatz interessant, weil die Höhe der Vergütung teilweise eine Beurteilung des Wertschöpfungsgehaltes der Arbeitnehmerleistung darstellen kann,<sup>1787</sup> aber aufgrund des global zu starken Lohngefälles wohl nicht realistisch. Von der EU-Kommission wird die grenzüberschreitende Verlustverrechnung als Vorteil der GKKB angesehen; international könnte dies anders sein, insbesondere,

---

just how the advertising expense should be apportioned. Possibly expenditure for advertising one year may not be effective until the next.”

<sup>1784</sup> Vgl. *Durst*, Analysis of a Formulary System, Part VI: Building the Formula, BNA Bloomberg, Tax Management, Transfer Pricing Report, Vol. 22 No. 8, 1-23-14, S. 4 f.

<sup>1785</sup> Vgl. a. *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, Michigan Journal of International Law, 2014, S. 1, 47.

<sup>1786</sup> Vgl. a. *Graetz* „Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy“, Yale Law School, Tax Law Review, 2001, S. 261, 319.

<sup>1787</sup> Vgl. a. *Vann*, Taxing international business income: Hard-boiled wonderland and the end of the world, World Tax Journal, 2010 (Volume 2), No.3, 1 ff.

wenn die Konsolidierung nicht innerhalb der Unternehmensgruppe nach Produktparten bzw. zusammengehörigen „Aktivitäten“ getrennt wird. Ob die Generierung „staatenloser Einkünfte“ durch eine Variante der globalen Formularaufteilung wirklich verhindert wird, lässt sich nicht abschließend beurteilen; eine gewisse Gefahr besteht in jedem Fall durch die Starrheit des Systems, das nicht – oder nur in begrenztem Maß<sup>1788</sup> – flexible Lösungen im Einzelfall erlauben würde. Zu befürchten stehen auch Verzerrung wirtschaftlicher Entscheidungen durch globale Formularaufteilungsregime, die sich dann – anders als unter Geltung des Fremdvergleichsgrundsatzes, der ja wie dargetan die Trennung des steuerlichen Gewinnausweises von der realen Wertschöpfung ermöglicht – vorrangig auf die im gewählten Verteilungsschlüssel angelegten Faktoren „realer“ Wirtschaftstätigkeit beziehen würden.<sup>1789</sup> Ferner führe eine globale Formularaufteilung, in den bisher diskutierten Formen, nach Hines zu einer erheblichen Missallokation von Einkünften und zu starken Verzerrungen von Make-or-buy-Entscheidungen“.<sup>1790</sup> Zuletzt bestehen, wenn eine globale Formularaufteilung nicht einheitlich international durchgesetzt wird, die Befürchtung, dass der Wettbewerb zwischen Unternehmen, die unterschiedlichen Regeln ausgesetzt sind, verzerrt wird<sup>1791</sup> sowie dass ein Wechsel zu einer globalen Formularaufteilung nicht aufkommensneutral sein würde.<sup>1792</sup> Nach Langbein gibt es für eine Formularaufteilung der gesamten Einkünfte einer Unternehmensgruppe entlang von im Vorfeld festgelegten Faktoren auf der Grundlage der Transaktionskostentheorie auch keine ökonomische Rechtfertigung. Zuletzt ist ungeachtet all dieser theoretischen Bedenken und der unge-

---

<sup>1788</sup> Vgl. u.a. GKKB 2011, Art. 87.

<sup>1789</sup> Vgl. *Graetz/Doud*, Technological Innovation, International Competition, and the Challenge of International Income Taxation, Columbia Law Review, 2013, 347, 418.

<sup>1790</sup> Vgl. *Hines*, Income Misallocation under Formulary Apportionment, NBER Working Paper 15185, 2009. Vgl. a. *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, Michigan Journal of International Law, 2014, S. 1, 7: „If the debate regarding formulary apportionment is superficially limited to comparing its costs with the costs that the arm’s-length approach imposes in order to achieve a limited restraint on income shifting, then the case for formulary apportionment is artificially inflated. When, however, formulary apportionment is understood as a version of territoriality, then the debate properly includes a comparison of the locational distortion and other disadvantages of formulary apportionment in relation to the arm’s-length method. Moreover, the case for formulary apportionment deteriorates further when compared with the alternative of employing the arm’s-length method within a properly designed worldwide system. Thus, because neither the arm’s-length approach nor formulary apportionment overcomes the negative effects of deferral and cross-crediting in the current U.S. international income tax system, the debate regarding the arm’s-length versus formulary apportionment approaches to aggressive transfer pricing largely amounts to an argument about which shade of lipstick to put on a pig.”

<sup>1791</sup> Vgl. *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, Michigan Journal of International Law, 2014, S. 1, 36.

<sup>1792</sup> Vgl. *Graetz* „Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy“, Yale Law School, Tax Law Review, 2001, S. 261, 319.

lösten technischen Probleme derzeit – außerhalb der EU-Kommission – gar nicht der politische Wille erkennbar, international einen Systemwechsel zu vollziehen.<sup>1793</sup>

## II. Hybride Konzepte aus Formularaufteilung und Fremdvergleichsgrundsatz

Neben diesen Überlegungen eines vollständigen Wechsels zu einer globalen Formularaufteilung wurden daher Vorschläge für „hybride“ Konzepte vorgebracht, die eine Gewinnallokation durch den Fremdvergleichsgrundsatz und eine Formularaufteilung nebeneinander vorsehen, d.h. ähnlich dem Gesetzesentwurf des U.S. Kongress von 1962 findet auf einen Teil der Geschäftsbeziehungen – oft solche für die sich „Vergleichswerte“ ermitteln lassen – der Fremdvergleich Anwendung, während auf den verbleibenden Teil der Geschäftsbeziehungen eine Variante der globalen Formularaufteilung Anwendung findet. Auch diese Modelle haben eine längere Tradition. Wie gezeigt wurde, war für den ersten, von *Mitchell Carroll* entworfenen Abkommensartikel zur Gewinnallokation bei grenzüberschreitenden Wirtschaftsaktivitäten ein relativ pragmatisches Stufenverhältnis von Fremdvergleich und subsidiärer Anwendung einer (zwei-, mehrseitigen oder globalen) Formularaufteilung kennzeichnend; erst die USA unter Leitung von *Stanley Surrey* verengten dieses System zwischen 1968-1979 auf eine Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auch ohne direkte Vergleichswerte durch Einführung der Kostenaufschlagsmethode (für Produktionsverhältnisse) und der Wiederverkaufsmethode (für Absatzverhältnisse).

Eine erste, umsichtige Gegenreaktion auf die Entwicklung der U.S. Treasury Regulations 1968 in Richtung eines „hybriden“ Systems findet sich in einer anonymen Harvard Note von 1976. Diese erkannte sowohl den Fremdvergleichsgrundsatz als auch die Formularaufteilung als teilweise problematisch und schlug daher eine Kombination der Systeme vor, um den Besonderheiten der Wertschöpfungsprozesse unterschiedlicher Unternehmensgruppen Rechnung zu tragen und Einkünfte international dort zu allokatieren, wo sie generiert werden („allocated according to where and how [income] is actually produced<sup>1794c)</sup>). Gruppenentitäten, die tatsächlich wie unabhängige Unternehmen agieren, sollten demnach durch Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes vergütet werden; solche, die stark integriert oder in interdependente Operationen ein-

---

<sup>1793</sup> Vgl. a. *Durst*, Tax Policy Outlook for Developing Countries: Reflections on International Formulary Apportionment, Februar 2015, ICTD Working Paper 32, S. 18.

<sup>1794</sup> *Anonym*, Multinational Corporations and Income Allocation under Section 482 of the Internal Revenue Code, Harvard Law Review, 1976, S. 1202, 1234.

gebunden sind, dagegen der „unitary taxation“ unterworfen werden.<sup>1795</sup> Die Harvard Note hielt den Wechsel zu einem solchen System zwar für unrealistisch, schlug aber vor, die Formularaufteilungsmethode als „optional safe-haven“ zuzulassen.<sup>1796</sup> Unternehmen können dann die größere Rechtssicherheit der Formularaufteilung nutzen, der Fremdvergleichsgrundsatz bliebe aber anwendbar, wenn die Formularaufteilung „severe misallocations of income“ oder „excessive double taxation“ bewirken würde.<sup>1797</sup>

Als im Rahmen der Verhandlungen innerhalb des OECD CFA über die „Business restructuring“ ab 2005 die Sachgerechtigkeit des Fremdvergleichsgrundsatzes erneut in Zweifel gezogen, aber absehbar wurde, dass sich die Vorschläge der fremdvergleichskritischen Gegenbewegung nicht würden durchsetzen können,<sup>1798</sup> reagierte ein Teil der Literatur erneut mit der Entwicklung der Idee für ein „hybrides“ Kombinationssystem. In „Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects“<sup>1799</sup> skizzieren *Avi-Yonah* und *Benshalom* ein solches System, das darauf gerichtet ist, innerhalb des bestehenden Art. 9 OECD-MA eine begrenzte Formularaufteilung für den Residualgewinn durchzusetzen, die neben der Allokation von Routinegewinnen an Routinefunktionen Anwendung finden soll.<sup>1800</sup> Ein vollständiger Wechsel, so die Autoren, sei möglicher-

---

<sup>1795</sup> Vgl. *Anonym*, *Multinational Corporations and Income Allocation under Section 482 of the Internal Revenue Code*, *Harvard Law Review*, 1976, S. 1202, 1234.

<sup>1796</sup> Vgl. *Anonym*, *Multinational Corporations and Income Allocation under Section 482 of the Internal Revenue Code*, *Harvard Law Review*, 1976, S. 1202, 1237.

<sup>1797</sup> Vgl. *Anonym*, *Multinational Corporations and Income Allocation under Section 482 of the Internal Revenue Code*, *Harvard Law Review*, 1976, S. 1202, 1237.

<sup>1798</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Clausing/Durst*, *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, *Florida Tax Review*, 2009, 497 ff. ; dazu *Avi-Yonah*, *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation*, *Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009*, 2009, Art. 102, S. 3: „[I]t is clear from the reactions we received that it is unlikely we will persuade advocates of the ALS and in particular the OECD that FA is the way forward (although this may change if the Obama Administration were to press the issue, or if the EU adopts CCCTB). Thus, I would like to propose a compromise: Use FA in the context of the ALS. Specifically, I would suggest using FA to allocate the residual profit in the Profit Split method.“

<sup>1799</sup> *Avi-Yonah/Benshalom*, *Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects*, *Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative*, *World Tax Journal*, 2011, S. 371 ff.

<sup>1800</sup> Vgl. *Avi-Yonah/Benshalom*, *Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects*, *Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative*, *World Tax Journal*, 2011, S. 371f.: „[W]e believe that the key to answering this question is to resolve the problem of the residual, i.e., how to allocate income generated from mobile assets and activities whose risks are born collectively by the entire MNE group. This reflects our belief that these assets and activities generate most of current transfer pricing compliance and administrative costs, as well as tax avoidance opportunities. A limited formulary tax regime that allocates only the residual portion of MNE income, may therefore offer significant advantages. Furthermore, such a regime would not require significant deviation from current practices, or substantial modifications of the international tax regime. Part of the solution is to stop viewing the ALS and formulary arrangements as binary alternatives. Instead of sticking to acronyms, policymakers need to embark on a long journey of finding the middle path through small incremental trials and errors. Ultimately, this journey will lead to a hybrid tax re-

weise zu schwierig zu implementieren, aber es ließen sich einige Vorteile der Formularaufteilung mit dem Fremdvergleichsgrundsatz verbinden, um die Ziele der internationalen Steuerkoordination zu verwirklichen.<sup>1801</sup> Jede globale Formularaufteilung sei zwar nur grober Näherungsversuch an die Wertschöpfung einer Unternehmensgruppe, sie sei aber grundsätzlich nicht willkürlicher als der auf vertraglichen Abreden basierende Fremdvergleichsgrundsatz und ihre Allokationsergebnisse seien schwieriger zu manipulieren, insbesondere, wenn sie nur auf den Residualgewinn anwendbar ist und eine Mehrzahl von Faktoren in den Verteilungsschlüssel aufnehme.<sup>1802</sup> Der Fremdvergleichsgrundsatz verfehle die wahre interne Wertschöpfung zwar, aber seine Anwendung kann gerechtfertigt sein, wenn sich „market-price benchmarks“ finden lassen, weil sie in diesen Fällen einfach und effektiv ist, nicht weil sie „richtig“ ist.<sup>1803</sup> Aus diesem Grund soll die partielle Formularaufteilung nur diejenigen Einkünfte einer Unternehmensgruppe allokiieren, welche der Fremdvergleichsgrundsatz nicht sachgerecht („inadequate“) geographisch zuordnet.<sup>1804</sup> Diese Einkünfte, die der Fremdvergleichsgrundsatz nicht sachgerecht allokiert, sind für *Avi-Yohah/Benshalom* eben die Residualgewinne.<sup>1805</sup> Es bleibt dabei unklar, wie die „routine“ Allokation durch den Fremdvergleichsgrundsatz nach Ansicht der Autoren konkret erfolgen soll; scheinbar sollen aufgrund einer Vergleichbarkeitsanalyse alle Verrechnungspreismethode außer

---

gime which incorporates elements from both ALS (preferably, a tougher version of the CPM) for situations in which good comparables exist and formulary arrangements for the hard-to-source residuals where there are no comparables. [...] The ALS and formulary methods are not mutually exclusive. Instead, each of these two methods has its own set of strengths and weaknesses – which could be combined and reconciled into an integrated regime. This system we suggest would continue to employ ALS allocation to transactions where there is an easily observable and consistent market price/rate-of-return to a certain commodity/commercial-activity. At the same time, this system would use formulary arrangements for those hard-to-allocate MNE sources of income.”

<sup>1801</sup> Vgl. *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 380.

<sup>1802</sup> Vgl. *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 381 f. und 391.

<sup>1803</sup> Vgl. *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 382.

<sup>1804</sup> Vgl. *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 383.

<sup>1805</sup> Vgl. *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 383: „ This paper refers to the sources of income that should be taxed by formulary arrangements as the residual. This residual should be comprised of those income-generating activities that could not be easily sourced by the ALS because there is no adequate benchmark to which they could be compared. This residual category would be primarily comprised of income derived from mobile intangible and financial assets.”

der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode Anwendung finden können, wobei sogar die CPM eine „präferierte“ Methode sein soll.<sup>1806</sup> Die Formularaufteilung für die verbleibenden Residualgewinne würde demnach vor allem die Gewinne der Unternehmensgruppe durch den Einsatz von immateriellen Werten und die strategische Risikotragung erfassen, deren Gewinne nach dem Fremdvergleichsgrundsatz – wie oben ausgeführt – reflexhaft an die nicht-geprüfte Entität allokiert werden. Dabei erkennen *Avi-Yohah/Benshalom* die Gestaltbarkeit der wirtschaftlichen Zuordnung der immateriellen Werte als Kernproblem („key problem“).<sup>1807</sup> Der Vorschlag lässt sich daher so verstehen, dass die Autoren den unter dem Fremdvergleichsgrundsatz reflexhaft dem wirtschaftlichen Eigentümer der immateriellen Werte zufallenden Residualgewinn formelhaft an alle Entitäten der Unternehmensgruppe verteilen wollen. *Avi-Yohah/Benshalom* schreiben:

„Intangible assets present one example of income-generating activity that cannot be easily sourced by the ALS. They are characterized by high fixed and low marginal costs of production and could be owned anywhere because they have no physical presence. As part of the shift of developed countries to a post-industrial economy, intangible assets comprise an ever-growing share of MNEs’ assets and are becoming more complex, diversified, and unique. Hence, it could be difficult to price these assets and the services rendered to create them. For example, if a MNE subsidiary located in a low-tax jurisdiction owns an intangible asset, all the entities in the MNE group could use it (in return for royalties). Intangibles can be anything – rights for exclusivity, patents, trade names – and they could be transferred to a corporate entity in a low-tax jurisdiction before they are operational so that it bears the risk of their failure. A MNE can capitalize a low-tax subsidiary and make sure that it contracts with other subsidiaries to undertake most of the process of developing the intangible. While those subsidiaries would be compensated for their services – under an ALS transfer pricing regime, the low-tax subsidiary would be compensated for the risk it undertakes. Since much of intangibles’ value is not known at

---

<sup>1806</sup> Vgl. *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 372. Daraus ergibt sich ein Widerspruch zu *Avi-Yonah*, Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, 2009, Art. 102, S. 11: „However, TNMM requires a tougher comparability test than the US CPM, which is good because CPM has proven to be the most manipulable of the current methods: An informed economist working for a major accounting firm has told me he can achieve any result the client wants using CPM. CPM is also a huge source of transactional complexity, a boon to the large accounting firms, and a problem for those who cannot afford their services. But the tougher OECD TNMM comparability standard means that TNMM cannot be applied in many cases in which CPM is used in the US.”

<sup>1807</sup> Vgl. *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth’s and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 383: „This paper refers to the sources of income that should be taxed by formulary arrangements as the residual. This residual should be comprised of those income-generating activities that could not be easily sourced by the ALS because there is no adequate benchmark to which they could be compared. This residual category would be primarily comprised of income derived from mobile intangible and financial assets.”

the time of their development, this compensation for risk may be substantial. In a non-ALS, more common sense world, one might wonder what component of the risk would be actually borne by the subsidiary in the low-tax jurisdiction. The ownership of the intangible, its finance, and the risk associated with it are all conducted by the same MNE – which makes the process of assigning ownership to one subsidiary rather obscure. Assigning the ownership of the intangible to the low-tax subsidiary looks more like a shift of assets from one pocket to another, and there seems to be no real meaning to the intra-group contractual allocation of risk. What unrelated parties would have done seems irrelevant – because unrelated parties would have to really bear the risk themselves if the development of the intangible fails.

Furthermore, to best utilize intangible assets MNEs adopt a horizontally integrated business model in which intangibles are simultaneously created and utilized by different MNE entities. This functional integration often means that the risks and interests borne by the different MNE collide so that breaking up their value between MNE subsidiaries in accordance with the ALS is simply meaningless. For example, how can one break GE's brand name among its subsidiaries. GE invests considerable amounts of resources in assuring that the GE brand name would be a signal for quality products, and this brand name is an important asset of the GE group that accounts for some of its above-market returns. Yet attributing the brand name to one subsidiary seems impossible because they all participate in establishing it (by maintaining reliable products) and all simultaneously benefit from it (by being able to sell those products in above-market prices). [...]

MNEs enjoy the ability to assign the ownership and leasing rights over their mobile assets to the various entities in the different jurisdictions in which they operate. The inaptness of the ALS basis means therefore that MNEs are able to use their contractual freedom to shift income and thereby avoid taxes on income arising from those mobile assets. Furthermore, it means that MNEs are able to use the internal dealing of financial and intangible resources to strip the income from tangible activities that are conducted in entities located in high-tax jurisdictions.

Instead of this convoluted system, this paper suggests a hybrid regime – where the residual income is taxed on a formulary basis while other (perhaps the majority) of MNE activities are taxed by the ALS. MNEs will find it considerably more difficult to shift income in those cases where there is a clear, easily observable, and consistently priced market benchmark. Hence, tax authorities should continue to apply ALS-based rules – because they offer a fixed (and therefore efficient), easily monitored and enforced proxy to the location where profits are generated. While comparable price mechanisms could still be used, we have a strong preference for (fixed and inflexible) comparative profit methods (CPMs) – which assume a certain rate of return for a given activity. The main benefit of such CPMs is that they limit MNEs' ability to shift income via intra-group contractual risk allocations. The residual income – where there is no adequate market comparable – should be taxed by formulary arrangements.<sup>1808c</sup>

---

<sup>1808</sup> *Avi-Yohah/Benshalom*, Formulary Apportionment – Myth's and Prospects, Promoting Better International Tax Policy by Utilizing the Misunderstood and Under-theorized Formulary Alternative, *World Tax Journal*, 2011, S. 371, 384 f.

Das Kombinationssystem, das *Avi-Yohah/Benshalom* vorschlagen erweist sich somit als eine vereinfachte Version des komplexen Allokationssystems, das *Benshalom* in seiner von *Gretz* betreuten Abhandlung „Sourcing the Unsourceable“ für die Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten wird in Anlehnung an die U.S. „cost sharing regulations“ (CSR) entworfen hatte.<sup>1809</sup> Die CSRs seien ein Versuch, das internationale Allokationssystem für immaterielle Werte in partieller Durchbrechung des transaktionsbasierten Fremdvergleichsgrundsatzes zu vereinfachen und zu standardisieren.<sup>1810</sup> Sie hätten dies indes nicht erreicht, sondern sich als Gestaltungsinstrument erwiesen.<sup>1811</sup> Infolgedessen entwickelte *Benshalom* ein hybrides Kombinationssystem, dass zwar auf der Grundidee der CSRs basiert, d.h. einer entlang von fixen Faktoren zwischen mehreren Entitäten erfolgenden Aufteilung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke, aber (i) verpflichtend – nicht nur optional – ist und dabei (ii) zwischen zwei Kategorien von immateriellen Werten differenziert, den „R&D intangibles“ und den „passive intangibles“.<sup>1812</sup> Dies führt zu einem System bei dem Geschäftsbeziehung mit materiellen Gütern, für die sich sinnvolle Fremdvergleichswerte ermitteln lassen, dem Fremdvergleich – vorzugsweise der „comparable profit method“ (CPM) – unterworfen werden und die sonstigen Geschäftsbeziehungen – namentlich mit immateriellen Werten – einer Formularaufteilung, die die jeweiligen Beiträge zur Wertschöpfung bestmöglich abbilden.<sup>1813</sup> Aus

---

<sup>1809</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631 ff.

<sup>1810</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 651. Das Kombinationsmodell *Benshaloms* zeigt durch seine Anlehnung an die Funktionsweise der CSRs als eine Elaboration eines früheren Modells von *Ackermann/Chovrat*. Vgl. *Ackermann/Chovrat*, *Modern Financial Theory and Transfer Pricing*, *Geo. Mason Law Review*, 2002, 637 ff.

<sup>1811</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 676: „Hoisted by the artificiality of the arm’s-length concept, the CSRs introduced legal legitimacy to the most aggressive type of intangible-related tax planning. Rather than recognizing that the crux of intangibles’ transfer pricing sourcing is the problem of intangibles’ valuation, the CSRs tried to frame an ex ante quantum leap solution. By adopting a functional account of value creation process, tax policymakers hoped to reduce compliance costs and tax base erosion altogether. The enactment of CSRs was nevertheless a Pyrrhic victory which resulted in a “tax planning free-for-all [regime].” The CSRs’ functional emphasis was subordinated to the arm’s-length standard in a manner that permitted MNEs to subvert the economic substance of intangibles’ development transactions through contractual measures. The CSRs provided an avenue for tax planners to skew the risks associated with intangibles’ development (and their correlative returns) to favorable tax jurisdictions even when no real development endeavors or risks were undertaken by the entities residing in those jurisdictions.”

<sup>1812</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 678.

<sup>1813</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 697: „The cornerstones

diesem Bezug auf die Beiträge zur Wertschöpfung folgert *Benshalom* die Differenzierung zwischen „R&D intangibles“ und „passive intangibles“. Der Wert der „R&D intangibles“ werde vor allem durch die bei ihrer Entwicklung entstehenden Kosten geschaffen, insbesondere die Lohnkosten des Forschungspersonals.<sup>1814</sup> Im Gegensatz dazu seien die Kosten der „passive intangibles“ leicht zu verschieben und nicht an einen Ort von gewichtiger wirtschaftlicher Tätigkeit gebunden, sondern ihre Entstehung sei einer Nutzung gemeinsamer Geschäftschancen, Finanzmittel und Leitungsfunktionen der Unternehmensgruppe geschuldet.<sup>1815</sup> Dieser Unterschied führt zu zwei unterschiedlichen Allokationsregeln („two distinctive sourcing methods“), die jeweils einen Strang der Funktionsweise der CSRs aufgreifen: Für die „R&D intangibles“ wird ein kostenbasierter Ansatz vorgeschlagen, demzufolge das wirtschaftliche Eigentum an „R&D intangibles“ unter den beteiligten Jurisdiktionen entsprechend des relativen Anteils an den Gesamtentwicklungskosten, die im jeweiligen Staatsgebiet anfallen, aufteilt wird; für die „passive intangibles“ dagegen wird ein Aufteilung des wirtschaftlichen Eigentums für Verrechnungspreiszwecke vorgeschlagen, die sich am relativen wirtschaftlichen Nutzen aus der kommerziellen Verwertung der immateriellen Werte orientiert, etwa dem Umsatz („based on benefit indicators (e.g. sales)“).<sup>1816</sup> Nach dieser Bestimmung der relativen Berechtigung an den einzelnen immateriellen Werten ist der Gesamtgewinn der Unternehmensgruppe aus der Nutzung dieser konkreten immateriellen Werte jeweils gesondert festzustellen.<sup>1817</sup> Es bestehen also zwei

---

of this regime are the following: (1) every type of tangible transaction (or function) for which a reasonable market comparable exists should be sourced in accordance with the arm's-length standard (as previously suggested, preferably according to the CPM method); and (2) other types of transactions or functions (e.g., intangible-related transactions or transactions involving mobile and easy to manipulate MNE resources, such as financial resources) should be sourced according to formulary methods that rely on immobile indicators. The underlying theme of both cornerstones is that sourcing should be done by a standardized proxy. This proxy should be determined according to tangible indicators that demonstrate where MNEs' activities are taking place, thus indicating where their profits have been generated.”

<sup>1814</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 680.

<sup>1815</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 680 f.

<sup>1816</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 682.

<sup>1817</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 683: „After the first step of determining the share that each jurisdiction has in a specific intangible asset (either passive or R&D) comes the second step of determining the (entire) income that the MNE has derived from the intangible asset. [...] It should be noted that both the cost and benefit-based sourcing methods allow some type of pooling, in which related R&D or passive intangibles may be sourced together according to common costs or benefit indicators. This averaging mechanism may help simplify the sourcing process in cases where a MNE produces or utilizes different intangible assets through an integrated and interrelated business conduct.”

„single-factor“ Formularaufteilungssysteme nebeneinander, ein kostenbasiertes und ein nutzenbasiertes, die jeweils die isolierten Gesamtgewinne der Unternehmensgruppe aus konkreten immateriellen Werten an die beteiligten Jurisdiktionen verteilen sollen. Die dabei verwendeten Kategorien der „R&D intangibles“ und „passive intangibles“ sind ziemlich schemenhaft, weswegen *Benshalom* die dritte Kategorie der „hybrid intangibles“ entwirft, die sowohl Eigenschaften der „R&D intangibles“ als auch der „passive intangibles“ aufweisen.<sup>1818</sup> Infolge dieser Janusköpfigkeit werden in dieser Kategorie *anteilig* die kostenbasierte und die nutzenbasierte Verteilungsmethode angewendet, entsprechend dem relativen Verhältnis der „active and passive components in each hybrid intangible“.<sup>1819</sup> Wird also z.B. ein immaterieller Wert am Markt erworben („passive component“) und anschließend innerhalb der Unternehmensgruppe weiterentwickelt („active component“), so seien die Einkünfte, die durch diesen immateriellen Wert generiert werden, im relativen Verhältnis der Kostenanteile zwischen den Staaten der kommerziellen Nutzung und dem Staat der Entwicklungstätigkeit aufzuteilen.<sup>1820</sup> Dies gelte auch, wenn in einem Produkt sowohl ein „passive intangible“ als auch ein „R&D intangible“ enthalten ist.<sup>1821</sup> Gerade dieses Beispiel zeigt indes, dass die von *Benshalom* gewählten Kategorien nicht nur in sich problematisch sind, sondern sich die Struktur seines Ansatzes, der zunächst auf eine Aufteilung des wirtschaftlichen Eigentums an konkreten immateriellen Werten gerichtet war, verliert und

---

<sup>1818</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 688.

<sup>1819</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 688.

<sup>1820</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 688: „*Example 1*. A MNE purchases the ownership rights of a R&D intangible that was developed by a third party for \$10 million. This is classified as a passive intangible under the MNE’s possession since it only used financial and transactional resources to obtain it. Subsequently, the MNE continues with a R&D project of its own to improve the product at an overall cost of \$30 million. The end product would have both a R&D component and a passive component. The relative share of each (passive or R&D) component would be determined by the overall MNE costs in each component. Hence, in this example, 25% of the income would be sourced according to profit indicators and 75% would be sourced according to cost indicators.”

<sup>1821</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 688 f.: „*Example 2*. A MNE that produces 3D Nintendo video games has produced a computer game called “Kill Gilles” through a joint production effort of its Singaporean subsidiary and American parent company at an overall cost of \$500,000. After the production of the software has been completed, the MNE invested \$2 million in branding the game amongst the teenage community of the world. *In this scenario, 20% of the income derived by the MNE from the “Kill Gilles” game should be attributed to the R&D component within it (and therefore sourced according to development costs’ distribution between the American and Singaporean companies) and 80% should be sourced according to profit indicators.*” (Kursiv hinzugefügt)

stattdessen eine direkte Allokation von Einkünften – nicht nur des wirtschaftlichen Eigentums – aus Tätigkeiten – nicht aus konkreten immateriellen Werten – an die beteiligten Jurisdiktionen – nicht an Entitäten mit bestimmtem Funktionsprofil – hinausläuft; folgerichtig wäre eine Trennung der Anteile der jeweiligen immateriellen Werte am Gesamtgewinn gewesen.<sup>1822</sup> Dies zeigt, dass *Benshalom* an bestimmten Ergebnissen gelegen ist, die er als „maßgebliche Vorteile“ des Systems erkennen möchte, namentlich, dass es (i) den rechtlichen Positionen in Bezug auf immaterielle Werte, (ii) der gruppeninternen Finanzierung von Entwicklungstätigkeiten und (iii) vertraglichen Abreden zwischen Gruppenentitäten keine Bedeutung für die geographische Allokation der Erträge aus immateriellen Werten beimisst.<sup>1823</sup> Dieses Kombinationssystem ändere durch die Vorstellung dessen, was die „richtige“ Bestimmung der internationalen Allokation von unternehmerischen Einkünften ist, das Gewinnabgrenzungssystem von einer Marktpreis analogie hin zu einer normativen Sicht auf die Wertschöpfungstätigkeit, die die tatsächliche Wirtschaftstätigkeit in den Blick nehme.<sup>1824</sup> Durch diese Zielsetzungen ist *Benshalom's* überkomplexer und doch zu stark vereinfachender sowie teilweise inkohärenter Ansatz gleichwohl richtungsweisend.

Das schwerwiegendste Problem aller „hybriden“ Kombinationssysteme, das letztlich deren Sachgerechtigkeit stark beeinträchtigt, ist, dass sie keine klaren Maßgaben für die Durchführung der Funktionsanalyse bei der Feststellung von „Vergleichswerten“ entwickeln. Gerade die vertragliche Ausgestaltung von „routine“ Funktionen, für die sich u.U. „Vergleichswerte“ finden lassen, ist ein Kernelement der Trennung von Wertschöpfung und steuerlichem Gewinnausweis. Zwar würden alle Entitäten entsprechend dem Verteilungsschlüssel der Residualgewinnallokation an den verbleibenden Erträgen aus immateriellen Werten partizipieren, aber der Verteilungsschlüssel müsste eine diffizile Zusammensetzung ausweisen, um die Wertschöpfungsanteile im DEMPE-Prozess immaterieller Werte einigermaßen zutreffend zu allokatieren. Auf diese Probleme reagiert die Strömung der Literatur, die vorschlägt, konzeptionelle Elemente der Formularaufteilung in den Fremdvergleichsgrundsatz zu integrieren.

---

<sup>1822</sup> Vgl. indes *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 689.

<sup>1823</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 690.

<sup>1824</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631, 694.

### III. Inkorporation von Elementen der Formularaufteilung in den Fremdvergleichsgrundsatz

Der Ansatz von *Benshalom* griff drei – heute gut verstandene – Kernprobleme des fremdvergleichsbasierten Systems der OECD-Leitlinien 1995 an, namentlich dass es (i) den rechtlichen Positionen in Bezug auf immaterielle Werte, (ii) der gruppeninternen Finanzierung von Entwicklungstätigkeiten und (iii) vertraglichen Abreden zwischen Gruppenentitäten eine zu große Bedeutung für die geographische Allokation der Erträge aus immateriellen Werten beimaß. Damit griff *Benshalom* wesentlich Erkenntnisse *Richard Vanns* auf,<sup>1825</sup> der frühzeitig nicht nur die Verrechnungspreismethodenwahl unter dem Fremdvergleichsgrundsatz, sondern vor allem die Ermittlung des tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalts der Geschäftsbeziehung entlang vertraglicher Abreden und der Risikotragung und die folglich geographische Allokation der Faktoren, an die der Fremdvergleichsgrundsatz wesentliche Besteuerungsfolgen knüpft, als das entscheidende strukturelle Problem des internationalen Gewinnallokationssystem identifizierte.<sup>1826</sup> Dieser strukturelle Fehler, nicht erst die folgliche Bestimmung eines fremdüblichen Preises für die „Geschäftsbeziehung“, sei das eigentliche Problem des Fremdvergleichsgrundsatzes, das zu geographischen Fehlallokationen führt. Vertragliche Abreden sind für die Unternehmensgruppe nicht nur willkürlich gestaltbar, sondern in Konzernverbund auch häufig keine Abbildung der wirtschaftlichen Realität. *Vann* stellt sich damit außerhalb der kategorischen „Gegenpole“ von Formularaufteilung und Fremdvergleichsgrundsatz und nähert sich dem Problem „*from within the current paradigm – that is to look critically at the taxation of business taxation under the arm’s-length principle*“<sup>1827</sup>. Dieses „current paradigm“ basiere auf der Zentralität der „Transaktion“ als Gegenstand der Verrechnungspreiskontrolle, obwohl weder Art. 9 noch Art. 7 OECD-MA diesen Begriff verwenden oder dieses Konzept in einer

---

<sup>1825</sup> Vgl. *Benshalom*, Sourcing the “Unsourceable”: The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, *Virginia Tax Review*, 2007, S. 631 ff., Fn. 52 und Fn. 153.

<sup>1826</sup> Vgl. *Vann*, Reflections on Business Profits and the Arm’s-Length Principle, in: *Taxation of Business Profits and the Arm’s-Length Principle*, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133 ff. Vgl. zu einem früheren Anstoß in diese Richtung, *Langbein*, Transaction Cost, Production Cost, and Tax Transfer Pricing, *Tax Notes*, 1989, S. 1391, 1413.

<sup>1827</sup> *Vann*, Reflections on Business Profits and the Arm’s-Length Principle, in: *Taxation of Business Profits and the Arm’s-Length Principle*, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 134.

konkreten Form enthalten.<sup>1828</sup> Es sei allein „intuitiv“ richtig, aus der dem „separate entity approach“ die Maßgeblichkeit abgeschlossener Verträge herzuleiten, bei der Ermittlung eines „angemessenen“ Preises für die „Transaktionen“ die Standardmethoden zu verwenden und dem wirtschaftlichem Eigentum an immateriellen Werten den größten Wertanteil zuzusprechen.<sup>1829</sup> Gleichzeitig folge aus dieser „transaktionellen Sichtweise“ ein Widerspruch mit der zugrundeliegenden wirtschaftlichen Realität der Konzernierung, was die OECD-Leitlinien 1995 auch in begrenztem Maße anerkennen würden: Gerade die Funktionsanalyse als Grundlage der Verrechnungspreisanalyse deutet in die Richtung einer wirtschaftlichen Analyse der Wertschöpfung, gleichzeitig werde diese Analyse durch die „transaktionelle Sichtweise“ indes stark verzerrt.

„The guidelines accept in many ways the modern approach to value creation in MNEs, especially through the functional analysis as the initial step in the comparability analysis. This requires that value drivers be identified on the basis of functions performed in the light of assets used and risks assumed, not by reference to transactions. But the value drivers have then to be tied to a transactional analysis which they effectively contradict. The practical result is a tax planning free-for-all, which has allowed MNEs to subvert the arm’s-length principle by using transactions to allocate functions, assets, and risks rather than looking at them in terms of underlying economic substance. Tax administrations have to deal with transfer pricing based on an economic analysis with one hand tied behind their back because of the transactional requirement. In my view, rather than try to project the transactional requirement onto branches, which is what is now occurring, we should be relaxing it for subsidiaries. It was not part of the original construct and contradicts the theory of the multinational.<sup>1830</sup>”

Diese „transaktionelle Sichtweise“ folge nur scheinbar auch aus der Gegenüberstellung der Anwendung eines Fremdvergleichs auf die Ermittlung der Ansässigkeitsbesteuerung eigenständiger Tochtergesellschaften und der Quellenbesteuerung von Betriebsstätten, weil bei der Ermittlung der Ansässigkeitsbesteuerung einem Steuerpflichtigen Einkünfte zugerechnet werden, bei der Ermittlung der Quellenbesteuerung dagegen einer Jurisdiktion Einkünfte zugerechnet werden.<sup>1831</sup> Ferner erkennt Vann mit

---

<sup>1828</sup> Vann, Reflections on Business Profits and the Arm’s-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm’s-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 140.

<sup>1829</sup> Vann, Reflections on Business Profits and the Arm’s-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm’s-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 140 f.

<sup>1830</sup> Vgl. Vann, Reflections on Business Profits and the Arm’s-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm’s-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 142.

<sup>1831</sup> Vgl. Vann, Reflections on Business Profits and the Arm’s-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm’s-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 142 f.: „In policy terms, we usually consider that the residence country is the

dem Entwurf des AOA von 2001 den ihn nicht überzeugenden Versuch, das Besteuerungskonzept des „separate entity approach“ auf Betriebsstätten zu übertragen; vielmehr sollte das „transaktionelle“ Verständnis bei der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes zwischen verbundenen Unternehmen gelockert und den Grundsätzen der Betriebsstättenbesteuerung angenähert werden.<sup>1832</sup> Dafür stellt Vann den Wortlaut des Art. 9 OECD-MA den OECD-Leitlinien 1995 gegenüber und stellt fest, dass der Wortlaut sich insbesondere (i) auf Gewinne beziehe, (ii) keine Beschränkung auf „Transaktionen“ bzw. (iii) auf „Preise“ enthalte und (iv) Verluste nicht zu erfassen scheint, während die die OECD-Leitlinien 1995 (i) keinen Bezug auf Gewinne außer in besonderen Einzelfällen erlauben, (ii) die Verrechnungspreiskontrolle auf die „Transaktionen“ und (iii) grundsätzlich nur auf die „Preise“ für Transaktionen begrenzen, (iv) sich auch auf Verluste beziehen und (v) zahlreiche verfahrensmäßige Anforderungen (insbesondere Dokumentationspflichten) aufstellen; die OECD-Leitlinien gehen also weit über das hinaus, was sich dem Wortlaut des Art. 9 OECD-MA entnehmen

---

place with which the taxpayer has the closest connection, while the source country is the place with which the income has the closest connection. When the arm's-length principle is looked at in this light, in the case of separate companies the function of the principle is to connect income with a taxpayer, while in the case of a PE it is to connect income with a jurisdiction. Intuitively we accept a number of propositions from this application of the principle to PEs and separate enterprises in a world of source and residence taxation. First, and more obviously, we view the PE rule as a source rule for business profits. Source taxation is usually justified on the basis of a benefit theory of taxation, and a PE gives a sufficient connection for taxation on this basis. The OECD commentary talks in terms of where income originates in discussing the PE business profits rule. The PE rule requires us to connect income with a jurisdiction, and this does not require a transaction to be linked to a taxpayer. Hence there is a reason in the very way in which the PE rule operates to conclude that transactions are not of the essence for PEs. Second, when related parties resident in different jurisdictions are in question, the first issue is the attaching of income to the taxpayer. This very naturally is conceived in terms of finding a transaction in which the taxpayer has engaged and then determining a price for that transaction. Because tax treaties are fundamentally premised on the residence of particular taxpayers (and hence the separate-entity principle, because each company is a separate taxpayer), again there is a reason in the construct for viewing the application of the arm's-length principle to separate companies in a transactional and residence mindset. That is, we conclude that once income is attached to a separate company by a transaction on market value terms, the income is sourced at the residence of the entity in the absence of a PE. This version also can lead to the residual income after allowing for market value transactions being taxed exclusively in the residence country—which allows for considerable manipulation, given the lack of robustness of corporate rules for residence and the potentially large amount of the residual.”

<sup>1832</sup> Vgl. Vann, Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm's-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 143. Durch diese Übertragung des Betriebsstättenbesteuerungskonzepts auf eigenständige Tochtergesellschaften und das damit o.g. implizierte Allokationsziel der Zuordnung von Einkünfte eher *an eine Jurisdiktion* – als an einen Steuerpflichtigen als eigentlichen Zweck – zeigt sich eine erste Nähe zu konzeptionellen Element der Formularaufteilung.

lasse („no basis in the text of the article“).<sup>1833</sup> Dies sei eine Folge der historisch getrennten Entwicklung des Abkommenswortlauts und der OECD-Leitlinien.<sup>1834</sup>

In zwei späteren Beiträgen hat *Vann* diesen Vorschlag für einen Betonungswechsel bei der Ermittlung des Inhalts von Geschäftsbeziehungen durch eine Lockerung der „transaktionellen Sichtweise“ unter Art. 9 OECD-MA konkretisiert.<sup>1835</sup> Zunächst hat *Vann* auf einem Symposium des Oxford University Centre for Business Taxation<sup>1836</sup> die Verrechnungspreisermittlung in die Dichotomie von Ansässigkeits- und Quellenbesteuerung unter Berücksichtigung der Transaktionskostentheorie von *Coase* eingeordnet,<sup>1837</sup> um auf dieser Grundlage die abkommensrechtlichen Ansässigkeitsregeln für Körperschaften, die Betriebsstättenbesteuerung und Verrechnungspreise zusammengefasst als „sourcing rules“ zu identifizieren.<sup>1838</sup> Eine der Transaktionskostentheorie entsprechende Gewinnallokation („sourcing“) erfordere es, die „firm“ geographisch aufzuteilen. Obwohl die Transaktionskostentheorie nicht für geographische Allokationen entwickelt wurde, sondern um die Marktallokation von Produktionsres-

---

<sup>1833</sup> Vgl. *Vann*, Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm's-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 149 f.

<sup>1834</sup> Vgl. *Vann*, Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm's-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 151.

<sup>1835</sup> Der Beitrag von 2003 endet mit der noch etwas vagen Vorstellung, das seine Ausweitung der Gewinnmethoden eine weniger enge „transaktionelle Sicht“ und eine Hintertür zu einer Betonung der Ganzheitlichkeit von Unternehmensgruppen („more emphasis on a whole-of-enterprise approach“) mit sich bringen könnte, vgl. *Vann* Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle, in: Taxation of Business Profits and the Arm's-Length Principle, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), Canadian Tax Foundation, 2003, Chapter 5, S. 133, 168.

<sup>1836</sup> *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, abrufbar unter [https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business\\_Taxation/Events/conferences/symposia/2007/vann-paper.pdf](https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Events/conferences/symposia/2007/vann-paper.pdf). Diese Präsentation wurde 2010 leicht überarbeitet unter *Vann*, Taxing International Business Income: Hard-Boiled Wonderland and the End of the World, World Tax Journal, 2010, Vol. 3, No. 3, S. 291 ff. veröffentlicht.

<sup>1837</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, 2007, S. 9: „Although it is not the purpose of the theories [of the firm] to explain *where* profits are generated in a geographical sense, it is but a short step to *see the profits as located where the firm operates*, that is, *where its resources are located and directed*. This does not mean that firms should be taxed entirely separately from their shareholders. Although such separate systems of corporate taxation have existed in most countries at some point in time, there is now general agreement that it is the ultimate tax burden on the individual shareholder that matters. *But the idea of the firm generating profits beyond market returns by the direction of resources has provided the justification for taxing the corporation on all its profits in countries other than the residence of the shareholder and has indicated which countries are the appropriate ones to collect the tax (the countries where the resources are directed).*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1838</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 9: „The outcome of the way in which international double tax relief systems work for corporations is that the application of the same residence and source regime to corporations as to individuals is only apparent, not real. *The residence of the corporation is used along with the PE and transfer pricing rules to connect income (profits) to a country, not generally to tax on a worldwide basis. In the sense that source is the connection between income and a country, the residence rule for corporations, the PE rule and the transfer pricing rules together are sourcing rules.*“ (Kursiv hinzugefügt)

sources der Allokation der Produktionsressourcen durch den „entrepreneur coordinator“ gegenüberzustellen, könne die Theorie auch für die geographische Allokation von Bemessungsgrundlage genutzt werden, da die „firm“ als solche dort tätig sei, wo die derart koordinierten Ressourcen eingesetzt werden.<sup>1839</sup> Konkret folge aus der Transaktionskostentheorie, dass die „firm“ den Vertragsmechanismus des Markts zwar spätestens beim Endabsatz der Produkte nutzt, aber eben nicht bei der Koordination des Produktionsprozesses. Aus der Transaktionskostentheorie ergebe sich daher, dass die Anknüpfung an den vertraglichen Abreden zur Allokation des Gewinns aus der intern koordinierten Wertschöpfung schwerwiegende Allokationsfehler in Bezug auf den internen Wertschöpfungsprozess auslösen kann und entweder (i) zu einer Beschränkung der Vertragsfreiheit für Verrechnungspreiszwecke oder (ii) eine Überlagerung der abgeschlossenen Verträge durch unterstellte Verträge („presumed contracts“) zwingt, um die Störungen des Vertragsmechanismus auf eine der Transaktionskostentheorie entsprechende Gewinnallokation durch Verrechnungspreise zu beseitigen.<sup>1840</sup> Die Entwicklung des AOA zur Betriebsstättenbesteuerung würden „brauchbare Hinweise“ für die erforderlichen Beschränkungen des Vertragsmechanismus bieten.

---

<sup>1839</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, 2007, S. 17.

<sup>1840</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, 2007, S. 22 f.: „The theory of the firm indicates that the source of the problem is the assumption of the market freedom of contract. The way in which the subsidiary is acting in these cases is at the direction of the parent and the subsidiary’s activities are dependent on those of the parent. Another way of expressing the point which is common in the literature is that firms are characterized by incomplete contracts (though arguments range back and forth about whether incomplete contracts are characteristic of firms or a much more general market transaction). On the incomplete contract version, the only actual contract between parent and subsidiary here is incomplete in that it is really a contract for much more than minor selling services. There are other dimensions to what is essentially the same problem. The contracts between associated corporations may be obviously incomplete but nevertheless are priced on the basis of a different complete market transaction. This occurs in the case of licensing of intangibles. Contracts between associated corporations may be written as non-exclusive licenses so that powers of enforcement remain with the licensor (depending on intellectual property rules in different jurisdictions) but are treated by the corporations for transfer pricing purposes as if they were exclusive licenses as that is the equivalent market transaction. While it is possible in some cases to find comparable market transactions, even though they do not represent the actual incomplete contract, in other cases there will not be a comparable market transaction because separate firms would not have entered into the transaction in question as the nature of the contract depends critically on the dependency attachment of the parties to the same firm. Whether expressed as a lack of freedom of contract or as incomplete contracts, in the end the clear object of the transfer pricing rules was not to produce different allocations of profit in what are essentially the same circumstances. Either associated corporations have to be limited in the type of contractual arrangements that are acceptable for transfer pricing purposes or the actual contracts have to be replaced by presumed contracts. The attraction of the former approach is that it is using actual contracts which feel familiar to taxpayers and tax officials. Even so in the associated corporations case it will not always be possible to find equivalent market transactions. Current transfer pricing detailed rules specify circumstances where only certain kinds of contracts are acceptable. The view which is being stated here is thus not new but it must be much more widely applied. The current freedom of contract is one of the most significant structural weaknesses in transfer pricing.”

Eine Konsequenz der Beschränkung der Anerkennung von vertraglichen Abreden zwischen verbundenen Unternehmen folge insbesondere für die vertragliche Allokation von Risiken in der Funktionsanalyse. Diese wurden durch das Risikoprämienkonzept der OECD-Leitlinien 1995, aber auch durch den Entwurf des AOA – der Personalfunktionen in Bezug auf das Risikomanagement zu „key entrepreneurial risk taking“ (KERT) Funktionen erhebt, dagegen die Erträge aus Wirtschaftsgütern selbst nur als „routine“ ansieht – zu den maßgeblichen Faktoren der internationalen Gewinnallokation erhoben. Während jedoch das Risikoprämienkonzept aus einer verfehlten Marktalogie abgeleitet wurde, sei das KERT-Konzept, das letztlich die gesamte Risikoprämie der Unternehmensgruppe einem relativ überschaubaren Kreis von Personal zuordnet, nicht mit der tatsächlichen Wertschöpfung vereinbar und nur vordergründig eine folgerichtige Ausprägung des „Entrepreneur“-Konzepts der Transaktionskostentheorie.<sup>1841</sup> Zwar sei die Koordination von Produktionsressourcen durch die „firm“ ihr entscheidendes Wesensmerkmal, so dass die Verbindung von residualem Organisationsgewinn und dem strategischen Personal naheliege, für Vann ist die konkrete Ausgestaltung des KERT-Konzepts, das diese Koordinationsfunktionen einem kleinen Kreis an Personal im mittleren Management („mid level view“) zuordnet, jedoch zu „primitiv“, weil die Koordination der Ressourcen nicht auf diese Personalkategorie beschränkt sei und Unternehmen zu heterogen für derartige Typisierungen seien.<sup>1842</sup>

---

<sup>1841</sup> Vgl. Vann, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, 2007, S. 24 ff. und 28: „The emphasis on risk in transfer pricing reflects developments in the theory of the firm highlighting the entrepreneur as the explanation for the existence of firms and as the generator of value within the firm which cannot be captured by market transactions. Recall the KERT terminology –“key entrepreneurial risk taking” functions. It is natural in the light of the growth of the technology and allied sectors to emphasise the importance of key personnel to the emergence of new firms –Bill Gates and the early decades of Microsoft et al – but the generalisation to all firms is not so obvious either in theory or in the way it has been developed in transfer pricing. With regard to theory it was noted above that the variants on the Coasean view of the firm are not contradictory and it has been suggested that entrepreneurship is important to the start of the firm but becomes less important as the firm matures, or becomes dispersed throughout the firm, which leads to similar conclusions for our purposes. Most, but by no means all, multinational firms are relatively mature. In the transfer pricing area, the KERT personnel are not identified as the Bill Gates of the world – the makers of the initial breakthrough or high level firm strategy – but in a general sense mid level personnel on the ground in management and operations. Why the value generation in the firm should be specifically located at this mid level has not been clearly articulated [...]”

<sup>1842</sup> Vgl. Vann, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, 2007, S. 29: „Coase himself regretted that the idea of directing resources was interpreted (implicitly by himself as well as explicitly by others) purely in the context of employees. It is the direction of the resources of the firm, human and otherwise, that is relevant and even low level employees are involved in that direction of resources of the firm through the use of firm assets in their work. The quality of work on the factory floor has a significant impact on firm profit. Another problem with KERT in practice to date, if not in theory, is that it tends to ignore heterogeneity in firm structure. The structures of firms have evolved over time and at any given time there is a wide variety of firm structures including very flat and highly

Die einzige praktische Lösung sei es, allen Arbeitnehmern die Gewinne zuzuordnen und die Gehälter als Indikatoren der relativen Wertschöpfungsbeiträge anzusehen.<sup>1843</sup>

In Bezug auf eingesetzte Wirtschaftsgüter erkennt *Vann* im KERT-Konzept des Entwurf des AOA die Tendenz, die Risikotragung als trennbar von den zugrundeliegenden „assets“ anzusehen und infolge der maßgeblichen Bedeutung, die der Risikotragung zu kommen soll, nur relativ niedrige Erträge („uniform basic risk-free market returns“) zuzuordnen.<sup>1844</sup> Dieser Ansatz übersehe jedoch, dass die „asset specificity“ ein entscheidender Faktor der Operationen der „firm“ sei und mehr als nur risikofreie Erträge ermögliche („above risk free rates of return“). Risiken sollten daher als in den Wirtschaftsgütern inhärent angesehen werden, nicht als von diesen vertraglich trennbar.<sup>1845</sup> Bei Wirtschaftsgütern stelle sich dann ferner die Frage, ob die Erträge an den Ort der Entwicklung oder an den Ort des Einsatzes der Wirtschaftsgüter allokiert werden sollten; das rechtliche Eigentum – vor allem an immateriellen Werten – könne für Verrechnungspreiszwecke jedenfalls nicht entscheidend sein, weil der steuerliche Gewinnausweis sonst vom Belieben der Unternehmensgruppe abhängt („a matter of election for the firm“).<sup>1846</sup> *Vann* schlägt stattdessen eine Annäherung an die Sichtweise des OECD-Musterkommentars von 1994 zur Betriebsstättenbesteuerung von immateriellen Werten vor, der keinen Abzug von „notional royalties“ zuließ,<sup>1847</sup> sondern die immateriellen Werte als dem Gesamtunternehmen gehörend behandelte, wobei zwischen

---

hierarchical management. Trying to identify relatively few very specific personnel in these structures as responsible for a major share of the profits will not reflect reality for many firms as well as being very difficult and contentious for the firm and the tax administration.”

<sup>1843</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 29 ff. Vgl. dazu bereits Carroll Report, Chapter XII, S. 198: „Apportionment in the ratio of salaries paid has merit in that the wages paid to employees reflect the relative value of their effort to the enterprise, but it is insufficient for application internationally, because wage scales vary so much from country to country, and it would be difficult to use because of exchange problems. If labour were used as a factor, it could be expressed more easily in terms of hours of employment.”

<sup>1844</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 31.

<sup>1845</sup> Diesen Ansatz hatte auch das U.S. White Paper 1988 erwogen, vgl. Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1.

<sup>1846</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 32 f.

<sup>1847</sup> Dies mit folgender Begründung, zitiert bei *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 34: „In the case of intangible rights, the rules concerning the relations between enterprises of the same group (e.g. payment of royalties or cost sharing arrangements) cannot be applied in respect of the relations between parts of the same enterprise. Indeed, it may be extremely difficult to allocate “ownership” of the intangible right solely to one part of the enterprise and to argue that this part of the enterprise should receive royalties from the other parts as if it were an independent enterprise. Since there is only one legal entity it is not possible to allocate legal ownership to any particular part of the enterprise and in practical terms it will often be difficult to allocate the costs of creation exclusively to one part of the enterprise. It may therefore be preferable for the costs of creation of intangible rights to be regarded as attributable to all parts of the enterprise which will make use of them and as incurred on behalf of the various parts of the enterprise to which they are relevant accordingly. In such circumstances it would be appropriate to allocate the actual costs of the creation of such intangible rights between the various parts of the enterprise without any mark-up for profit or royalty.”

den Betriebsstätten an den Orten der Nutzung eine Art „Kostenumlagevertrag“ angenommen wurde. *Vann* hält diese Sichtweise generell für zutreffend.

„The [intellectual] property in effect is treated as an attribute of the corporation as a whole. The non-rival nature of intellectual property means that it is not possible to treat the property as owned where it is used in the same way as for tangible property. Rather all parts of the enterprise that make use of the intangible deduct a share of the costs of creation of the intangible and are effectively its owners. The presumed transaction is a cost contribution arrangement with all contributions valued at cost. It is considered that this is the appropriate outcome with one modification – the research location should be rewarded with some of the profit as a contract researcher as discussed above for internal management services. The outcome is appropriate as the risk inheres in the intellectual property and is borne by those parts of the enterprise that use the property (that is, those parts for which it was created) but the place where the services of creating the intellectual occurred should have a part of the profit. This outcome is also consistent with the theory of the firm. The firm specific assets are located where they are used in the firm’s productive processes and services involved in their creation are rewarded.”

Übertragen auf Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen kehrt diese Sichtweise das Allokationssystem der OECD-Leitlinien 1995 um, das bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke vorrangig auf die Entwicklungsbeiträge bei der Entstehung eines immateriellen abheben, nicht auf den Ort der letztlichen Nutzung. Nach *Vann* solle die eigentliche Entwicklungstätigkeit nur einen Teil der Gewinn („a part of the profit“) zugeordnet bekommen, ohne dass er erklärt wie dieser dem Grunde oder der Höhe nach zu ermitteln sein soll; ferner ist unklar, wo der „place of use“ der „production intangibles“ liegen soll. Sollte die Gewinne aus produktionsseitigen immateriellen Werten am Ort der Produktion (als Nutzung) besteuert werden, wären die Allokationsergebnisse von *Vanns* Vorschlag keine zutreffende Abbildung der tatsächlichen Wertschöpfung innerhalb der Unternehmensgruppe. Das grundsätzlich Anliegen *Vanns*, die Trennbarkeit von Risikoallokationen und der entsprechenden Prämien von den zugrundeliegenden Tätigkeiten und Wirtschaftsgütern beseitigen zu wollen, ist vorbehaltlos zu unterstützen.<sup>1848</sup> Zuletzt ermögliche die Anerkennung der vertraglichen Abreden und Rechtspositionen auch die Trennung von Umsatzerlösen vom Ort des Umsatzes. Die „firm“ bestehe indes, um letztlich durch den Marktumsatz Gewinne zu erzielen. Für

---

<sup>1848</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 36: „The main problem area is allocating profits between the place of creation and the place of use of property but that involves detailed issues that are beyond the scope of this article. The major point made here is that risk should not be treated as a separable issue and should be seen as residing in the property and attached to the place where the property is used.”

„marketing intangibles“ folge daraus, dass der auf sie entfallende Gewinnanteil durch das Verrechnungspreissystem nicht vom Ort des Umsatzes getrennt werden dürfen, sondern als lokal radiziert und örtlich gebunden angesehen werden müssen.<sup>1849</sup> Dies sei durch eine Anknüpfung der Verrechnungspreisermittlung an den erfolgten Marktumsatz als „starting point“ zu erreichen.<sup>1850</sup> Insgesamt soll die Umsetzung dieser Ideen nach *Vann* nicht im Wege einer globalen Formularaufteilung, sondern in die transaktionsbezogene Prüfung von Verrechnungspreisen aufgenommen werden, wobei insbesondere die transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode brauchbar sein kann, um ein der Transaktionskostentheorie entsprechende Allokation zu erzielen.<sup>1851</sup>

Damit hebt sich der Ansatz von den o.g. Vorschlägen ab, weil die Transaktionskostentheorie nicht verwendet wird, um den Fremdvergleichsgrundsatz zu verwerfen, sondern um dessen Funktionsweise den Erkenntnissen der Wirtschaftstheorie zur Gewinnerzielung innerhalb von Unternehmensgruppen zu anpassen. Diese Herangehensweise ist durch die Teleologie des Art. 9 OECD-MA gerechtfertigt. Die Faktoren die *Vann* vorschlägt sind dabei ähnlich den zweifaktoren Formularaufteilungen und in gewisser Weise auch der Kategorisierung der immateriellen Werte durch *Benshalom*, d.h. den „R&D intangibles“ und „passive intangibles“, aber *Vann*‘s System allokiert – durch die Übertragung der Grundsätze der Betriebsstättenbesteuerung des OECD-Musterkommentars von 1994 – deren Gewinn *nur* an den Ort der Nutzung. Während *Vanns* grundsätzlicher Ansatz, die Erkenntnisse aus der Transaktionskostentheorie auf die Verrechnungspreisermittlung zu übertragen, um dem tatsächlichen wirtschaftlichen

---

<sup>1849</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 36: „The he one remaining issue to consider is the class of asset that for many firms nowadays is the most important – marketing intangibles like trademarks and goodwill. While these are subject to similar forms of tax planning to try to locate creation and ownership elsewhere, they are inherently connected to the sales market. The large part of their creation in a particular market by definition almost must occur in the country of the market (with advertising there) and that is where they are used. To the extent that profits are attributable to such intangibles, the profits belong at the place of the market for the firm’s sales as they are an asset attached to that market.“

<sup>1850</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 36: „The final point in relation to sales concerns the method used to achieve the allocation of profits to the sales jurisdiction. As the end point is reached with the sale by the firm into the market, there will be a true market price that can be used in the allocation process and so sales revenue is the obvious starting point for the allocation. The presumed transaction that naturally goes with the sale is the purchase of inputs by the part of the firm in the country of sale from the parts of the firm outside the country. Much of current transfer pricing tax planning for the sales jurisdiction involves trying to move the starting point of the allocation away from sales revenue. Although the point is not stressed in exactly this form above, it underlies the debate around freedom of contract and attribution of profits to dependent agency PEs. The presumed transactions permitted for allocation of profits in the sales jurisdiction should require sales revenue as the starting point.“

<sup>1851</sup> Vgl. *Vann*, Problems in International Division of the Business Income Tax Base, S. 41 f.

Gehalt tatsächlich erfolgter Transaktionen überzeugt, bestehen erheblich Zweifel, ob die Überbetonung des Orts der Nutzung dem internen Wertschöpfungsgehalt entspricht und ob die Übertragung der Betriebsstättenbesteuerungsgrundsätze in der Fassung von 1994 – also vor der Fertigstellung des AOA – tatsächlich sachgerecht ist.

Ein zweiter Vorschlag *Benshaloms* aus dem Jahr 2013 ergänzt diese Herangehensweise *Vanns* zur Weitung des „Inhalts“ einer Geschäftsbeziehung innerhalb des transaktionsbasierten Systems entlang der wirtschaftlichen Bedeutung von Transaktionen aus der Sicht der Unternehmensgruppe selbst,<sup>1852</sup> indem auch solche „Geschäftsvorfälle“, denen eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung zugrunde liegt, in die Verrechnungspreisermittlung einbezogen werden. *Benshalom* will dies erreichen, indem Eigenkapitaleinbringungen zu Fremdkapitalüberlassungen („long term subordinated debt“) umqualifiziert und daher als „Geschäftsbeziehung“, für die ein fremdüblicher Zins zuverlässig<sup>1853</sup> ermittelt werden kann, erfasst werden. So könne der willkürlichen Verschiebung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten entgegengewirkt werden,<sup>1854</sup> weil durch die Umqualifikation als langfristiges, unbesichertes („that lacks any collateral“) Fremdkapital wird die Einbringung von Eigenkapital in ein verbundenes Unternehmen, das keine weiteren Funktionen ausübt als die Entwicklung immaterieller Werte zu finanzieren („Cashboxes“), nicht länger von der Verrechnungspreisermittlung ausgeklammert sind. Hat die funktionslose Gesellschaft keinen Bestand an Wirtschaftsgütern und keinen verlässlichen Cashflow, sei das Risiko der Transaktion hoch und dementsprechend ein hoher Zinssatz fremdüblich.<sup>1855</sup> Die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes auf die Kapitaleinbringung führe dadurch zu einem Zinssatz, der einen Näherungswert an die tatsächlich in der funktionslosen Entität erfolgende Wertschöpfung darstelle.<sup>1856</sup> Zwei Probleme drängen sich allerdings auf: (i) Die

---

<sup>1852</sup> Vgl. *Benshalom*, Rethinking the Source of the Arm’s-Length Transfer Pricing Problem Virginia Tax Review, 2013, S. 425, 442: „Under ALS conventions [i.e. those that rely upon the arm’s length standard to allocate income and expenses], tax authorities allow MNEs to freely structure their financial affairs and defer to MNEs’ debt or equity characterizations. However, in private (wholly owned) subsidiaries, the distinction between debt and equity is economically meaningless. Hence, accepting this freedom-of-contract debt–equity characterization for tax purposes allows MNEs to freely choose how much the payments should be, when they should be made, and how to characterize them.”

<sup>1853</sup> A.A. indes wohl *Vann/Cooper*, Transfer Pricing Money – the Chevron Case, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 16/72, 2016, S. 34.

<sup>1854</sup> Vgl. *Benshalom*, Rethinking the Source of the Arm’s-Length Transfer Pricing Problem Virginia Tax Review, 2013, S. 425 ff.

<sup>1855</sup> Vgl. *Benshalom*, Rethinking the Source of the Arm’s-Length Transfer Pricing Problem Virginia Tax Review, 2013, S. 425, 446.

<sup>1856</sup> Vgl. *Benshalom*, Rethinking the Source of the Arm’s-Length Transfer Pricing Problem Virginia Tax Review, 2013, S. 425, 447.

bestehenden Sicherheiten (Bestand an Wirtschaftsgütern oder verlässlicher Cashflow) sind kein überzeugender Näherungswert an die Wertschöpfung durch die Funktionen der „Darlehensnehmerin“ und (ii) bestehen faktisch enorme „offshore profits“, die zu Gestaltungen auf der Grundlage dieses Vorschlags genutzt würden; der „praktische Vorteil“ des Ansatzes, den *Benshalom* erkennen will, besteht daher wohl nicht. Die grundsätzliche Idee allerdings, auch die Kapitalverteilung innerhalb von Unternehmensgruppe einzubeziehen, wurde in der BEPS-Initiative von der OECD als erforderlicher Teil einer langfristigen Lösung erkannt, um eine der tatsächlichen Wertschöpfung entsprechende Gewinnallokation zu erreichen.

#### **IV. Lösungen außerhalb der Dialektik von Formularaufteilung und Fremdvergleichsgrundsatz oder außerhalb des Verrechnungspreissystems**

Neben diesen originären Verrechnungspreislösungen werden auch Lösungen außerhalb der Dialektik von Formularaufteilung und Fremdvergleichsgrundsatz oder außerhalb des Verrechnungspreissystems diskutiert und/oder von Staaten probiert, um eine sachgerechte internationale Allokation der Erträge aus immateriellen Werten zu erreichen. Im Folgenden werden einige wichtige Ansätze kurz vorgestellt und beurteilt.

##### **1. International koordinierte Stärkung der Hinzurechnungsbesteuerung**

Die Fortführung der Verrechnungspreisermittlung entlang des Fremdvergleichsgrundsatzes, d.h. die Ablehnung des Gesetzesentwurfs des U.S. Kongresses von 1962 für eine Variante der Formularaufteilung, wurde in den USA durch die Einführung des weltweit ersten Hinzurechnungsbesteuerungsregime durch den Revenue Act of 1962 begleitet.<sup>1857</sup> Verrechnungspreise auf der ausdrücklichen<sup>1858</sup> Grundlage des Fremdvergleichsgrundsatzes und die Hinzurechnungsbesteuerung wurden auch in Deutschland gemeinsam durch das Außensteuergesetz 1972 geltendes Recht.<sup>1859</sup> Die Hinzurechnungsbesteuerung ist darauf gerichtet, die steuerliche „Abschirmwirkung“<sup>1860</sup> im Ausland ansässiger Kapitalgesellschaften partiell aufzuheben, insbesondere bei Patentverwaltungsgesellschaften, und eine „ungerechtfertigte Ausklammerung aus der deut-

---

<sup>1857</sup> Vgl. §§ 951 ff. U.S. Internal Revenue Code (IRC), teilweise nur „Subpart F“ genannt.

<sup>1858</sup> Zuvor konnten Verrechnungspreiskorrekturen „nur“ als verdeckte Gewinnausschüttungen erfolgen, zu deren Feststellung gleichwohl ein Fremdvergleich bemüht wird. Vgl. zur Einführung des § 1 AStG neben der verdeckten Gewinnausschüttung BT-Drucks. VI/2883, S. 17, Tz. 17

<sup>1859</sup> Vgl. BGBl. I 1972, S. 1713. Zur Orientierung der Bundesregierung beim Entwurf des Außensteuergesetzes am U.S. Revenue Act of 1962 vgl. BT-Drucks. VI/2883, S. 16, Tz. 12.

<sup>1860</sup> BT-Drucks. VI/2883, S. 19, Tz. 28.

schen Besteuerung<sup>1861</sup> zu beseitigen.<sup>1862</sup> Diese Koinzidenz von fremdvergleichsbasierter Verrechnungspreisermittlung und Hinzurechnungsbesteuerung lässt es als eine naheliegende Option erscheinen, das Versagen der Gewinnallokation durch Verrechnungspreise durch eine Stärkung und Ausweitung der Hinzurechnungsbesteuerung heilen zu wollen.<sup>1863</sup> Dies war eine Position des Obama Administration Budget Proposal 2013<sup>1864</sup> und der USA zu Beginn der BEPS-Verhandlungen.<sup>1865</sup> Das Problem dieses Ansatzes ist (i) keine Lösung für die technischen und dogmatischen Probleme der Hinzurechnungsbesteuerung selbst zu bieten und (ii) rechtsfolgenreich zu einer ausschließlichen Hinzurechnung der Einkünfte an den Ansässigkeitsstaat der Gesellschafter der Basisgesellschaft zu führen, aber nicht zu einer „echten“ Allokation entlang der Wertschöpfung, also nicht zu einer Aufteilung der „passiven“ Einkünfte an alle wirtschaftlich beteiligten Staaten. Letzteres liegt wohl hinter der Befürwortung durch die USA und der i.Ü. vorrangigen Ablehnung in den BEPS-Verhandlungen.<sup>1866</sup>

---

<sup>1861</sup> BT-Drucks. VI/2883, S. 19, Tz. 30.

<sup>1862</sup> Vgl. zu den Einzelheiten der deutschen Hinzurechnungsbesteuerung die einschlägigen Kommentierungen der §§ 7-14 AStG.

<sup>1863</sup> Vgl. ausf. *Kane*, *Milking versus Parking: Transfer Pricing and CFC Rules under the Internal Revenue Code*, *New York University Tax Law Review*, 2013, S. 487 ff.

<sup>1864</sup> Vgl. U.S. Treasury Department, *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2013 Revenue Proposals*, S. 88 f., abrufbar unter <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/General-Explanations-FY2013.pdf>.

<sup>1865</sup> Vgl. u.a. *Burow/Stewart/Parillo*, *Stack Provides Insights on BEPS Report, Outlines Next Steps*, *Tax Notes*, Doc 2014-23394. Neben der koordinierten Stärkung der Hinzurechnungsbesteuerung zielten die USA in den BEPS-Verhandlungen anfangs auf eine Verteidigung des Fremdvergleichsgrundsatzes und der Einführung einer „minimum tax“ ab, vgl. *Parillo*, *Robert Stack – BEPS and the United States*, *Tax Analysts*, Doc 2014-29348: „Transfer pricing is a good illustration of that,” [Stack] said. “One of the weaknesses that we struggle within the transfer pricing space is that it's been difficult for the U.S. to defend the arm's-length standard when it's used to put outsized returns in places with little or no tax.” To counter critics' argument that these rules are being used to put profit in low-tax places, the U.S. position is that a measure like the Obama administration's minimum tax proposal or the proposed treatment of foreign base company intangible income in the 2014 international tax reform draft of House Ways and Means Committee Chair Dave Camp, R-Mich. (which modified the option C provision in Camp's 2011 tax reform draft), would pick up the excess profits shifted to low-tax jurisdictions. “It would take a lot of pressure off the desire to change the transfer pricing rules to do indirectly what things like the minimum tax proposal are trying to do directly,” he said. “I have to be defensive in transfer pricing, not because I'm trying to defend stateless income,” Stack said. “I'm trying to come up with other ways to handle stateless income but fight back to say I still think we need the arm's-length standard.”

<sup>1866</sup> Vgl. *Gregory*, *Treasury to Taxpayers: Want Certainty? Don't Push Envelope*, 25 *Transfer Pricing Report* 540, *Bloomberg BNA*, 09/15/2016. <sup>1866</sup> Vgl. a. *Burow*, *OECD Intangibles Proposals May Be Attacking Transactions That No Longer Exist*, *Tax Analyst*, DOC 2014-13896; *Graetz*, *Bringing International Tax Policy Into the 21<sup>st</sup> Century*, *Tax Notes Int'l*, 2016, 315, 316; *Shaviro*, *U.S. Response to OECD-BEPS and the EU State Aid Cases*, *NYU Working Paper No. 16-27*, July 2016, S. 11; *Praillo*, *Days of Double Nontaxation are Over*, *U.S. Treasury Official Says*, *Tax Analysts*, 04.06.2013, DOC 2013-13543; *Stewart*, *Value Creation Understanding Key to Transfer Pricing's Future*, *Tax Analyst* DOC 2015-17237; *Avi-Yonah*, *A Tale of Two Cities: Washington, Brussels, and BEPS*, *Tax Notes* 2016, 569; *Gupta*, *The US and BEPS – Return of the Big Bad Bully*, *Tax Notes Int'l*, 2015, 563 ff.

## 2. Quellensteuereinbehalt für sog. „Base eroding payments“

Einen materiell-rechtlich, aber vor allem auch verfahrensrechtlich interessanten Vorschlag zur Ergänzung des Verrechnungspreissystems außerhalb der Dialektik von Fremdvergleich und Formularaufteilung haben *Lowell/Wells* erarbeitet.<sup>1867</sup> Die Autoren schlagen eine durchgängige Anwendung einseitiger Verrechnungspreismethoden vor, die durch die Anwendung einer zweiseitigen Verrechnungspreismethode verprobt werden muss<sup>1868</sup> und durch einen Steuerzuschlag in Höhe von z.B. 10% zum Schutz der inländischen Bemessungsgrundlage (sog. „base-protecting surtax“) ergänzt wird, wenn an verbundene Unternehmen sog. „base erosion payments“ geleistet werden.<sup>1869</sup> Dieser Steuerzuschlag sei eine Art Quellensteuereinbehalt, der typisiert den ins Ausland verschobenen Residualgewinn der Unternehmensgruppe anteilig im Inland der Besteuerung unterwirft. Dieser Residualgewinn entstehe vor allem auch durch die gruppeninterne Nutzung von „non-routine intangibles“<sup>1870</sup>. Der Steuerzuschlag nimmt daher an, dass (i) ein signifikanter Residualgewinn neben den unter Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode ermittelten Routinegewinnen besteht, (ii) dieser anteilig im Inland zu versteuern sein sollte und (iii) dieser Anteil am Residualgewinn durch die „base erosion payments“ zum Ausdruck gebracht wird.<sup>1871</sup> Diese Vermutung seien aber widerlegbar, wenn der Steuerpflichtige dartun kann, dass der Steuerzuschlag nicht angemessen die im Inland entstandenen Anteil am Residualgewinn abbildet und daher nicht erforderlich ist, um die inländische Bemessungsgrundlage in Hinblick auf die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernom-

---

<sup>1867</sup> Vgl. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, Vol. 65, 2012, 535, 604 ff.

<sup>1868</sup> Dieses Erfordernis wurde erst in einer späteren Veröffentlichung aufgenommen, vgl. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion: Reformation of Section 482's Arm's Length Standard, Florida Tax Review, 2014, 737, 794: „#1: Mandatory Two-Sided Transfer Pricing Methodology. In every context where section 482 is to be applied, the result must be confirmed by a two-sided transfer pricing methodology. To the extent that a one-sided transfer pricing methodology or a CSA create a disparity in outcome, then the arm's length standard would only be met when the transfer pricing result is harmonized with the result reached under the two-sided transfer pricing methodology. In other words, a two-sided transfer pricing methodology is the “best method” for determining the allocation of residual profits within an MNE group in all events whether the MNE is a U.S. MNE or non-U.S. MNE.” Demgegenüber noch *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, Vol. 65, 2012, 535, 604 f.: „1. U.S. taxpayers would be required to prepare their transfer pricing documentation along with their transfer pricing methods using a one-sided TP methodology. This approach would ensure that the U.S. taxpayer Report at least a routine profit margin.”

<sup>1869</sup> Vgl. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, Vol. 65, 2012, 535, 604 f.

<sup>1870</sup> Vgl. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, Vol. 65, 2012, 535, 605.

<sup>1871</sup> Vgl. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, Vol. 65, 2012, 535, 605.

men Risiken zu schützen. Dies habe der Steuerpflichtige durch ein „base clearance certificate“ nachzuweisen, welches er in einem gesonderten Verfahren und nur durch in Anwendung einer zweiseitigen Verrechnungspreismethode erlangen könne.<sup>1872</sup> Was genau „base erosion payments“ sind, wird allerdings nicht definiert.<sup>1873</sup> Auch nicht wie die Risiko- und Funktionsanalyse in dem „base clearance certificate process“ durchzuführen ist, insbesondere wie die Risiken und immateriellen Werte wirtschaftlich für die Anwendung der zweiseitigen Verrechnungspreismethode wirtschaftlich zugeordnet werden sollen. Ferner scheint der Vorschlag Steuerpflichtige zu übervorteilen, weil der Steuerzuschlag nur vom Steuerpflichtigen widerlegbar scheint. Spannend ist gleichwohl die Idee, mit gesetzlichen Vermutungen und einer Beweislastumkehr zu arbeiten, um eine sachgerechte internationale Besteuerung zu erreichen.

### 3. Die Erhebung einer Quellensteuer auf „Synergierenten“

Eine Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes zur Erfassung des Residualgewinns nach Vergütung der Routinefunktionen hatte zuvor bereits *Schön* in Form einer Quellensteuer auf im jeweiligen Staat erzielte „Synergierenten“ gefordert. *Schön* gelangte zu diesem Ergebnis in Anwendung des Kontinuitätsgrundsatzes auf Unternehmensorganisationen durch die Überlegung, dass das internationale Steuersystem idealiter wirtschaftliche Entscheidungen der Unternehmensorganisation so wenig wie möglich beeinflussen sollte.<sup>1874</sup> Verträge zwischen unverbundenen Unternehmen würden im internationalen Steuerrecht grundsätzlich anerkannt und der Aufteilung der Besteuerungsrechte dem Grunde und der Höhe nach zugrundegelegt werden. *Schön* stellt daher die organisatorischen Alternativen der Einschaltung eines unverbundenen Unternehmens und die Internalisierung einer Geschäftsbeziehung für verschiedene Formen bzw. Stadien der Integration gegenüber. Würde die Internalisierung durch die Anwen-

---

<sup>1872</sup> Vgl. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, *Tax Law Review*, Vol. 65, 2012, 535, 605 f.

<sup>1873</sup> Ein möglicher Hinweis auf den Inhalt des Begriffs ergibt sich aus der abschließenden Beurteilung durch die Autoren, der Verlust an Bemessungsgrundlage sei durch eine verfehlte internationale Steuerpolitik entstanden, die zu „...lost revenue to the U.S. fisc due to homeless income that arises from base erosion payments“ führe, a.a.O., S. 617 (kursiv hinzugefügt); es wird also eine kausale Verbindung von „base erosion payments“ (Handlung) und „homeless income“ (Erfolg) hergestellt, wobei Letzteres als „...income not materially taxed in any country (that is, income that is not taxed in the source country and is earned in a country of residence that chooses not to tax, which we refer to as “homeless income”“ definiert wird, a.a.O. S. 538.

Vgl. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, *Tax Law Review*, Vol. 65, 2012, 535, 604.

<sup>1874</sup> Vgl. *Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part III, *World Tax Journal*, 2010, No. 3, Tz. 4.7.1.

dung einer globalen Formularaufteilung zur Nichtanerkennung von Geschäftsbeziehungen führen, würde dies die territoriale Verteilung der Gewinne und dadurch die wirtschaftliche Make-or-buy-Entscheidung stark verzerren;<sup>1875</sup> dies gelte umso mehr als durch die Möglichkeit, dass die Anteile an einer Tochtergesellschaft nicht zu 100% gehalten werden, für die Konsolidierung eine bestimmte Beteiligungsgrenze festgelegt werden muss und das Überschreiten dieser Beteiligungsgrenze dann zum „Umschlagen“ der steuerlichen Rechtsfolge führen würde. Die Nichtanerkennung der vertraglichen Beziehungen zwischen verbundenen Unternehmen einer „non-integrated group“ sei daher keine gangbare Option („no valid option“).<sup>1876</sup> Schön sieht ferner keine Notwendigkeit, vertragliche Abreden über Risikoallokationen zwischen verbundenen Unternehmen nicht anzuerkennen oder Substanzerfordernissen wie der Kontrolle über dieses Risiken zu unterwerfen, wenn eine Tochtergesellschaft vor dem Vertragsabschluss keine spezifischen Investitionen in Hinsicht auf die Leistungsbeziehung tätigt und daher in derselben Situation wie ein unabhängiges Unternehmen vor Abschluss einer langfristigen Vertragsbeziehung sei. In diesem Fall sei in hypothetischen Verhandlungen zwischen fremden Dritten mindestens ein angemessener „return on investment“ (ROI) durchsetzbar. Eine weitergehende Verrechnungspreiskorrektur zur Erfassung des Residualgewinns aus der Internalisierung sei nicht erforderlich, weil es gar keine „richtige“ Risikoverteilung innerhalb einer Unternehmensgruppe gebe und die Verschiebung sowohl der Gewinnchance als auch des Risikos („upside and downside potential“) wirtschaftlich neutral sei.<sup>1877</sup> Anders sei die Situation, wenn die Tochtergesellschaft vor Vertragsschluss bereits spezifische Investitionen vorgenommen habe. Dann seien in hypothetischen Verhandlungen die Grenzkosten der Produktion („marginal costs of production“) die Untergrenze des akzeptablen Preises; dieser Preis sei daher zwar auch für Verrechnungspreise anzuerkennen, aber die Muttergesellschaft, die durch diese Geschäftsbeziehung einen zusätzlichen Gewinn durch die Synergien erzielen könne, sollte im Staat der Tochtergesellschaft mit dieser „Synergierente“ quellensteuerpflichtig sein.<sup>1878</sup> Wie diese Synergierente außerhalb der Verrech-

---

<sup>1875</sup> Vgl. Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part III, World Tax Journal, 2010, No. 3, Tz. 4.7.4.2.

<sup>1876</sup> Vgl. Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part III, World Tax Journal, 2010, No. 3, Tz. 4.7.4.3.

<sup>1877</sup> Vgl. Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part III, World Tax Journal, 2010, No. 3, Tz. 4.7.5.2.

<sup>1878</sup> Vgl. Schön, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part III, World Tax Journal, 2010, No. 3, Tz. 4.7.5.3.

nungspreisermittlung dem Grunde und der Höhe nach bestimmt und geographisch allokiert werden soll, bleibt indes offen; ferner erfolgen innerhalb der Unternehmensgruppe gerade auch außerhalb der vertraglichen Beziehungen durch die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit eine Koordination der Ressourcen, Anweisungen über die Vornahme „spezifischer Investitionen“ sowie die Ausstattung mit Kapital für diese Investitionen, wodurch die von *Schön* aufgemachten Kategorien von einem zu engen „separate entity approach“ geprägt und allzu gestaltbar erscheinen.

Gleichwohl will *Schön* diese Überlegungen auch auf die gruppeninterne Nutzung von immateriellen Werten übertragen. Aus einer Betrachtung der hypothetischen Verhandlungssituationen vor bzw. nach der Vornahme spezifischer Investitionen folge ein Verrechnungspreisansatz mit einem marktüblichen ROI („pre-investment situation“) bzw. mit den Grenzkosten einer oder beider Parteien („post-investment situation“). Die vertraglichen Abreden seien ferner zu respektieren, sofern sie symmetrisch sind, aber etwaige Synergierenten quellensteuerpflichtig. *Schön* unterstützt daher aus steuerpolitischer Sicht die Tendenz der OECD, der transaktionsbezogene Gewinnaufteilungsmethode eine größere Bedeutung beizumessen.<sup>1879</sup> Die Beschränkung auf die hypothetische Verhandlungssituation, die *Schön* vorschlägt, enthält allerdings keinerlei Maßgaben dazu, welche Partei wirtschaftliche Eigentümerin der immateriellen Werte für Verrechnungspreiszwecke ist und würde „symmetrischen“ vertraglichen Risikoallokation Gültigkeit zusprechen; daher ist die transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zwar insofern ein Mittel einer „indirekten“ Synergierentenbesteuerung, als dass der tatsächliche Gewinn aus der Geschäftsbeziehung erfasst wird, d.h. auch der Gewinnanteil aus dem synergistischen Zusammenwirken, die Eröffnung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode erfordert indes die Feststellung von „unique and valuable contributions“ beider Parteien auf Grundlage der Risiko- und Funktionsanalyse, nicht nur das faktische Entstehen eines synergistischen Mehrgewinns; werden „symmetrische“ vertragliche Abreden respektiert, gelangt man daher nicht zwingend in den Anwendungsbereich dieser Methode.

Dieses Fehlen von Maßgaben zur Durchführung der Risiko- und Funktionsanalyse und zur Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten beeinträchtigt auch die Idee, die Synergierenten in einer „ongoing cooperation among group

---

<sup>1879</sup> Vgl. *Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part III, World Tax Journal, 2010, No. 3, Tz. 4.7.6.

companies“ nicht absolut zu bestimmen, sondern nur das *relative* Gewicht der Beiträge zu ihrer Entstehung, und zwar auch dann, wenn diese in Form der „costs generated in a jurisdiction“ gemessen werden sollen,<sup>1880</sup> weil diese Allokation der Kosten wiederum durch die vertraglichen Beziehungen und die Zuordnung von Eigentum bestimmt wird. Interessant ist allerdings, dass *Schön* diese Verteilung der Synergierente entlang der relativen Kostenanteile nur als widerlegliche Vermutung versteht, die der Steuerpflichtige durch eine „überzeugendere“ Gewichtung ersetzen könne. Dies steht indes erneut im Zusammenhang mit der Funktionsanalyse, insbesondere der Zuordnung von immateriellen Werten und Risiken, zu der sich keine Maßgaben finden.

#### 4. Nationaler Systemswechsel zu einer „Real worldwide taxation“

Auf einer übergeordneten Ebene<sup>1881</sup> sprechen sich *Fleming/Peroni/Shay* für eine sog. „Real worldwide taxation“ aus, die insbesondere auch das Problem der internationalen Allokation von Erträgen aus immateriellen Werten lösen könne. Die Allokationsprobleme sind schließlich eine Folge der territorialen Besteuerung bzw. der quasi-territorialen Besteuerung durch das „deferral“. *Fleming/Peroni/Shay* schreiben:

„Arguably, the principal weakness of the arm’s-length approach is its inability to control tax-motivated transfer pricing with respect to intra-MNE shifting of income from intangibles. This weakness is currently being advanced as a major argument for replacing the incoherent, elective, de facto U.S. territorial system with an explicit territorial system based on global formulary apportionment. However, [...] this is not the best way to deal with the weaknesses of arm’s-length transfer pricing and, therefore, is not a sufficient basis for moving to global formulary apportionment. *Adoption of a real worldwide system is the preferred approach because it addresses tax-motivated transfer pricing without the distortive effects and manipulation potential that characterize global formulary apportionment.*“

---

<sup>1880</sup> Vgl. *Schön*, International Tax Coordination for a Second-Best World, Part III, World Tax Journal, 2010, No. 3, Tz. 4.7.7.2.

<sup>1881</sup> Vgl. *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, Michigan Journal of International Law, 2014, S. 1, 57: „U.S. policy makers are left with a choice between a normatively flawed and distortive territoriality that imposes modest restraints on income shifting through the arm’s-length approach (i.e., both the current U.S. system of de facto territoriality and traditional territoriality) and a simpler but normatively flawed and distortive territoriality that still allows a substantial amount of income shifting (i.e., three-factor, two-factor, and single-factor global formulary apportionment). This unhappy dilemma can be avoided by adopting real world-wide taxation or, alternatively, by keeping the current regime while creating a Subpart F income category for low-taxed foreign income and insulating that category from cross-crediting with a separate foreign tax credit limitation basket. A more limited form of formulary apportionment then should be used for, and tailored to, particular forms of income, such as intangible income and global trading income, that present discrete taxation problems. Nevertheless, when such income is earned by a U.S. MNE, allocation of income to a foreign jurisdiction under this more limited form of formulary apportionment should not *ipso facto* result in the income being exempted from U.S. taxation.“

A real worldwide system would impose current U.S. taxation on the foreign-source income, including intangible income, of U.S. MNEs. *This current U.S. tax on foreign-source intangible income, regardless of where that income is geographically shifted within an MNE, would largely eliminate the reward for moving the income to low-tax foreign countries. With that reward erased, the weakness of the arm's-length approach in dealing with intangible income shifting would be largely irrelevant.*

It is true that apportionment of intangible income would remain a technical issue under a worldwide system because income would still have to be characterized as foreign-source or domestic-source for purposes of the U.S. foreign tax credit limitation. There would, however, be no foreign tax credit reward for artificially shifting income to low-tax countries to absorb excess foreign tax credits through cross-crediting. Thus, so far as the U.S. system is concerned, real worldwide taxation would make foreign tax credit planning a neutral factor regarding where to locate intangible income.

Under a real U.S. worldwide system of international taxation, there would continue to be gains for U.S. MNEs through earning intangible income at large before-tax rates of return in high-tax foreign countries while shifting that income to low-tax foreign countries where it bears a low rate of tax—a tactic that Professor Kleinbard has characterized as capturing “tax rents.” However, *those gains would be diminished by the current U.S. residual tax on income shifted to low-tax countries and any remaining gains are a problem to be solved by the high-tax countries.*<sup>1882</sup>

Diese Ausführungen machen deutlich, dass die Durchsetzung einer „Real world wide taxation“ eine von der internationalen Gewinnallokation weitgehend losgelöste Herangehensweise ist, die eine grundsätzliche systematische Umstellung des Steuersystems erfordert. Abgesehen von der Manipulierbarkeit der Ansässigkeit von Gesellschaften, auf der die „Real world wide taxation“ beruht, ist die Erfassung des Welteinkommens aller untergeordneter Gesellschaften in Verbindung mit einer Quellensteueranrechnung jedenfalls ein Fremdkörper im gegenwärtigen deutschen KStG.

## **5. Einführung einer sog. „Destination-based cash flow tax“ (DBCFT)**

Ein weiterer Vorschlag für eine umfassende Steuerreform, die insbesondere auch der Gewinnverlagerung durch die Zuordnung von immateriellen Werten entgegenwirken soll, ist die sog. „Destination-based cash flow tax“ (DBCFT), die durch ihre Wirkungsweise, Exporte zu befreien und Importe zu besteuern (sog. „border tax adjustment“) in den USA angesichts des Außenhandelsdefizits ein gewisses politisches

---

<sup>1882</sup> *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, *Michigan Journal of International Law*, 2014, S. 1, 53 f.  
444

Momentum auslösen konnte.<sup>1883</sup> Die DBCFT wirkt ähnlich einer Umsatzsteuer, nur dass auch Lohnkosten im Empfängerstaat abzugsfähig sind.<sup>1884</sup> Die DBCFT setzt sich aus zwei Elementen zusammen: Einer Cashflow-Besteuerung („CF“) und einer Empfängerstaatorientierung („DB“). Die Cashflow-Komponente bedeutet einer Besteuerung der Nettoerträge („net receipts“), wobei der Abzug der in der konkreten Entität angefallenen Kosten sofort erfolgt, auch wenn diese Anschaffungs- oder Herstellungskosten auf Wirtschaftsgüter darstellen.<sup>1885</sup> Der steuerbare Cashflow könne auf einer „real basis“ (R) oder einer „real plus financial basis“ (R+F) ermittelt werden.<sup>1886</sup> Durch diese Nettoerfassung sei die Cashflow-Komponente letztlich eine Besteuerung des „net present value“. <sup>1887</sup> Die Empfängerstaatorientierung ist die internationale Komponente der DBCFT und verhindere steuerliche Auswirkungen durch die Allokation immaterieller Werte innerhalb der Unternehmensgruppe, obwohl die Cashflow-Besteuerung auf Nettobasis erfolgt, also der Importverrechnungspreis auch abzugsfähig ist, wenn er nicht marktüblich ist. Auerbach/Devereux/Keen/Vella schreiben:

„When adopted in all countries, the DBCFT eliminates the shifting of profits to low-tax countries through the three most important current channels: lending from a low-tax country to a high-tax country, locating intangible assets that earn a royalty or license payment in a low tax country, and manipulating transfer prices. [...]

Profit shifting through the manipulation of intra-group prices is also precluded by the DBCFT. To see this, consider the effect of a sale of a good by company A to another member of the same multinational group, company B, with the two companies located in different countries. Under current arrangements, A pays tax on the sale of the good to B, but B receives tax relief on the purchase of the good as an input into its own activity. If A’s country has a higher tax rate, then there is an incentive to understate the true price of the good; B’s tax relief on the purchase of the good will then exceed the tax levied on A’s sale. If A’s country has a lower tax rate, then the incentive is reversed; overall tax is lowered if the price is overstated. But under a DBCFT, A faces no domestic tax on its export. B does face a tax on its import, but as an input into whatever activity B is undertaking the cost of the goodwill also

---

<sup>1883</sup> Vgl. Auerbach/Devereux/Keen/Vella, Destination-Based Cash Flow Taxation, Oxford Saïd Business School RP 2017-09, Oxford, Feb. 2017, abrufbar unter <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=317112116088088081093125127003096004053017063051087026113098064127097030102124076024053029061030029060000114115116117025010072053061042009079097025127118065019076100059050000006064081069080105021105069064031109069023117065118100085092118011109021087122&EXT=pdf>.

<sup>1884</sup> Vgl. Auerbach/Devereux/Keen/Vella, Destination-Based Cash Flow Taxation, 2017, S. 18; s.a. Freund, Trump Is Right: ‘Border Adjustment’ Tax Is Complicated, BNA Bloomberg, View, 18.01.2017, abrufbar unter <https://www.bloomberg.com/view/articles/2017-01-18/trump-is-right-border-adjustment-tax-is-complicated>.

<sup>1885</sup> Vgl. Auerbach/Devereux/Keen/Vella, Destination-Based Cash Flow Taxation, 2017, S. 11.

<sup>1886</sup> Vgl. Auerbach/Devereux/Keen/Vella, Destination-Based Cash Flow Taxation, 2017, S. 11 f.

<sup>1887</sup> Vgl. Auerbach/Devereux/Keen/Vella, Destination-Based Cash Flow Taxation, 2017, S. 12.

be deducted from B's tax base. These two effects exactly cancel out, making the value of the import irrelevant for tax purposes.<sup>1888</sup>

Ungeachtet der Frage, ob sich durch die Nettobetrachtung nicht Wege finden lassen durch eine Verrechnungspreisgestaltung den „Cashflow“ in den jeweiligen Staaten zu beeinflussen, verstößt die DBCFT gegen WTO-Recht, ist – wenn sie in als Ertragsteuer qualifiziert und daher in den Anwendungsbereich fällt – mit geltenden DBA nicht vereinbar<sup>1889</sup> und hat derzeit an politischer Unterstützung eingebüßt.<sup>1890</sup>

## **6. Unilaterale Maßnahmen: Die sog. „Diverted profits tax“ (DPT) im Vereinigten Königreich und die „Lizenzschranke“ in Deutschland**

Unilaterale Maßnahmen außerhalb der Dialektik von Fremdvergleichsgrundsatz und Formularaufteilung wurden nach Abschluss der BEPS-Initiative in Deutschland mit der „Lizenzschranke“ und im Vereinigten Königreich mit der „Diverted profits tax“ (UK-DPT) ergriffen. Diese Maßnahmen indizieren die Skepsis, dass die Ergebnisse der BEPS-Initiative nicht ausreichen werden, um die inländische Bemessungsgrundlage zu „schützen“. Mit der Lizenzschranke greift der deutsche Gesetzgeber einen Vorschlag der EU Council Directive (EU) 2016/1164 vom 12.06.2016 auf. Nach § 4j Abs. 1 S. 1 EStG 2017 sind „Aufwendungen für Rechteüberlassungen“ nunmehr ungeachtet von bestehenden DBA nur noch eingeschränkt abziehbar, wenn die Einnahmen des Gläubigers – oder ein hinter diesem stehendes verbundenes Unternehmen in „Zwischenschaltungsfällen“<sup>1891</sup> – einer von der Regelbesteuerung abweichenden, niedrigen Besteuerung unterliegen („Präferenzregelung“) und der Gläubiger eine dem Schuldner nahestehende Person im Sinne des § 1 Abs. 2 AStG ist. Die Lizenzschranke greift also (i) nur Zahlungen an sog. „IP-Boxen“<sup>1892</sup> an und sperrt die Abzugsfähigkeit gemäß § 4j Abs. 2 EStG 2017 nur in dem Verhältnis, zu dem die „Regelertragsbesteuerung“ von 25% unterschritten wird. Die Lizenzschranke ist nur eine partielle Missbrauchsvermeidungsvorschrift in Ergänzung des Fremdvergleichssystems, kein echtes, alternatives internationales Gewinnallokationssystem für Erträge aus immate-

---

<sup>1888</sup> Auerbach/Devereux/Keen/Vella, Destination-Based Cash Flow Taxation, 2017, S. 29.

<sup>1889</sup> Vgl. Auerbach/Devereux/Keen/Vella, Destination-Based Cash Flow Taxation, 2017, S. 84 f.

<sup>1890</sup> Vgl. Kelly/Abrams/Rappeport, Trump Is Said to Abandon Contentious Border Tax on Imports, The New York Times, 25.04.2017.

<sup>1891</sup> BT-Drucks. 18/11233, S. 13.

<sup>1892</sup> BT-Drucks. 18/11233, S. 1.

riellen Werten.<sup>1893</sup> Aus dem Zusammenwirken der Abzugsbeschränkung bei Aufwendungen für Rechteüberlassungen, deren Besteuerung einem Präferenzregelung unterliegt und dem Ausschluss dieser Abzugsbeschränkungen gemäß § 4j Abs. 1 S. 4 EStG 2017, wenn das Präferenzregime dem „nexus approach“ der OECD entspricht,<sup>1894</sup> ergibt sich jedoch, dass Einkünfte aus „Rechteüberlassungen“ anteilig im Verhältnis zur Steuersatzdifferenz zu Regelbesteuerung von 25% am Ort der Nutzung besteuert werden, wenn der Empfänger der Zahlungen nicht von der OECD definierte Mindestmaß an aktiver, substantieller Geschäftstätigkeit ausübt. Die Nutzung der Kostentragung als „proxy“<sup>1895</sup> für substantielle Wirtschaftsaktivität kann zwar Probleme bereiten. Der Regel liegt somit, auch wenn sie kein „echtes“ Gewinnallokationssystem darstellt, sondern den Fremdvergleichsgrundsatz nur ergänzt und überlagert, eine Richtigkeitsvorstellung der Gewinnallokation zugrunde, die sich vordergründig an substantieller Wertschöpfungstätigkeit orientiert, aber nicht wirklich auf eine internationale Allokation von Gewinnen an die Wertschöpfungsaktivitäten gerichtet ist.

---

<sup>1893</sup> Vgl. i.Ü. kritisch *Schneider/Junior*, Die Lizenzschränke – Überblick über den Regierungsentwurf zu § 4j EStG, DStR 2017, 417; *Jochimsen/Zinowsky/schraud*, Die Lizenzschränke nach § 4j EStG – Ein Gesellenstück des deutschen Gesetzgebers, IStR 2017, 593; *Lück*, Gesetzentwurf zur Einführung einer Lizenzschränke durch § 4j EStG – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Herausforderungen, IStR 2017, 388.

<sup>1894</sup> Der Entwurf der Bundesregierung hatte demgegenüber noch auf das Vorliegen einer „substantiellen Geschäftstätigkeit“ abgehoben, vgl. BT-Drucks. 18/11233, S. 8: „Die Sätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden, soweit sich die niedrige Besteuerung daraus ergibt, dass die Einnahmen beim Gläubiger oder dem weiteren Gläubiger einer Präferenzregelung unterliegen, die auf Rechte beschränkt ist, denen eine substantielle Geschäftstätigkeit zugrunde liegt. Eine substantielle Geschäftstätigkeit im Sinne des Satzes 4 liegt nicht vor, wenn der Gläubiger das Recht nicht oder nicht weit überwiegend im Rahmen seiner eigenen Geschäftstätigkeit entwickelt hat; dies gilt insbesondere, wenn das Recht erworben oder durch nahestehende Personen entwickelt worden ist. Satz 4 ist nicht anzuwenden, soweit die Präferenzregelung Einnahmen aus der Überlassung von Rechten begünstigt, die nach deutschem Recht unter das Markengesetz fallen würden.“

<sup>1895</sup> Vgl. dazu OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: 2015 Final Report, Paris 2015, Executive Summary, S. 11: „Countries agreed that the substantial activity requirement used to assess preferential regimes should be strengthened in order to realign taxation of profits with the substantial activities that generate them. Several approaches were considered and consensus was reached on the “nexus approach”. This approach was developed in the context of IP regimes, and it allows a taxpayer to benefit from an IP regime *only to the extent that the taxpayer itself incurred qualifying research and development (R&D) expenditures that gave rise to the IP income. The nexus approach uses expenditure as a proxy for activity and builds on the principle that, because IP regimes are designed to encourage R&D activities and to foster growth and employment, a substantial activity requirement should ensure that taxpayers benefiting from these regimes did in fact engage in such activities and did incur actual expenditures on such activities. This same principle can also be applied to other preferential regimes so that such regimes would be found to require substantial activities where they grant benefits to a taxpayer to the extent that the taxpayer undertook the core income-generating activities required to produce the type of income covered by the preferential regime.*“

Ähnlich wirkt die durch den Finance Act 2015<sup>1896</sup> eingeführte UK-DPT, die zwar eine eigenständige Steuer mit einem Steuersatz von 25%, nicht nur ein Betriebsausgabenabzugsverbot, ist, aber ebenfalls grundsätzlich den allgemeinen Verrechnungspreissystem unterliegende Geschäftsbeziehungen in Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes einer abweichenden Behandlung unterwirft. Sachlich ist die UK-DPT indes nicht auf Geschäftsbeziehungen mit verbundenen Unternehmen, die nur einer niedrigen Besteuerung unterliegen,<sup>1897</sup> beschränkt, sondern greift gemäß s. 80(1)(f) Finance Act 2015 bei allen Transaktionen, die keine hinreichende wirtschaftliche Substanz („insufficient economic substance“) aufweisen. Diese und weitere zur Anwendung der DPT erforderlichen Feststellungen sind entlang komplexer Maßgaben zu treffen,<sup>1898</sup> insbesondere ist gemäß s. 110 Finance Act 2015 festzustellen „if it is reasonable to assume that the transaction was designed to secure the tax reduction, unless, at the time of the making or imposition of the material provision, it was reasonable to assume that, for the first party and the second party (taken together) and taking account of all accounting periods for which the transaction was to have effect, the non-tax benefits referable to the transaction would exceed the financial benefit of the tax reduction.“

## **V. Stellungnahme zu den vorgestellten Ansätzen und Schlussfolgerung**

Die vorgestellten Ansätze der Literatur zeigen die interessante Tendenz, sich zwar vom historischen Gegenpol des Fremdvergleichsgrundsatzes, der globalen Formularaufteilung, her ausgehend entwickelt zu haben, aber sich aus praktischen und theoretischen Gründen ebenso zu einer Weitung des transaktionsbasierten Verrechnungspreissystems hin zu entwickeln, wie das OECD CFA von der entgegengesetzten Position aus zu ebendiesem Ergebnis gelangt ist. Die historischen Gegenpole konvergieren. Die zeitgemäße Frage scheint daher nicht zu sein, ob der Fremdvergleichsgrundsatz oder eine Spielart der globalen Formularaufteilung das „richtige“ Verrechnungspreissystem bildet, sondern es gilt das richtige Maß der Zusammenführung von Elementen der Formularaufteilung und dem transaktionsbasierten Fremdvergleichsgrundsatz zu bestimmen. Diese Zusammenführung ist sachgerecht und zunehmend konsensfähig. Im Folgenden soll daher der Versuch unternommen werden, die überzeugenden Bestand-

---

<sup>1896</sup> Der UK Finance Act 2015 ist abrufbar unter [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/pdfs/ukpga\\_20150011\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/pdfs/ukpga_20150011_en.pdf).

<sup>1897</sup> Ein im Ansatz vergleichbares Merkmal kennt die UK-DPT indes in dem „tax mismatch“ des s. 107 Finance Act 2015.

<sup>1898</sup> Siehe i. Einz. ss. 77-116 UK Finance Act 2015.

teile der Ansätze in Form eines „Opt-out“ Systems zusammenzuführen. Dieses System setzt sich (i) materiell-rechtlich aus einer „neuen“ Working Hypothesis<sup>1899</sup> (WH) und (ii) verfahrensrechtlichen aus verschiedenen Beweislastumkehrungen zusammen, um eine internationale Allokation der Erträge einer Unternehmensgruppe aus immateriellen Werten zu erreichen, die darauf abzielt, eine Gewinnallokation entsprechend der tatsächlichen internen Wertschöpfung und dadurch dem historischen Prinzip der „economic allegiance“ und einer effektiven Einmalbesteuerung zur Geltung zu verhelfen. Diese neue WH fragt, inwiefern die Grundsätze des „Step 1“ des AOA zur internationalen Betriebsstättenverteilung auf Tochtergesellschaftsverhältnisse übertragbar sind oder inwiefern sich aus der eigenständigen rechtlichen Subjektfähigkeit echte wirtschaftliche Unterschiede ergeben, die sich in einer wertschöpfungsorientierten Gewinnallokation widerspiegeln müssen. Die verfahrensrechtliche Komponente zur Durchsetzung der materiellen Ergebnisse der neuen WH sollte in Bezug auf die Allokation der Höhe nach durch eine transaktionsbezogene Formularaufteilung gebildet werden, deren Vermutungen widerlegbar sind. Damit regiert das „Opt-out“-System auf die Schnittmengen der o.g. Literaturmeinungen, die sowohl (i) die Bestimmung des Inhalts der „Geschäftsbeziehung“ im Wege der Funktionsanalyse aus der internen Perspektive der Unternehmensgruppe als auch (ii) die Ausweitung der Anwendung zweiseitiger Verrechnungspreismethoden als maßgebliche Stellschrauben erkannten.

---

<sup>1899</sup> Das OECD CFA hatte der grundlegenden Revision der Betriebsstättenbesteuerung die Arbeitshypothese zugrundegelegt, inwieweit die OECD-Leitlinien 1995 analog anwendbar sein sollten, vgl. OECD AOA Draft 2001, Preface, Tz. 3: „As a first step in establishing a consensus position, a working hypothesis (WH) has been developed as to the preferred approach for attributing profits to a PE under Article 7. This approach builds upon developments since the last revision of the Model Commentary on Article 7 in March 1994, especially the fundamental review of the arm’s length principle, the results of which were reflected in the 1995 OECD Transfer Pricing Guidelines (the Guidelines). The Guidelines address the application of the arm’s length principle to transactions between associated enterprises under Article 9. The basis for the development of the WH is to examine how far the approach of treating a PE as a hypothetical distinct and separate enterprise can be taken and how the guidance in the Guidelines could be applied, by analogy, to attribute profits to a PE in accordance with the arm’s length principle of Article 7. The ongoing development of the WH will not be constrained by either the original intent or by the historical practice and interpretation of Article 7. Rather the intention is to formulate the preferred approach to attributing profits to a PE under Article 7 given modern-day multinational operations and trade.”

## Abschnitt II – Vorschlag zur Zusammenführung der Reformmodelle zur Ergänzung des Fremdvergleichsgrundsatzes in Form eines „Opt-out“-Systems

### A. Einleitung

Die Beibehaltung eines Verrechnungspreissystems, das auf die Erfassung der konkreten Funktionen der Entitäten und ihrer Bedeutung für den Gesamtwertschöpfungsprozess der Unternehmensgruppe flexibel und einzelfallspezifisch abzielt, ist weiterhin gegenüber starren Konzeptionen grundsätzlich vorzugswürdig, um eine auf die Verwirklichung der „economic allegiance“ gerichtete, sachgerechte und daher konsensfähige internationale Gewinnallokation zu erreichen. Gleichwohl ist sowohl die materielle Konzeptionierung als auch die praktische Durchsetzung eines solchen einzelfallspezifischen Transaktionssystems schwierig. Viele der vorgestellten Vorschläge für die Reform des Gewinnabgrenzungssystems haben überzeugende Bestandteile und schließen sich vielfach nicht aus, sondern lassen sich zusammenführen.

Die zentralen Stellschrauben der materiellen Konzeptionierung eines transaktionsbezogenen Verrechnungspreissystems sind, wie diese Bearbeitung zeigen konnte,

- (i) die Anerkennung von Tochtergesellschaften als eigenständige Steuersubjekte in Abgrenzung zur Behandlung als Betriebsstätten der Unternehmensgruppe,
- (ii) der Begriff der „Geschäftsbeziehung“ zwischen den Entitäten, die als eigenständige Zurechnungssubjekte anerkannt werden, einschließlich der erforderlichen Allokation von Kapital innerhalb der Unternehmensgruppe,
- (iii) die Ermittlung des „tatsächlichen“ wirtschaftlichen Gehalts der Geschäftsbeziehungen durch die „Risiko- und Funktionsanalyse“, einschließlich der Rolle von vertraglichen Abreden und rechtlichen Positionen, *sowie*
- (iv) die Wahl der im konkreten Einzelfall in Bezug auf die ausgeübten Funktionen, übernommenen Risiken und eingesetzten Wirtschaftsgüter „sachgerechtesten“ Verrechnungspreismethode.

In Bezug auf die praktische Durchsetzung des Verrechnungspreissystems konnte gezeigt werden, dass im Rahmen des fremdvergleichsbasierten Systems bereits bisher

- (i) die Steuererklärungspflicht und der Vorbehalt der Nachprüfung,
- (ii) die Beweislastverteilung und –umkehr,

- (iii) die Berücksichtigung späterer Ereignisse als materiell-rechtliche Regel (beim U.S. CWIS) oder als Beweislastregel (bei den HTVI), *sowie*
- (iv) die Verwendung von Vergleichswerten als Beweismittel für die tatsächliche Ausübung einer „hinreichenden“ Kontrolle über Risiken

aufgegriffen werden, um die Durchsetzung der materiellen Konzeptionierung zu erreichen. Im Folgenden wird ein Vorschlag für eine materielle Konzeptionierung und verfahrensmäßige Durchsetzung entworfen, der soweit wie möglich die vorgestellten Reformvorschläge zusammenführt, um eine weitgehende Verwirklichung der Anforderungen an das internationale Gewinnallokationssystem für immaterielle Werte, wie sie in Kapitel I entwickelt wurden, zu erzielen. Beide Schritte zusammen ergeben ein „Opt-out“ System; sie sind aber nicht zwingend untrennbar miteinander verbunden.

## **B. Materiell-rechtliche Konzeptionierung des Verrechnungspreissystems**

### **I. Die Erfassung der Wertschöpfung als internationales Allokationsziel**

#### **1. Steuerjuristische Rahmensetzung**

Die Analyse der Entstehungsgeschichte des Verrechnungspreissystems konnte zeigen, dass die League of Nations die Verteilung der Besteuerungsrechte zwischen Staaten am Grundsatz der „economic allegiance“ ausgerichtet hatte und dass „economic allegiance“ sowohl im Kontext der Vorgängernormen von Art. 7 als auch von Art. 9 OECD-MA durch die interne Bedeutung der Funktionen für die tatsächliche Wertschöpfung geprägt war.<sup>1900</sup> Der Fremdvergleichsgrundsatz wurde im Carroll Report auf der Grundlage von – aus heutiger Sicht – relativ einfachen vertikale Integrationsverhältnissen, häufig in Form der gruppeninternen Rohstoffbeschaffung, bei denen sich laut des Carroll Report regelmäßig tatsächliche Fremdvergleichswerte finden ließen, und der folglich praktischen Einfachheit befürwortet. Wenn der Fremdvergleichsgrundsatz mangels tatsächlicher Vergleichswerte nicht angewendet werden konnte, sollten – in Betriebsstättenkonstellationen ausdrücklich – Gewinnmethoden Anwendung finden, um eine „fair allocation“ zu erreichen.<sup>1901</sup> Der Fremdvergleichsgrundsatz war nur das favorisierte Mittel zur Durchsetzung dieser „fair allocation“. Offen blieb, wie das konkrete Risiko- und Funktionsprofil in Tochtergesellschafts-

---

<sup>1900</sup> Vgl. ausf. oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.1. f.

<sup>1901</sup> Vgl. ausf. oben Kapitel I, Abschnitt II, B.II.2.

konstellationen im Einzelnen ermittelt werden sollte und wie auf das Fehlen von Vergleichswerten zu reagieren war, aber der Pragmatismus und grundsätzliche Methodengleichlauf, den der Carroll Report zwischen den Gestaltungsalternativen annahm, legte eine analoge Anwendung der Gewinnmethoden auch in Tochtergesellschaftskonstellationen nahe. Erst die Internationalisierung der U.S. Treasury Regulations 1968 unter der Leitung von Surrey brachte die kategorische Gegenüberstellung von des Fremdvergleichsgrundsatzes und der globalen Gewinnmethoden,<sup>1902</sup> die indes schon durch die Einführung der transaktionsbezogenen Gewinnmethoden – zunächst durch U.S. Gerichte als „other methods“ unter den Treasury Regulations 1968, dann systematischer durch die U.S. Treasury Regulations 1994 und die OECD-Leitlinien 1995 – faktisch relativiert wurde. Die Ablehnung von globalen Methoden, die die einzelnen Gruppenentitäten als Bestandteil eines einheitlichen Gesamtwertschöpfungsprozess ansehen, unter schleichender Annäherung der OECD-Leitlinien 1995 an eine ebensolche Sichtweise erfolgte, indem (i) eine „praktische“ Schwierigkeit der Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes zunächst darin gesehen wurden, dass die „kommerzielle Situation“ verbundener und unverbundener Unternehmen „verschieden“<sup>1903</sup> sei sowie (ii) durch die zunehmend extensive Vergleichbarkeitsanalyse, die zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes erforderlich ist<sup>1904</sup> und (iii) dem Erkennen eines „Vorteils“ der zweiseitigen Gewinnmethode, auch „economies of scale or other joint efficiencies“<sup>1905</sup> – also Gewinnbestandteile, die nur zwischen verbundenen Unternehmen begrifflich entstehen können – zu allokalieren. Technisches Mittel war die Figur der „most appropriate method“ bzw. in Deutschland das Konzept der „Unternehmenscharakterisierung“, die zwischen in „entrepreneur“ und „routine“ Funktionen unterscheidet und zu einer entsprechenden Residualgewinnallokation – in den Worten von Coase des „marginal return of the entrepreneur“ – führt.<sup>1906</sup>

Diese Dynamik der erneuten Revision der OECD-Leitlinien 1995 wurde seit dem 2nd OECD CFA Roundtable 2005, der die Maßgeblichkeit der vertraglichen Allokationen

---

<sup>1902</sup> Vgl. ausf. oben Kapitel II, Abschnitt II, C.III.6.a. sowie Kapitel III, Abschnitt I, B.

<sup>1903</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.10: „A practical difficulty in applying the arm’s-length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may occur because in transacting business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises.“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1904</sup> Vgl. Tz. 1.6 der OECD-Leitlinien 1995/2010/2017.

<sup>1905</sup> OECD-Leitlinien 2010, Tz. 2.113; OECD-Leitlinien 2017, Tz. 2.119.

<sup>1906</sup> Zur sog. Transaktionskostentheorie sogleich ausf.

– und dadurch implizit den zu engen „separate entity approach“ – bei der Verrechnungspreisermittlung zu schwächen suchte, zunehmend ausgeweitet und zunehmend explizit. So brachte der Discussion Draft on Intangibles 2012 der OECD Working Party No. 6 mit der „Intangibles-related return theory“ (IRR) das explizite Ziel, die Verrechnungspreisergebnisse von vertraglichen Abreden und der „bloßen“ Kostentragung, d.h. von zu eng verstandenen Marktgrundsätzen, zu lösen und mit der internen Wertschöpfung zusammenzuführen.<sup>1907</sup> Der Addressing BEPS Report 2013 verallgemeinerte diese Zielsetzung<sup>1908</sup> und der von der G20 angenommene BEPS Action Plan erklärte es zum Ziel des Verrechnungspreissystems, wirtschaftliche Aktivitäten und die Wertschöpfung mit dem steuerlichen Gewinnausweis zusammenführen zu wollen. Damit knüpft die Zielsetzung folgerichtig an die historischen Grundlagen der internationalen Steuerkoordination an. In den Verhandlungen des BEPS-Prozess wurde dann indes nicht der Versuch unternommen, Wertschöpfung tatsächlich zu analysieren und dementsprechend das Verrechnungspreissystem anzupassen. Allerdings findet sich insbesondere in den frühen Entwürfen der OECD Working Party No. 6 implizit ein Wertschöpfungsverständnis, das (i) an der Einheitlichkeit des Wertschöpfungsprozesses und (ii) folglich an der Bedeutung von „wichtigen“ Personalfunktionen orientiert war. Die Intervention der USA ab 2014 brachte indes eine stark regressive Dynamik, die letztlich den Final BEPS Report prägte.<sup>1909</sup>

---

<sup>1907</sup> Vgl. insb. OECD Discussion Draft on Intangibles 2012, Box, S. 12: „Working Party No. 6 delegates are uniformly of the view that transfer pricing outcomes in cases involving intangibles should reflect the functions performed, assets used, and risks assumed by the parties. This suggests that neither legal ownership, nor the bearing of costs related to intangible development, taken separately or together, entitles an entity within an MNE group to retain the benefits or returns with respect to intangibles without more.“ Zum Entwurf ausf. oben Kapitel II, Abschnitt II, C.II.

<sup>1908</sup> Vgl. u.a. Addressing BEPS Report, S. 27: „The rise of GVCs has also changed the notion of what economies do and what they produce. It is increasingly less relevant to talk about the gross goods or services that are exported, while it is increasingly relevant to talk about tasks and stages of production. In a world where stages and tasks matter more than the final products being produced, GVCs also challenge orthodox notions of where economies find themselves on the value-added curve. From an economic point of view, most of the *value* of a good or service is typically *created* in upstream activities where product design, R&D or production of core components occur, or in the tail-end of downstream activities where marketing or branding occurs. Knowledge-based assets, such as intellectual property, software and organisational skills, have become increasingly important for competitiveness and for economic growth and employment.“

<sup>1909</sup> Vgl. u.a. *Finley*, *Stack Reflects on Turbulent Days at Treasury, Future of the OECD*, Tax Notes, Doc 2017-3204: „Stack reflected on his tenure as what he has described as the United States' "top international tax diplomat" in a March 3 interview with Tax Analysts. His term began in March 2013, when the BEPS project was still taking shape and some of the key battles over international taxing rights were ongoing. During his time at Treasury, Stack oversaw a series of increasingly conservative discussion drafts on transfer pricing, country-by-country reporting, and permanent establishment avoidance, culminating in a final BEPS report package that largely reflected the United States' favored positions. [...] "McDonald, who I joke is more respected at the OECD than I am, sought to move and create consensus

Im Folgenden soll daher neben dieser steuerjuristischen Rahmensetzung der tastende Versuch einer wirtschaftstheoretischen Rahmensetzung für die internationale Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise unternommen werden. Ein Vorteil eines „Opt-out“ Systems ist dabei, dass die gesetzliche Rahmensetzung nicht lückenlos sein muss, da die in ihr zum Ausdruck kommende Typisierung nur die vertraglichen Allokationen als Ausgangspunkt der Verrechnungspreisanalyse ersetzt und das steuerpflichtige Unternehmen, das über die erforderlichen internen Informationen verfügt, im Einzelfall eine von der gesetzlichen Typisierung abweichende Wertschöpfung geltend machen kann. Kann das Unternehmen nicht erklären, dass und inwiefern die interne Wertschöpfung tatsächlich anders als gesetzlich vertyp erfolgt, ist eine realitätsgerechte Typisierung nicht willkürlich.<sup>1910</sup>

## 2. Wirtschaftstheoretische Rahmensetzung

Ausgangspunkt der wirtschaftswissenschaftlichen Analyse der Gewinngenerierung und der Unternehmensorganisation bildet die Dissertation von *Frank Knight* „Risk, Uncertainty, and Profit“ von 1921.<sup>1911</sup> In dieser Arbeit erklärte *Knight* das Entstehen von Unternehmensorganisationen als eine Auswirkung der Unsicherheiten und Risiken, die mit gewinnorientierten Wirtschaftstätigkeiten verbunden sind. Ohne Unsicherheiten und Risiken gebe keinen Grund für die organisatorische Kontrolle von Pro-

---

around the more traditional principles that are reflected in the final BEPS outcomes," Stack said. "In addition, however, the United States really had to be very forceful in explaining that we would not join a consensus on a document that did not come closer to reflecting the arm's-length standard than what those earlier drafts were doing." [...] "In the transfer pricing work, it became obvious to us that other countries were trying to use transfer pricing and the arm's-length standard to achieve much broader goals," like antiabuse or backdoor controlled foreign corporation rules, Stack said. The U.S. believed strongly that the alternatives to the arm's-length standard would be worse, he said, noting that the standard is not a perfect tool and is under enormous pressure from the mobility of both intangible property and capital."<sup>1910</sup>

<sup>1910</sup> Zur Typisierung im Steuerrecht vgl. m.w.N. BVerfG v. 07.05.2015 - 1 BvR 1432/10, Tz. 14: „Das Bundesverfassungsgericht hat den Gesichtspunkt der Vereinfachung der Verwaltungstätigkeit vielfach als Rechtfertigungsgrund für eine Typisierung und Pauschalierung anerkannt. Die wesentliche Funktion der Typisierung im Steuerrecht ist die Entlastung des Rechtsanwenders im Massenfallrecht. Steuergesetze betreffen in der Regel Massenvorgänge des Wirtschaftslebens. Sie müssen, um praktikabel zu sein, Sachverhalte, an die sie dieselben steuerrechtlichen Folgen knüpfen, typisieren und dabei in weitem Umfang die Besonderheiten des einzelnen Falls vernachlässigen. Die wirtschaftlich ungleiche Wirkung auf die Steuerzahler darf allerdings ein gewisses Maß nicht übersteigen. Vielmehr müssen die steuerlichen Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit der Typisierung notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen. Der Gesetzgeber darf außerdem für eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zu Grunde legen.“

<sup>1911</sup> Vgl. *Frank H. Knight*, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Hart, Schaffner & Marx, Boston, MA, 1921, abrufbar unter <http://www.econlib.org/library/Knight/knRUP.html>.

duktionsprozessen.<sup>1912</sup> Erst aus dem tatsächlichen Bestehen von Unsicherheiten und Risiken folge die Notwendigkeit der organisatorischen Kontrolle von Produktionsprozessen sowie der Übernahme der damit einhergehenden Risiken.

„With uncertainty absent, man's energies are devoted altogether to *doing* things; it is doubtful whether intelligence itself would exist in such a situation; in a world so built that perfect knowledge was theoretically possible, it seems likely that all organic readjustments would become mechanical, all organisms automata. *With uncertainty present, doing things, the actual execution of activity, becomes in a real sense a secondary part of life; the primary problem or function is deciding what to do and how to do it.* The two most important characteristics of social organization brought about by the fact of uncertainty have already been noticed. In the first place, goods are produced for a market, on the basis of an entirely impersonal prediction of wants, not for the satisfaction of the wants of the producers themselves. The producer takes the responsibility of forecasting the consumers' wants. In the second place, *the work of forecasting and at the same time a large part of the technological direction and control of production are still further concentrated upon a very narrow class of the producers, and we meet with a new economic functionary, the entrepreneur.*<sup>1913</sup>”

Für *Knight* führt somit das Bestehen von Unsicherheiten und Risiken zu einer übergeordneten Bedeutung der Entscheidungsfunktionen gegenüber der bloßen Ausübung der Tätigkeiten;<sup>1914</sup> diese Entscheidungsfunktionen übt der „entrepreneur“ aus. Dieser „entrepreneur“ übernehme die Entscheidungsfunktionen und trage die wirtschaftlichen Konsequenzen dieser Entscheidungen, was es mit sich bringt, den ausführenden Personen ein festgelegtes Entgelt für ihre Tätigkeiten zu garantieren.<sup>1915</sup> Mit dieser Risikostruktur gehe einher, dass der „entrepreneur“ die ausgeübten Tätigkeiten kontrollieren wird.<sup>1916</sup> *Knight* beschreibt durch diese Interessen- und Funktionsverteilung aller-

---

<sup>1912</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 5: „With uncertainty entirely absent, every individual being in possession of perfect knowledge of the situation, *there would be no occasion for anything of the nature of responsible management or control of productive activity.* Even marketing operations in any realistic sense would not be found. The flow of raw materials and productive services through productive processes to the consumer would be entirely automatic.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1913</sup> *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 7.

<sup>1914</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 8: „When uncertainty is present and the task of deciding what to do and how to do it takes the ascendancy over that of execution...”

<sup>1915</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 10: „In addition, there must come into play the diversity among men in degree of confidence in their judgment and powers and in disposition to act on their opinions, to "venture." This fact is responsible for the most fundamental change of all in the form of organization, *the system under which the confident and venturesome "assume the risk" or "insure" the doubtful and timid by guaranteeing to the latter a specified income in return for an assignment of the actual results.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1916</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 11: „With human nature as we know it it would be impracticable or very unusual for one man to guarantee to another a definite result of the latter's actions without being given power to direct his work. And on the other hand the second party would not place himself under the direction of the first without such a guaranty.” A.A. *Coase*, The Nature of the Firm, *Economica*, 1937, 386, 401: „[I]t is possible to get a reward from better knowledge or judgment not by actively taking part in production but by making contracts with people who are produc-

dings vorrangig das Entstehen von Unternehmern und der Lohnarbeitern („enterprise and the wage system“), <sup>1917</sup> nicht das Entstehen von oder die (geographische) Wertschöpfung innerhalb von Unternehmensgruppen. Nur in Bezug auf die Verteilung von Risiken und Funktionen innerhalb eines Unternehmens zwischen dem Unternehmer und der Arbeitnehmerschaft, also für eine Marktkonstellation, formulierte *Knight* die Kategorisierung der Einkünfte des „entrepreneurs“ als Residuum.

„With the specialization of function goes also a differentiation of reward. The produce of society is similarly divided into *two kinds of income*, and two only, contractual income, which is essentially *rent*, as economic theory has described incomes, and residual income or *profit*. But the differentiation of contractual income, like that of profit, is never complete; neither variety is ever met with in a pure form, and every real income contains elements of both rent and profit. And with uncertainty present (the condition of the differentiation itself) it is not possible even to determine just how much of any income is of one kind and how much of the other; but a partial separation can be made, and the causal distinction between the two kinds is sharp and clear.<sup>1918</sup>”

Die zwei Kategorien von Einkünften in einer organisierten Unternehmung sind für *Knight* also das „contractual income“ sowie „residual income or profit“. Gemeinsam sei beiden Kategorien, dass sie sich letztlich auf eine Beurteilung der zukünftigen Entwicklungen beziehen, also auf die Auswirkungen von Unsicherheiten und Risiken.<sup>1919</sup> Die „entrepreneur“ Einkünfte sind für *Knight* ihrerseits wiederum zusammen-

---

ing. A merchant buying for future delivery represents an example of this. But this merely illustrates the point that it is quite possible to give a guaranteed reward providing that certain acts are performed without directing the performance of those acts. Professor Knight says that "with human nature as we know it, it would be impracticable or very unusual for one man to guarantee to another a definite result of the latter's actions without being given power to direct his work." This is surely incorrect. A large proportion of jobs are done to contract, that is, the contractor is guaranteed a certain sum providing he performs certain acts. But this does not involve any direction. It does mean, however, that the system of relative prices has been changed and that there will be a new arrangement of the factors of production.”

<sup>1917</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 12. „The essence of enterprise is the Specialization of the function of *responsible direction* of economic life, the neglected feature of which is the inseparability of these *two elements*, *responsibility* and *control*. Under the enterprise system, a Special social class, the business men, direct economic activity; they are in the strict sense the producers, while the great mass of the population merely furnish them with productive services, placing their persons and their property at the disposal of this class; the entrepreneurs *also* guarantee to those who furnish productive services a fixed remuneration.”

<sup>1918</sup> *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 13.

<sup>1919</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 17: „The laborer asks what he thinks the entrepreneur will be able to pay, and in any case will not accept less than he can get from some other entrepreneur, or by turning entrepreneur himself. In the same way the entrepreneur offers to any laborer what he thinks he must in order to secure his services, and in any case not more than he thinks the laborer will actually be worth to him, keeping in mind what he can get by turning laborer himself. The whole calculation is in the future; past and even present conditions operate only as grounds of prediction as to what may be anticipated.”

gesetzt aus einem „routine“ Anteil und einem variablen Anteil,<sup>1920</sup> aber letztlich nur als Residuum nach Abzug der Kosten für die Routinefunktionen erklärbar.<sup>1921</sup>

Ronald Coase formulierte die Transaktionskostentheorie 1937 in Auseinandersetzung mit diesem „entrepreneur“-Konzept *Knights*,<sup>1922</sup> das für Coase keine Erklärung für die Substitution des Preismechanismus lieferte.<sup>1923</sup> Ausgehend von *Sir Arthur Salter's* Beschreibung der Selbstregulierung des Marktgeschehens als automatischem, elastischem, bedarfsgesteuertem Anpassungsprozess zwischen Angebot und Nachfrage<sup>1924</sup> sowie der Rolle des Preismechanismus in diesem Koordinationsprozess beschrieb Coase das Wesensmerkmal der „firm“ als die Substitution des Preismechanismus

---

<sup>1920</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 22: „The character of the entrepreneur's income is evidently complex, and the relations of its component elements subtle. It contains an element which is ordinary contractual income, received on the ground of routine services performed by the entrepreneur personally for the business (wages) or earned by property which belongs to him (rent or capital return). And the differential element is again complex, for it is clear that there is an element of calculation and an element of luck in it. An adequate examination and analysis of this phenomenon requires time and careful thinking. The background of the problem should now be clear: the uncertainty of all life and conduct which call for the exercise of judgment in business, the economy of division of labor which compels men to work in groups and to delegate the function of control as other functions are specialized, the facts of human nature which make it necessary for one who directs the activities of others to assume responsibility for the results of the operations, and finally the competitive situation which pits the judgment of each entrepreneur against that of the extant business world in adjusting the contractual incomes which he must pay before he gets anything for himself.”

<sup>1921</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 26: „[A] further word as to the character of the process by which the entrepreneur's income is fixed. It may be distinguished from the contractual returns received for services not involving the exercise of judgment, and which are paid by the entrepreneur, by pointing out that the latter are *imputed*, while his own income is *residual*. That is, in a sense, the entrepreneur's income is not "determined" at all; it is "what is left" after the others are "determined." The competition of entrepreneurs bidding in the market for the productive services in existence in the society "fix" prices upon these; the entrepreneur's income is not fixed, but consists of whatever remains over after the fixed incomes are paid. Hence we must examine the entrepreneur's income indirectly, by inquiring into the forces which determine the fixed incomes, in relation to the whole product of an enterprise or of society.”

<sup>1922</sup> Vgl. insb. Coase, The Nature of the Firm, *Economica*, 1937, 386, 398 ff. sowie zuvor a.a.O. S. 390: „The question of uncertainty is one which is often considered to be very relevant to the study of the equilibrium of the firm. It seems improbable that a firm would emerge without the existence of uncertainty. But those, for instance, *Professor Knight*, who make the *mode of payment* the distinguishing mark of the firm -- fixed incomes being guaranteed to some of those engaged in production by a person who takes the residual, and fluctuating, income -- *would appear to be introducing a point which is irrelevant to the problem we are considering*. One entrepreneur may sell his services to another for a certain sum of money, while the payment to his employees may be mainly or wholly a share in profits. *The significant question would appear to be why the allocation of resources is not done directly by the price mechanism.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1923</sup> Vgl. Coase, The Nature of the Firm, *Economica*, 1937, 386, 401.

<sup>1924</sup> Vgl. *Salter*, zitiert bei Coase, The Nature of the Firm, *Economica*, 1937, 386, 387: „The normal economic system works itself. For its current operation *it is under no central control*, it needs no central survey. Over the whole range of human activity and human need, *supply is adjusted to demand, and production to consumption, by a process that is automatic, elastic and responsive.*” (Kursiv hinzugefügt)

durch den „entrepreneur-co-ordinator“ zur Senkung der Transaktionskosten.<sup>1925</sup> Während am Markt die Verteilung von Ressourcen („direction of resources“) an die verschiedenen Marktteilnehmer bzw. die Allokation von Produktionsfaktoren an verschiedene Nutzungsmöglichkeiten („allocation of factors of production bewtween different uses“) durch den Preismechanismus erfolgt,<sup>1926</sup> übernimmt innerhalb der „firm“ der „entrepreneur-co-ordinator“<sup>1927</sup> die Kontrolle über die Verteilung der Ressourcen bzw. Produktionsfaktoren. *Coase* fragte sich, warum dieses Phänomen in der wirtschaftlichen Realität tatsächlich zu beobachten ist.

„Outside the firm, price movements direct production, which is coordinated through a series of exchange transactions on the market. Within a firm, these market transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur-co-ordinator, who directs production. It is clear that these are alternative methods of co-ordinating production. Yet, having regard to the fact that if production could be carried on without any organization at all, well might we ask, *why* is there any organization?“<sup>1928</sup>

*Coase* erkannte den wirtschaftlich rationalen Grund für die Substitution des Preismechanismus in den höheren Transaktionskosten, die der Marktpreismechanismus – verglichen mit den Koordinationskosten und -ineffizienzen – auslösen würde. Der Preismechanismus basiert auf zivilrechtlichen Verträge, welche mit Implementationskosten und Unsicherheiten verbunden sind, insbesondere da Verträge am Markt vollständig und langfristig sachgerecht sein müssen.

„The main reason *why it is profitable to establish a firm* would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of “organizing” production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce ex-changes, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not

---

<sup>1925</sup> Die faktische Beobachtung der Koordination von Ressourcen durch einen „entrepreneur“ findet sich zuvor schon u.a. bei *Marshall, Clark, Knight* und *Robertson*. *Coase* fragte indes, *warum* diese Substitution erforderlich ist, vgl. *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 388.

<sup>1926</sup> Vgl. *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 387. Daher kann man Markt den Preis für eine Leistung als den Nutzungswert der zugrundeliegenden „Ressource“ *in einer alternativen Verwendung beschreiben*. Diese Idee spiegelt sich wohl in dem von der OECD verwendeten ORA-Konzept wieder, d.h. die Frage nach den „options realistically available“.

<sup>1927</sup> Vgl. *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 388. S.a. a.a.O. Fn. 2: „In the rest of this paper I shall use the term entrepreneur to refer to the person or persons who, in a competitive system, take the place of the price mechanism in the direction of resources.“

<sup>1928</sup> Vgl. *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 388. (Kursiv hinzugefügt)

have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one. At this stage, it is important to note the character of the contract into which a factor enters that is employed within a firm. The contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of an entrepreneur within certain limits. The essence of the contract is that it should only state the limits to the powers of the entrepreneur; within these limits, he can therefore direct the other factors of production.

There are, however, other disadvantages --or costs-- of using the price mechanism. It may be desired to make a long-term contract for the supply of some article or service. This may be due to the fact that if one contract is made for a longer period, instead of several shorter ones, then certain costs of making each contract will be avoided. Or, owing to the risk attitude of the people concerned, they may prefer to make a long rather than a short-term contract. Now, owing to the difficulty of forecasting, the longer the period of the contract is for the supply of the commodity or service, the less possible, and indeed, the less desirable it is for the person purchasing to specify what the other contracting party is expected to do. It may well be a matter of indifference to the person supplying the service or commodity which of several courses of action is taken, but not to the purchaser of that service or commodity. But the purchaser will not know which of these several courses he will want the supplier to take. *Therefore, the service which is being provided is expressed in general terms, the exact details being left until a later date.* All that is stated in the contract is the limits to what the persons supplying the commodity or service is expected to do. The details of what the supplier is expected to do is not stated in the contract but is decided later by the purchaser. *When the direction of resources (within the limits of the contract) becomes dependent on the buyer in this way, that relationship which I term a "firm" may be obtained. A firm is likely therefore to emerge in those cases where a very short-term contract would be unsatisfactory. It is obviously of more importance in the case of services --labor-- than it is in the case of the buying of commodities.* In the case of commodities, the main items can be stated in advance and the details which will be decided later will be of minor significance.

We may sum up this section of the argument by saying that *the operation of a market costs something and by forming an organization and allowing some authority (an "entrepreneur") to direct the resources, certain marketing costs are saved. The entrepreneur has to carry out his function at less cost, taking into account the fact that he may get factors of production at a lower price than the market transactions which he supersedes, because it is always possible to revert to the open market if he fails to do this.*<sup>1929,</sup>

Werden Transaktionen also innerhalb einer „firm“ organisiert und nicht auf den Markt für Leistungen zurückgegriffen, liegt darin eine bewusste Entscheidung für die Internalisierung der Transaktion, um die ökonomischen Vorteile gegenüber dem Preismechanismus des Marktes zu realisieren. Die Substitution des Preismechanismus ist da-

---

<sup>1929</sup> Vgl. Coase, The Nature of the Firm, *Economica*, 1937, 386, 390 f. (Kursiv hinzugefügt)

her nur solange wirtschaftlich rational bis die Koordinationskosten des „entrepreneurs“ so hoch sind wie die Senkung der Transaktionskosten durch die Internalisierung.<sup>1930</sup> Infolge der Kosten-Nutzen-Relation entsteht ein „moving equilibrium“<sup>1931</sup>, das der „entrepreneur co-ordinator“ auf der Suche nach der profitabelsten Organisationsform abtaste.<sup>1932</sup> Die Gewinne, die der „entrepreneur“ durch die Senkung der Transaktionskosten erzielt, sind das „marginal product of the entrepreneur“<sup>1933</sup>.

Diese grundlegende Transaktionskostentheorie wurde in zwei für die Analyse des Verrechnungspreissystems für immaterielle Werte relevanten Schritten weiterentwickelt,<sup>1934</sup> zunächst 1975 durch den „organisational failures approach“ von *Oliver Wil-*

---

<sup>1930</sup> Vgl. *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 395.

<sup>1931</sup> *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 394 f.: „[A]s a firm gets larger, there may be decreasing returns to the entrepreneur function, that is, the costs of organizing additional transactions within the firm may rise. Naturally, a point must be reached where the costs of organizing an extra transaction within the firm are equal to the costs involved in carrying out the transaction in the open market, or; to the costs of organizing by another entrepreneur. Secondly, it may be that as the transactions which are organized increase, the entrepreneur fails to place the factors of production in the uses where their value is greatest, that is, fails to make the best use of the factors of production. Again, a point must be reached where the loss through the waste of resources is equal to the marketing costs of the exchange transaction in the open market or to the loss if the transaction was organized by another entrepreneur. Finally, the supply price of one or more of the factors of production may rise, because the "other advantages" of a small firm are greater than those of a large firm. Of course, the actual point where the expansion of the firm ceases might be determined by a combination of the factors mentioned above. The first two reasons given most probably correspond to the economists' phrase of "diminishing returns to management."

<sup>1932</sup> Vgl. *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 395, 404 f.: „When we are considering how large a firm will be the principle of marginalism works smoothly. The question always is, will it pay to bring an extra exchange transaction under the organizing authority? At the margin, the costs of organizing within the firm will be equal either to the costs of organizing in another firm or to the costs involved in leaving the transaction to be "organized" by the price mechanism. Business men will be constantly experimenting, controlling more or less, and in this way, equilibrium will be maintained.”

<sup>1933</sup> *Coase*, *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937, 386, 405.

<sup>1934</sup> Neben diesen Fortentwicklungen wurde die Transaktionskostentheorie, insbesondere in Bezug auf die „incomplete contracts“, auf die Wertschöpfung durch immaterielle Werte übertragen. So beschreibt *Baruch Lev* die „Nichthandelbarkeit“ von immateriellen Werten als Folge der Transaktionskosten. Vgl. *Lev*, *Intangibles: Management, Measurement, and Reporting*, 2001, S. 44: „The ability to clearly specify actions and sharing of outcomes between the parties to a trade is an essential prerequisite of active markets. For example, the high-volume market in mortgage-backed securities (bundles of individual mortgages) is mainly due to the clearly defined property rights (ownership) of mortgages (who assumes the default and prepayment risks) and the ability to specify in advance how the benefits— streams of interest and principal payments— are to be shared among investors (some receive the interest, others the principal). *In contrast, it is difficult to conceive similar contracts in bundles of corporate R&D projects, given the considerable difficulties (and cost) of specifying outcomes as well as in allocating in advance investors' rights and responsibilities.* Suppose, for example, that a specific pharmaceutical research idea developed by Merck is included in an R&D bundle sold to investors. Suppose further that the research project is subcontracted by investors to Merck for development and that the project subsequently fails clinical testing, resulting in terminated development. Nevertheless, the experience and knowledge gained by Merck in the development process of this drug will most probably benefit future developments at Merck or other drug companies. Who then owns these benefits? The investors in the R&D bundle? Or Merck? *Clearly, writing a complete contract that specifies all eventualities (states of the world, in the economic jargon) and the associated rights and responsibilities of the parties involved would be prohibitively expensive.*<sup>1934</sup>” (Kursiv hinzugefügt)

liamson. Williamson beschrieb die Substitution des Marktes durch vertikal integrierte Organisationsstrukturen mit einem strukturellen Marktversagen. Dieses Marktversagen beruht auf den Kosten, die mit einer Markttransaktion verbunden sind, wenn eine Partei alle Grundlagen der Transaktion der anderen Transaktionspartei offenlegen müsste. Diese „information impactedness“ der Transaktion könne insbesondere bei Technologietransaktionen auftreten, wenn eine Partei nicht die technischen Details offenlegen kann, ohne den Wert der Technologie zu gefährden, während die andere Partei nicht ohne belastbare Bewertung der Technologie in die Transaktion eintreten wird. Infolgedessen wird sich zur optimalen Nutzung der Technologie eine vertikal integrierte Organisation bilden, die dieses Marktversagen ausgleicht und den Markt substituiert.<sup>1935</sup> Der „marginal return of the entrepreneur“ entsteht demnach zwar durch die Internalisierung der Geschäftsbeziehung zur Nutzung von immateriellen Werten, ist aber nicht ausschließlich eine Folge des (wirtschaftlichen) Eigentums des „entrepreneurs“ an den immateriellen Werten; zwar ist das (wirtschaftliche) Eigentum der „firm“ an einem immateriellen Werte eine notwendige Voraussetzung der Internalisierung, dennoch kann der entstehende Residualgewinn nicht allein an den Eigentümer allokiert werden, da durch die Internalisierung Risiken begrenzt wurden, die das Eigentum am Markt unter fremden Dritten mit sich bringen würde.<sup>1936</sup>

Die zweite relevante Ergänzung der Transaktionskostentheorie für die Entwicklung und Nutzung immaterieller Werte erfolgte durch die „capabilities theory of the firm“ von David Teece.<sup>1937</sup> Teece untersuchte die operativen Fähigkeiten, die zur Wertschöpfung durch immaterielle Werte erforderlich sind und erkannte in der effizienten Ausübung spezifischer Funktionen einen entscheidenden Grund für die Internalisierung solcher Geschäftsbeziehungen.<sup>1938</sup> Oftmals werden immaterielle Werte nicht aus sich selbst heraus Gewinne generieren können, sondern nur durch die Kombination mit anderen, komplementäre (immateriellen) Wirtschaftsgütern.<sup>1939</sup> Da die Wertschöpfung durch immaterielle Werte somit entscheidend von der erfolgreichen Kombination mit anderen (immateriellen) Wirtschaftsgütern abhängt, sei die operative Kontrolle

---

<sup>1935</sup> Vgl. die Darstellung bei Langbein, Unitary Method and the Myth of Arm's Length, S. 667 f.

<sup>1936</sup> Vgl. Langbein, Unitary Method and the Myth of Arm's Length, S. 669.

<sup>1937</sup> Vgl. Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in: Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 217 ff.

<sup>1938</sup> Vgl. Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 217 ff.

<sup>1939</sup> Vgl. Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 222 f.

über den Kombinationsprozess eine Schlüsselkompetenz der Wertschöpfung durch immaterielle Werte. Für eine Systematisierung der Wertschöpfung unterscheidet Teece daher „ordinary capabilities“ und „dynamic capabilities“ der Unternehmensleitung. „Ordinary capabilities“ seien die „basic business functions“, meistens in der Form der Verwaltung von laufenden Prozessen oder anderen Hilfsfunktionen, für sie gebe es oft sogar einen Markt.<sup>1940</sup> Die „dynamic capabilities“ eines Unternehmens dagegen seien die maßgeblichen Wettbewerbs- und Wertschöpfungsfaktoren. Sie basieren auf der Fähigkeit, die Ressourcen des Unternehmens zu „orchestrieren“, auf einer fortschrittsorientierten Unternehmenskultur sowie auf einer weitsichtigen Einschätzung des Marktumfeldes, technologischer Möglichkeiten und der zu verfolgenden Unternehmensstrategie.<sup>1941</sup> Diese „dynamic capabilities“ seien vorrangig die subjektiven Fähigkeiten des Führungspersonals der Unternehmensgruppe, daneben aber auch über die gesamte Unternehmensorganisation verteilt.<sup>1942</sup>

Auf dieser Grundlage entwickelt Teece eine Erweiterung der Transaktionskostentheorie, die er als „capabilities-based theory of the firm“ bezeichnet.<sup>1943</sup> Die Transaktionskostentheorie basiere auf einer Problemanalyse, die die Nachteile der Aneignbarkeit des Wertes von immateriellen Wirtschaftsgütern allein durch das Risiko opportunistischen Verhaltens eines hypothetischen Transaktionspartners am Markt beschreibe. Infolge dieser Problembeschreibung begründe die Transaktionskostentheorie die Internalisierung der Transaktionen allein mit der Risikominderung. Die von Teece als erfolgsentscheidenden Faktoren der Wertschöpfung identifizierten „dynamic capabilities“ des Personals berücksichtige die Transaktionskostentheorie dagegen nicht, um die Entscheidung für die Substitution des Preismechanismus zu erklären. Indes sei die Marktsubstitution nicht nur eine Folge der Risikostruktur, sondern auch die Schöpfung eines gruppeninternen Koordinationssystems zur Erschaffung der am Markt nicht an-

---

<sup>1940</sup> Vgl. Teece, *Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms*, in *Intangibles, Market Failure and Innovation Performance*, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 226.

<sup>1941</sup> Vgl. Teece, *Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms*, in *Intangibles, Market Failure and Innovation Performance*, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 227.

<sup>1942</sup> Vgl. Teece, *Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms*, in *Intangibles, Market Failure and Innovation Performance*, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 228.

<sup>1943</sup> Vgl. Teece, *Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms*, in *Intangibles, Market Failure and Innovation Performance*, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 229.

gebotenen Komplementärfunktionen, die die erfolgreiche Wertschöpfung durch immaterielle Werte erfordere.<sup>1944</sup>

„There are many circumstances where internal organization is clearly a superior way to *organize and orchestrate the innovative activity essential to the renewal of firm resources*. The most important (and also the most under-researched) domain within which organization inside the firm is likely to be necessary is the creation, transfer, protection, and orchestration of know-how and other intangibles of multiple, complementary types and/or from multiple disciplines. Building and assembling co-specialized intangibles inside the firm (rather than accessing them through a skein of contracts) is not done primarily to guard against opportunism and recontracting hazards. While those considerations matter, effective coordination and alignment of the assets is the critical point, and would be virtually impossible to achieve through the price system. The market failure in this type of case is more fundamental than the mere presence of “transaction costs that can be attenuated” by unitary ownership. In a dynamic capabilities perspective, the entrepreneurial manager must be free to orchestrate highly co-specialized assets. When performed astutely and proactively, such orchestration can: (1) keep the assets in value-creating alignment, (2) identify new co-specialized assets to be developed through the investment process, (3) pursue new market opportunities to which the assets, combined or separated, are suited, and (4) divest assets that no longer yield special value. These goals cannot be readily achieved through contracting mechanisms in part because of dynamic transaction costs but also because there may not be a competent entity to build the assets that are needed. There is limited utility in labeling these business issues as a transactions cost problem.<sup>1945</sup> [...]

In the theory advanced here, management’s task is not just to overcome “failures” in the market for intangibles when structuring the firm; it must also build and leverage distinctive intangible resources, especially signature processes and signature business models, and then combine and orchestrate assets internally and externally, guided by a prescient strategy. Organizations must be designed for the flexibility to undertake periodic renewal and transformation. In other words, the growth and survival of the enterprise is not just about working around market failures; *it’s also about creating and implementing [valuable, rare, inimitable, and non-substitutable; i.e. “VRIN”] resources and managing complementarities to enable excellence in meeting (and sometimes even modifying) market demand in ways that are hard for competitors to imitate*. In the semi-globalized world economy, intangible assets are more apt than most physical assets to be VRIN. An organization that can bring good strategy and strong dynamic capabilities to intangible assets is likely to have durable competitive advantage.<sup>1946</sup>

Neben diesen all Gründen für die Substitution des Preismechanismus durch Internalisierung wirken sich immaterielle Werte insbesondere auch bei der unternehmerischen

---

<sup>1944</sup> Vgl. Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 230.

<sup>1945</sup> Vgl. Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 231 f.

<sup>1946</sup> Teece, Intangible Assets and a Theory of Heterogeneous Firms, in Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Bounfour/Miyagawa (Hrsg.), 2015, S. 236 ff.

Entscheidung für den grenzüberschreitenden Kapitalexport durch FDI aus, indem sie nach Dunning's „eclectic paradigm“ FDI erst gewinnbringend ermöglichen.<sup>1947</sup>

### 3. Schlussfolgerungen für eine realitätsgerechte Rahmensetzung

Die hiermit grob skizzierte Entwicklung der Organisationstheorien um die Transaktionskostentheorie von *Coase* herum<sup>1948</sup> lässt einige Schlussfolgerungen auf ein realitätsgerechtes Verrechnungspreissystem für immaterielle Werte zu. Die Gewinntheorie *Knight's* erklärt das Entstehen unterschiedlicher Einkünfteklassen mit der Risikobereitschaft des „entrepreneurs“. In einem von Unsicherheiten und Risiken geprägten Wettbewerbsumfeld gibt es Marktteilnehmer, die risikobereiter sind als andere. Diese garantieren den „doubtful and timid“<sup>1949</sup> ein festes Einkommen, wohingegen ihnen das „residual income“<sup>1950</sup> verbleibt. Das Risiko, wie sich bestehenden Unsicherheiten auswirken werden und ob also ein positives Residuum verbleibt, ändere den Charakter der Tätigkeiten und erhebt die Entscheidungen, für was und wie das Unternehmen seine Ressourcen einsetzt zur wichtigsten Funktion.<sup>1951</sup> *Knight* erklärt dabei im Kern indes nur das Wesen der Einkünfte der Arbeitgeber und Arbeitnehmer – sowie an anderer Stelle von Management und Anteilseignern<sup>1952</sup> – aber nicht die interne Ressourcenallokation oder geographische Organisation des Unternehmens bzw. des Wertschöpfungsprozesses. *Knight* erklärt auch nicht die Substitution des Preismechanismus, sondern ausschließlich die „two kinds of income“<sup>1953</sup>, die am Markt unter Geltung des Preismechanismusses beobachtet werden. In Bezug auf Verrechnungspreise kann man aus der Sichtweise auf Gewinne als Folge von Unsicherheiten und Risiken den Schluss ziehen, dass der Residualgewinn letztlich eine Folge der Risikotragung durch die „firm“ ist; offen bleibt allerdings, (i) wie innerhalb der „firm“ die Risiken geographisch verteilt werden müssen, (ii) worin die Risiken im Einzelnen bestehen bzw. sich ausdrücken und (iii) wie das Verhältnis zwischen vermögensmäßiger Risikotragung und den wichtigen Entscheidungsfunktionen ist, die *Knight* als „zusammengehörig“ beschrieb. Während *Knight* die geographische Verteilung nicht untersuchte,

---

<sup>1947</sup> Vgl. ausf. Kpitel I, Abschnitt I, A.Einleitung.

<sup>1948</sup> Vgl. ausf. Williamson/Winter (Hrsg.), *The Nature of the Firm*, Oxford, 1991.

<sup>1949</sup> *Knight*, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Chapter IX, Tz. 10.

<sup>1950</sup> *Knight*, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Chapter IX, Tz. 13.

<sup>1951</sup> Vgl. *Knight*, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Chapter IX, Tz. 8: „With uncertainty present, doing things, the actual execution of activity, becomes in a real sense a secondary part of life; the primary problem or function is deciding what to do and how to do it.“

<sup>1952</sup> Vgl. *Knight*, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Chapter X: The Salaried Manager.

<sup>1953</sup> *Knight*, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Chapter IX, Tz. 13.

lässt sich das Risiko des „entrepreneurs“ zum einen in der vertraglichen Garantie fester Einkommen für die „doubtful and timid“ erkennen, zum anderen in dem Risiko der Vorhersage zukünftiger Absatzchancen („forecasting the consumers' wants<sup>1954c</sup>). Gerade letzteres zeigt, das für *Knight* das Risiko in der erforderlichen Disposition über die verfügbaren Ressourcen bestand, also durch die „wichtigen“ Entscheidungen erst Gestalt annimmt und in der Folge in den Dispositionen verkörpert ist; die Gewinnchancen der Entscheidungen sind m.a.W. in der „asset specificity“ der Dispositionen abgebildet. Sowohl die vertraglichen Garantien als auch die in den Gütern gebundenen Dispositionen sind die Risiken des „entrepreneurs“ und diese Risikotragung ist Ausdruck der Entscheidungen des „entrepreneurs“. Diese von *Knight* identifizierte Dialektik der „routine“ und „entrepreneur“ Einkünfte besteht indes am (Arbeits-) Markt.

Die Substitution des Markts, d.h. des Preismechanismus, erklärte *Coase* mit der Senkung der Transaktionskosten („substitution at the margin“). Nach *Williamson* führt insbesondere die Risikostruktur immaterieller Werte („technology“) zur Internalisierung.<sup>1955</sup> *Williamson* bringt somit *Knight* und *Coase* in gewisser Weise zusammen, indem er die Risiken von Markttransaktionen als „Kosten“ im Sinne der Transaktionskostentheorie erkannte. Die hohen Entwicklungsrisiken immaterieller Werte durch die Unsicherheit des Erfolgs der Entwicklung und der Absatzmöglichkeiten und die Transaktionskosten potentieller Markttransaktionen mit immateriellen Werten, bedingen die Internalisierung und führt dadurch (i) zum Entstehen des „marginal return of the entrepreneur“, der als „residual income“ verstanden werden kann, und (ii) zum Fehlen von Fremdvergleichswerten. Die Risikostruktur immaterieller Werte ist Teil der Risiken des „entrepreneurs“ am Markt und ihre Minderung durch Internalisierung erhöht daher das „residual income“ des „entrepreneurs“.

Die besondere Bedeutung der Entscheidungsfunktionen des „entrepreneurs“, die *Knight* seiner Gewinntheorie zugrundelegte, wurde bereits im Carroll Report für die Allokation des Residualgewinns an die Spitzeneinheit<sup>1956</sup> sowie von *Teece* in Erweiterung der Transaktionskostentheorie durch den „capabilities-based approach“ aufgegriffen und auf die Wertschöpfung durch immaterielle Werte übertragen. Diese Betonung der operativen Steuerung der erfolgsentscheidenden Faktoren moderner Gewinn-

---

<sup>1954</sup> *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 7.

<sup>1955</sup> Vgl. *Langbein*, The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 625, 666 f.

<sup>1956</sup> Vgl. Carroll Report, Chapter XII, S. 192.

erzielung bringt eine Gesamtsicht auf den Wertschöpfungsprozess, der nicht vorrangig durch vertragliche Formalisierungen, sondern durch die tatsächlich ausgeübten operativen Personalfunktionen sein tatsächliches wirtschaftliches Gepräge erhält.

Gemeinsam ist den Ansätzen somit, dass sie die „firm“ als einheitliche Form der Wertschöpfung ansehen, die sich insgesamt als Risikoträgerin und Koordinationsorganismus vom Marktgeschehen abgrenzt. Während *Langbein* die Transaktionskostentheorie zunächst bemühte, um das tatsächliche Fehlen von Fremdvergleichswerten und das Entstehen des „continuum price problems“<sup>1957</sup> – d.h. die unzureichenden Gewinnallokation durch die Standardmethoden – theoretisch zu erklären, bemühte *Vann* später die Transaktionskostentheorie in einem nächsten Schritt zur positiven, geographischen Allokation der Gewinne der „firm“ innerhalb des transaktionsbasierten Systems, insbesondere durch die Ausweitung der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode unter Berücksichtigung der Wertschöpfungscharakteristika der „firm“.<sup>1958</sup> Diese Tendenz der Zusammenführung des Verrechnungspreissystems und der internationalen Gewinnallokation sollte für immaterielle Werte konsequent fortgesetzt werden, indem

- (i) die Einheitlichkeit der Wertschöpfung der „firm“ in Substitution des Marktes und damit – wie *Coase* belegte – auch des Vertragsmechanismus,
- (ii) die Dialektik „routine“ und „entrepreneur“ Funktionen/Gewinne und
- (iii) die Zentralität von strategischen Personalfunktionen

in der Risiko- und Funktionsanalyse konsequent berücksichtigt werden, um den tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Geschäftsbeziehungen durch eine realitätsgerechte Zuordnung der Wertschöpfungsfaktoren bei der Analyse der Transaktionsstruktur – nicht erst bei der Verrechnungspreismethodenwahl – zutreffend abzubilden.

Diese wirtschaftstheoretische Rahmensetzung legt die These nahe, ob und in welchem Umfang der „Step 1“ des Authorised OECD Approach (AOA) eine sachgerechte Darstellung der ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken in Tochtergesellschaftskonstellationen ergeben kann oder inwiefern die eigenständige Inkorporation, vertragliche Abreden und rechtlichen Positionen von Toch-

---

<sup>1957</sup> *Langbein*, The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, 654: „The „continuum price problem“ is generated when the aggregate returns on a „remuneration of services“ basis are less than the actual combined return to the integrated group.“

<sup>1958</sup> Zum Konzept *Richard Vann's* ausf. oben, Kapitel III, Abschnitt I, C.III.

tergesellschaften aus der internen Sicht der Unternehmensgruppe tatsächliche wirtschaftliche Auswirkungen auf den Wertschöpfungsprozess haben und daher in der geographischen Gewinnallokation Berücksichtigung finden müssen.<sup>1959</sup> Diese neue Working Hypothesis entspricht sowohl Tendenzen in der Literatur, eine Zusammenführung von Elementen der Formularaufteilung und dem Fremdvergleichsgrundsatz zu fordern als auch der Tendenz der OECD Working Party No. 6 seit der Formulierung des AOA; erst die Intervention der USA im BEPS-Prozess bremste diese Tendenz.

## **II. Die Anerkennung von Tochtergesellschaften versus Behandlung als Betriebsstätten im System der Gewinnallokation**

Die Berücksichtigung der tatsächlichen internen Wertschöpfung in Bezug auf die vier zentralen Stellschrauben der materiellen Konzeptionierung des Verrechnungspreissystems für immaterielle Werte führt zunächst zu der Frage, ob Tochtergesellschaften für die internationale Gewinnallokation Anerkennung finden sollten oder ob sie nicht vielmehr „nur“ als Betriebsstätten der Spitzeneinheit anzusehen sind. Das OECD-MA schließt dies nicht kategorisch aus, aber gemäß Art. 5 Abs.7 OECD-MA 2014 soll die Kontrolle über eine Tochtergesellschaft für sich genommen nicht („not in itself“) ausreichen, um die kontrollierte Gesellschaft als „Betriebsstätte“ anzusehen.

Die Entscheidung, ob Tochtergesellschaften bloße Betriebsstätten darstellen hat seine eigene, kontroverse Geschichte. Die League of Nations hatte zunächst – in Anlehnung an die deutsche „Filialtheorie“ – zu einer solchen Sichtweise geneigt, aber in Reaktion auf das DBA Polen-Ungarn von 1928, das eine formelhafte Aufteilung der unternehmerischen Gewinne zwischen allen „establishments“, einschließlich der Tochtergesellschaften, verpflichtend vorsah, die Anerkennung der Tochtergesellschaften im Gesamtkontext einer engen Quellenbesteuerung durchgesetzt.<sup>1960</sup> Die U.S. Delegation unter der Leitung von *Thomas Adams* setzte sich damit gegen Widerstand anderer Delegierte, insbesondere gegen *Herbert Dorn*, der die Gefahr der Steuervermeidung durch diesen Ausschluss erkannte, durch.<sup>1961</sup> Diesem Steuervermeidungsproblem soll-

---

<sup>1959</sup> Vgl. a. Begründung des Finanzausschusses des BT zu § 1 Abs. 3 S. 11 AStG: „Anpassungsregeln [...] stellen eine *betriebswirtschaftliche zutreffende und damit* dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechende Besteuerung sicher.“ Wiedergegeben in Schaumburg/Rödter (Hrsg.) *Unternehmensteuerreform 2008*, S. 301.

<sup>1960</sup> Vgl. *Wittendorff*, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, S. 88.

<sup>1961</sup> Vgl. ausf. *Wells/Lowell*, *Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin*, *Tax Law Review*, 2012, 535, 555 ff. Dort auch eine Wiedergabe der ersten Fassung des Ausschlusses der League of Nations, der bereits ähnlich Art. 5 Abs. 7 OECD-MA lautete: „The fact that an

te der Carroll Report abhelfen. In Anschluss an *Adams* war die Qualifikation einer Tochtergesellschaft als Betriebsstätte für Mitchell Carroll – Adams‘ langjährigem Assistenten – ein unzulässiger Versuch von Quellenstaaten „to reach out to the mother’s profits“<sup>1962</sup>. Auch daher favorisierte der Carroll Report die Gewinnaufteilung entlang des „separate accounting“ und erlaubte nur nachrangig die Anwendung von Gewinnmethoden.<sup>1963</sup> Der Vorrang des Fremdvergleichsgrundsatzes als Gewinnallokationsmethode stand damit auch in einem inneren Zusammenhang mit dem Schutz der kapitalexportierenden Gesellschaften vor einer „extensiven“ Quellenbesteuerung durch die Behandlung der Tochtergesellschaften als Betriebsstätten und im Kontext der auf steuergünstigen Kapitalexpert gerichteten U.S. Außenhandelspolitik.<sup>1964</sup>

Vor diesem Hintergrund wird nun teilweise argumentiert, Art. 5 Abs. 7 OECD-MA sollte in einem auf die Durchsetzung einer internationalen Gewinnbesteuerung am Ort der Wertschöpfung unter Berücksichtigung der Ergebnisse der „theory of the firm“ und der internen Wertschöpfungsprozesse extensiver ausgelegt werden und bei der Einbringung von Tochtergesellschaften in eine globale Wertschöpfungskette unter einheitlicher Kontrolle und gemeinsamer Risikotragung als Betriebsstätte angesehen werden können; die Tochtergesellschaft sei dann nicht „nur“ („not in itself“) durch die gesellschaftsrechtliche Kontrolle, sondern infolge der wirtschaftlichen Einbindung in eine Gesamtwertschöpfung wie eine Betriebsstätte zu behandeln.<sup>1965</sup> Diese Forderung entspricht u.a. den kontroversen Bestrebungen der Finanzverwaltung der Republik

---

undertaking has business dealings with a foreign country through a local company, the stock of which it owns in whole or in part, should not be held to mean that the undertaking in question has a permanent establishment in that country.”

<sup>1962</sup> Carroll Report, Chapter VI, S. 109 f.

<sup>1963</sup> Zum Carroll Report ausf. oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.2.

<sup>1964</sup> Vgl. m.w.N. *Wells/Lowell*, Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, 2012, 535, 560: „Carroll would later say that *“the advocates of the method of separate accounting as the basic method for allocating taxable income have won a decided victory in the international sphere over the supporters of fractional apportionment”* and that fractional apportionment *“had been relegated to the place of a last-resort measure in the international sphere.”* In applying such an arm’s length method, Carroll consistently looked to transactional methods or one-sided TP methods in his writing and sought to look at profit split (a two-sided TP method) as a “rarely used” last resort method if no other transactional comparable could be found. The international paradigm that would frame subsequent discussions between developed and developing nations would contain three elements: (1) insulation of the foreign parent from net basis taxation in the source country because business profits would be taxed only if it had a PE in the source country, excluding independent agents and subsidiaries; (2) in allocating business profits to the local subsidiary, the arm’s length standard was to be judged on a separate entity basis, and the subsidiary would be entitled only to the profits that it would receive as an independent, stand-alone subsidiary and not residual profits arising from the synergy value of the combined group; and (3) the elimination of source-based withholding on royalties.”

<sup>1965</sup> Vgl. *Tavares*, Multinational Firm Theory and International Tax Law: Seeking Coherence, World Tax Journal, 2016, 243, 265 ff. S.a. *Herzfeld*, Should Separate Entities Be Respected?, Tax Notes, News Analysis, 19.10.2015, DOC 2015-22805.

Indien und anderer nettokapitalimportierenden Staaten.<sup>1966</sup> Eine Qualifikation von Tochtergesellschaften als Betriebsstätten führt im gegenwärtigen System zu einer direkten Anwendung des AOA, also zu einer vollständigen Aberkennung der vertraglichen Abreden. Die vollständige Aberkennung jeder Bedeutung vertraglicher Abreden und rechtlicher Position ist indes regelmäßig überzogen. Sachgerecht ist indes die Frage, inwieweit vertragliche Abreden tatsächliche wirtschaftliche Konsequenzen für die interne Gesamtwertschöpfung haben oder reine „Formalisierungen“ darstellen.<sup>1967</sup>

### **III. Die „Geschäftsbeziehung“ als Gegenstand der Verrechnungspreisermittlung – und das ungelöste Problem der gruppeninternen Kapitalallokation**

Eine an der tatsächlichen Wertschöpfung ausgerichtete Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten bezieht sich auf die einzelne „Geschäftsbeziehung“. Unter den OECD-Leitlinien 1995/2010 wurde der Begriff der Geschäftsbeziehung aus dem engen Verständnis des „separate entity approach“ deduziert und daher durch vertragliche Abreden als „starting point“ geprägt. Der Ansatz der OECD Working Party No. 6 war es, die vertraglichen Abreden unter strenge Substanzanforderungen zu stellen und durch die Figur des „actual conduct of the parties“ eine Maßgeblichkeit von Personalfunktionen zu erwägen, was indes durch den Final BEPS Report wieder stark zurückgedrängt wurde. Ein zu enges – in den Worten Vanns „transaktionelles“ – Verständnis des Begriffs der „Geschäftsbeziehung“ war vor der BEPS-Initiative ein wichtiger Bestandteil von Gestaltungen zur Trennung von wirtschaftlicher Tätigkeit und steuerlichem Gewinnausweis, auch indem Gesellschaften auf gesellschaftsrechtlichem Weg mit Kapital ausgestattet wurden („Cashboxes“) und in der Folge als vertragliche, transaktionale „Auftraggeber“ der Entwicklung von immateriellen Werten eingesetzt wurden. Die OECD hatte daher gruppeninterne Kapitalallokation als Problem identifiziert, aber letztlich nicht in der BEPS-Initiative adressiert.

---

<sup>1966</sup> Vgl. ausf. *Thakrar/Bhuta*, *Subsidiary as Permanent Establishment*, *International Taxation – A Compendium*, 2013, abrufbar unter <http://bhutaco.com/Image/26-Subsidiary.pdf>.

<sup>1967</sup> Vgl. u.a. *India Country Practice*, UN-Leitlinien 2013, Tz. 10.4.4.4.: „The Indian transfer pricing administration does not agree with the notion that risk can be controlled remotely by the parent company and that the Indian subsidiaries or related party engaged in core functions, such as carrying out research and development activities or providing services are risk free entities. India believes that core function of R&D or services are located in India which in turn require important strategic decisions by management and employees of Indian subsidiaries or related party in terms of design, the direction of R&D activities or providing services and monitoring of R&D activities etc. Accordingly, the Indian subsidiary exercises control over the operational and other risks. In these circumstances, the ability of the parent company to exercise control over the risk — remotely and from a place where core functions of R&D and services are not located — is very limited. In these circumstances, allocation of risk to the parent MNE is not only questionable but is devoid of logical conclusion.“

Der Weg der OECD Working Party No. 6 war es also nicht (i) eine Umqualifikation von Kapitaleinbringungen in Fremdkapital zu erwägen oder (ii) die Eigenkapitalallokation, etwa durch eine Übertragung des „Step 1“ des AOA auf Tochtergesellschaften, anzugreifen, sondern die Bedeutung der vertraglichen Kostentragung bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums in der Funktionsanalyse zu senken und dadurch die „transaktionelle“ Sichtweise auf die „Geschäftsbeziehung“ zu lockern. Dieser Weg ermöglicht durchaus eine der tatsächlichen internen Wertschöpfung entsprechende Zuweisung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke und der Risiken der Unternehmensgruppe, wenn die Risiko- und Funktionsanalyse konsequent an der internen Wertschöpfung ausgerichtet ist.

#### **IV. Die Risiko- und Funktionsanalyse unter der neuen Working Hypothesis**

Ein transaktionsbasiertes System, das auf die Erfassung der tatsächlichen Wertschöpfung gerichtet ist, geht für die Risiko- und Funktionsanalyse der konkreten Geschäftsbeziehung nicht von den vertraglichen Abreden als „starting point“ aus, sondern im Ansatz von der Einheitlichkeit des Gesamtwertschöpfungsprozesses, die zwischen verbundenen Unternehmen in Substitution des Vertragsmechanismus organisiert ist. Verträge und rechtliche Positionen können Bestandteil der Risiko- und Funktionsanalyse der tatsächlichen Gesamtwertschöpfung sein, wenn sie aus gruppeninterner Sicht den wirtschaftlichen Charakter von Funktionen tatsächlich prägen. Die Einheitlichkeit des Gesamtwertschöpfungsprozesses bringt die Frage mit sich, wie weit die Grundsätze des „Step 1“ des AOA den tatsächlichen wirtschaftlichen Charakter des Risiko- und Funktionsprofils von verbundenen Entitäten in Bezug auf die Entwicklung und kommerzielle Nutzung von immateriellen Werten zutreffend beschreiben.

Das Ziel des „Step 1“ des AOA bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten ist eine prinzipienbasierte Allokation, die sich nicht von internen Buchungen ohne Bezug zur wirtschaftlichen Substanz der operativen Tätigkeiten abhängig macht.<sup>1968</sup> Der AOA unterscheidet dafür bei der Zuordnung des wirt-

---

<sup>1968</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 111: „Clearly the determination of the economic ownership of intangible property created by an enterprise should be based on principled grounds so as to rule out the possibility of the enterprise’s simply nominating one part of the enterprise as the owner (by booking the intangible assets there) irrespective of whether, for example, that part had the expertise and/or capacity to assume and manage the risks associated with the intangible property. The discussion below explores the extent to which it may be possible to attribute economic ownership of the intangible property to one part of the enterprise, by reference to the significant people functions relevant to the attribution of economic ownership.“

schaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszecke zwischen „trade intangibles“ und „marketing intangibles“; die „trade intangibles“ werden in „internally developed“ und „acquired trade intangibles“ getrennt.<sup>1969</sup> Das System der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums wird zunächst anhand der intern entwickelten „trade intangibles“ dargestellt. Aus einem Vergleich mit eigenständigen Gesellschaften leitet der AOA ein risikobasiertes Zuordnungssystem ab, dass – ebenso wie die OECD-Leitlinien 1995/2010 – von der „Developer-assisters rule“ (DAR) geprägt ist, aber durch die Einheitlichkeit der Wertschöpfung nicht durch formale Zuordnungen, sondern – ganz im Sinne Knights – durch das Treffen der wichtigen Entscheidungen identifiziert wird. Wirtschaftlicher Eigentümer eines immateriellen Werts wird demnach der „developer“, der die maßgeblichen Entscheidungen über die Entwicklungsrisiken trifft; die tatsächliche Ausführung der Tätigkeiten sei demgegenüber, wie bei Knight, von nachrangiger Bedeutung. Maßgeblich seien dabei die substantiellen, fachlichen Entscheidungen,<sup>1970</sup> nicht die strategische Letztverantwortung.<sup>1971</sup> Die Funktionsanalyse müsse daher den konkreten Entwicklungsprozess beleuchten, die maßgeblichen Risiken identifizieren und den Entscheidungsprozess in Bezug auf die Risiken darstellen.<sup>1972</sup> Anders als bei der DAR kann die Risikotragung durch den „sig-

---

<sup>1969</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 114 ff.

<sup>1970</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 115 f.: „Between separate enterprises, one company may commission another to develop a particular piece of software in return for remuneration. The legal terms of the contract will determine their relationship, and in particular may define what risk, if any, is borne by the developer and what ownership rights the developer and the commissioning company will acquire in the finished software. The performance of the development function(s) does not of itself determine the legal ownership. Rather, *the key issue is which enterprise acts as the entrepreneur in deciding both to initially assume and subsequently bear the risk associated with the development of the intangible property. The significant people functions relevant to the determination of the economic ownership of internally created intangibles are those which require active decision-making with regard to the taking on and management of individual risk and portfolios of risks associated with the development of intangible property.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1971</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 118: „[I]t should be noted that there is no hard evidence that the decision-making process for the development of intangible property is generally so centralised, especially as the focus for determining the significant people functions relevant to the determination of economic ownership is on the active decision-making and management rather than on simply saying yes or no to a proposal. *This suggests that, just as for financial assets, economic ownership may often be determined by functions performed below the strategic level of senior management.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1972</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 119: „The functional and factual analysis should therefore describe and evaluate the dynamics of the particular enterprise’s research and development programme, and in particular the nature of the critical decision-making process and the level at which those decisions are taken. Although not a definitive or prescriptive list, functions which may be relevant include designing the testing specifications and processes within which the research is conducted, reviewing and evaluating the data produced by the tests, setting the stage posts at which decisions are taken and actually taking the decisions on whether to commit further resources to the project or abandon it, etc. It is also suggested that the performance of such a rigorous functional analysis should protect against manipulation so that there should be no problem in accepting the case where genuinely all the decision-making

nificant people functions approach“ (SPF) dadurch nicht durch die Tragung der Entwicklungskosten übernommen werden, sondern das Kapital folgt den SPF.<sup>1973</sup> Ferner ist durch diese Betrachtung des Entwicklungsprozesses nicht entscheidend, wo der entwickelte immaterielle Wert innerhalb der Unternehmensgruppe genutzt werden soll.<sup>1974</sup> Diesen Ansatz überträgt der AOA auch auf den Erwerb von produktionsseitigen immateriellen Werten („acquires trade intangibles“). Bei Erwerbsvorgängen sind indes andere Risiken erfolgsentscheidend und dementsprechend andere SPF maßgeblich.<sup>1975</sup> Wie bei selbsterstellten immateriellen Werten ist daher eine Funktionsanalyse der Entscheidungsprozesse erforderlich, um die SPF zu identifizieren und zu lokalisieren.<sup>1976</sup> Gleiches gilt bei der letzten Kategorie der „marketing intangibles“, bei der sich indes die Anwendung des SPF als faktisch diffizil erweisen könne.<sup>1977</sup>

Neben der wirtschaftstheoretischen Bedeutung des „entrepreneurs“ reagiert der AOA also zur analogen Anwendung der OECD-Leitlinien 1995 auf zwei technische Schwie-

---

process for the development of intangible property is centralised in one part of the enterprise such as the head office.”

<sup>1973</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 120: „Under the authorised OECD approach the “developer” of the assets would have to bear such losses and would have sufficient free capital attributed to it to support the risk assumed.” Sowie a.a.O., Tz. 122: „[A]n assertion that one part of the enterprise has the capital necessary to support the risks of development would not be a relevant factor. As already noted, *capital follows risks and not the other way round so the part of the enterprise found to be the economic “owner” of the intangible property would be attributed the free capital necessary to support the associated risks. In short, the key factor is whether the PE undertakes the active decision-making with regard to the taking on and active management of the risks related to the creation of the new intangible.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1974</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 120: „[I]t is not so much the intention to use the intangible per se that should be a factor in determining economic ownership of an intangible, but the extent to which the intended user performed the significant people functions relevant to the determination of economic ownership of the intangible asset, e.g. by taking (or taking part in) the initial decision to develop the intangible or undertaking the active management of the R&D programme.”

<sup>1975</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 124: „[T]wo decisions are involved in making an acquisition of intangibles. The first is to determine whether that particular intangible is valuable to the enterprise’s business. The second is that it makes more sense to buy the intangible than to develop it in-house. Such decisions may well be made by the same people who would decide whether it is better to develop the intangible internally.”

<sup>1976</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 125: „Just as with internally developed intangible property, the key question in determining economic ownership of acquired intangibles is *where within the enterprise the significant people functions related to active decision-making relating to the taking on and management of risks are undertaken.* With regard to acquired intangibles, these functions might include the evaluation of the acquired intangible, the performance of any required follow-on development activity, and the evaluation of and management of risks associated with deploying the intangible asset.” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1977</sup> Vgl. OECD AOA (2008), Tz. 128: „The significant people functions relevant to the determination of economic ownership are likely to be those associated with the initial assumption and subsequent management of risks of the marketing intangibles. These may include, for example, functions related to the creation of and control over branding strategies, trademark and trade name protection, and maintenance of established marketing intangibles. Because marketing intangibles may have been developed in the past and maintained by means of expenditures and activities over an extended period, it may sometimes be difficult to determine conclusively the owner of marketing intangibles.”

rigkeiten, die nur bei Betriebsstätten bestehen: So können (i) zwischen verbundenen Unternehmen formal Risiken vertraglich allokiert werden, (ii) ferner haben verbundene Unternehmen formal eine eigene Kapitalausstattung, die zusammen mit (i) eine formale Strukturierung von Entrepreneur-Unternehmen ermöglicht. Wie dargetan wurde der „entrepreneur“ indes bereits von *Knight* bei der Begründung des Entstehens und der Rechtfertigung der Zuordnung von Residualgewinnen materiell verstanden, das bloße Tun war gegenüber der Entscheidung was wie zu tun ist, nur „a secondary part of life<sup>1978</sup>“; dies wurde durch die moderne Organisationstheorie bestätigt. Diese von den OECD-Leitlinien 1995/2010 zugelassene Strukturierung führen also nur formal zu einer „entrepreneur“ Konstellation, da diese materiell untrennbar mit den Entscheidungsfunktionen verknüpft sind und die tatsächliche Ausführung von Tätigkeiten nur eine untergeordnete Bedeutung gegenüber dem Treffen der erforderlichen Entscheidungen der unternehmerischen Aktivitäten zukommt. Ähnlich ordnete der Carroll Report den Residualgewinn der Konzernleitung zu, weil diese die wirtschaftlich signifikanten Entscheidungen („which make or break the enterprise<sup>1979</sup>“) trifft.

Die tatsächliche wirtschaftliche Rolle vertraglicher Abreden für die Bestimmung des „entrepreneurs“ zwischen verbundenen Unternehmen sollte daher vorrangig auch auf die Bestimmung der operativen Entscheidungsfunktionen in Bezug auf die Entwicklungsrisiken bezogen sein, nicht aber allein durch die formale Wirksamkeit den Gehalt des Wertschöpfungsprozesses bilden. Die operativen Personalfunktionen, die Teece als Schlüsselfunktionen immaterieller Wertschöpfungsprozesse innerhalb von Unternehmensgruppen identifizierte, müssen durchgreifen. Die Kapitalallokation zwischen verbundenen Unternehmen, die zu durchbrechen die OECD in der BEPS-Initiative nicht wagen wollte,<sup>1980</sup> wird durch diese konsequente Berücksichtigung der operativen Entscheidungsfunktionen für die Risikoallokation in ihrer Bedeutung zurückgestellt. Der tatsächliche wirtschaftliche Unterschied zwischen Betriebsstätten und Tochtergesellschaften in der Funktionsanalyse ist die vertragliche Gestaltbarkeit der operativen

---

<sup>1978</sup> Vgl. *Knight*, Risk, Uncertainty, and Profit, Chapter IX, Tz. 7: „With uncertainty present, doing things, the actual execution of activity, becomes in a real sense a secondary part of life; *the primary problem or function is deciding what to do and how to do it.*“ (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1979</sup> Carroll Report, Caper XII, S. 192.

<sup>1980</sup> Vgl. *Parker*, OECD Unlikely to Examine Capital Allocation, 21.06.2015, BNA Bloomberg, abrufbar unter <https://www.bna.com/oecd-unlikely-examine-m73014445210>. A.a.O.: „[Former OECD Head of Transfer Pricing Andrew] Hickman said that the OECD didn't focus on capital allocation in its recent project to combat tax base erosion and profit shifting because, in part, “we don't know where the discussion would end up.”“

Verantwortlichkeiten der inhaltlichen, materiellen Entscheidungsprozesse. Die Anerkennung vertraglicher Abreden sollte sich daher auf diese nicht-steuerliche, tatsächliche Gestaltung des Wertschöpfungsprozesses beschränken. Die Entscheidungen Kapital einzusetzen und Risiken einzugehen um spezifische immaterielle Werte zu erschaffen und kommerziell zu nutzen sind für die „firm“ die entscheidenden Unternehmensfunktionen. Die Funktionsanalyse hat diese interne Sicht auf den Wertschöpfungsprozess bei der Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums zu berücksichtigen, weil der externe Markt durch die Internalisierung der Geschäftsbeziehung substituiert wurde, um diese Steuerungsfunktionen zu nutzen. Eine derartige Funktionsanalyse korreliert aus organisationstheoretischer Sicht auch näherungsweise mit den verschiedenen Formen der gruppeninternen „management incentives“ der sog. „M-Form“ bzw. „C-Form“, bei denen den einzelnen Entitäten ein unterschiedlicher Grad an Verantwortlichkeiten für Dispositionen über die Ressourcen der Unternehmensgruppe zur effizientesten Nutzung der Ressourcen eingeräumt wird.<sup>1981</sup>

## V. Wahl und Anwendung der sachgerechtesten Verrechnungspreismethode

Auch die Wahl der Verrechnungspreismethode ist unter einem Ansatz, der auf eine geographische Allokation der Erträge aus immateriellen Werten entlang der tatsächlichen internen Wertschöpfung gerichtet ist, stärker an der wirtschaftlichen Substanz der „Geschäftsbeziehungen“ auszurichten, nicht an der formalen Strukturierung. Die OECD-Leitlinien 1995 erkannten die „unterschiedlichen kommerziellen Umstände“, die zwischen verbundenen Unternehmen insbesondere bei der Entwicklung und Nutzung von immateriellen Werten herrschen, aber nivellierten dieses strukturelle Problem vordergründig zu einem „praktischen“ Problem.<sup>1982</sup> Dabei ist dieser strukturelle

---

<sup>1981</sup> Vgl. ausf. *Holmstrom/Tirole*, Transfer Pricing and Organizational Form, *The Journal of Law, Economics & Organization*, 1991, S. 201 ff.

<sup>1982</sup> Vgl. OECD-Leitlinien 1995, Tz. 1.10: „A practical difficulty in applying the arm’s-length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake. Such transactions may not necessarily be motivated by tax avoidance but may occur because in transacting business with each other, members of an MNE group face different commercial circumstances than would independent enterprises. For example, an independent enterprise may not be willing to sell an intangible (e.g. the right to exploit the fruits of all future research) for a fixed price if the profit potential of the intangible cannot be adequately estimated and there are other means of exploiting the intangible. In such a case, an independent enterprise might not want to risk an outright sale because the price may not reflect the potential for the intangible to become extremely profitable. Similarly, the owner of an intangible may be hesitant to enter into licensing arrangements with independent enterprises for fear of the value of the intangible being degraded. In contrast, the intangible owner may be prepared to offer terms to associated enterprises that are less restrictive because the use of the intangible can be more closely monitored. There is no risk to the overall group’s profit from transactions of this kind between members of an MNE group.” (Kursiv hinzugefügt)

Befund – und teilweise auch die Lösung der OECD-Leitlinien 1995 der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnmethoden – durchaus im Einklang mit den Befunden Williamsons und der Interpretation ihrer Implikationen für das Verrechnungspreissystem durch Langbein. Unternehmensgruppe vermeiden bestehende Marktrisiken durch die Internalisierung und steigern so den Gesamtgewinn der Gruppe. Die Berücksichtigung dieser Auswirkungen bei der Vergleichbarkeitsanalyse ist erforderlich, um die „Geschäftsbeziehungen“ realitätsgerecht erfassen zu können. So hat auch der BFH eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Konsequenzen der Verbundenheit der Unternehmen bei der Funktionsanalyse angedacht<sup>1983</sup> und der kanadische Tax Court sogar durchgreifen lassen.<sup>1984</sup> Die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums und der operativen Risiken der Geschäftsbeziehung durch die Funktionsanalyse ist daher um eine konsequente Beurteilung der Folgen der Verbundenheit auf das konkrete Risiko- und Funktionsprofil zu ergänzen. Die Minderung der Marktrisiken durch die Internalisierung fließt dann in die Wahl der „most appropriate method“ auf der Grundlage der Vergleichbarkeitsanalyse ein. Zusammen mit dem DEMPE-Konzept des Final BEPS Reports, demzufolge auch die Ausübung für die interne Wertschöpfung „wichtiger“ Unternehmensfunktionen die Vergleichbarkeit mit Markttransaktionen aufheben und zu „unique and valuebale contributions“ führen kann, kann diese Berücksichtigung zu einer dem Grunde nach ausgeweiteten Anwendungsbereich der zweiseitigen Gewinnmethode führen, wobei allerdings die Zuordnung von Gewinnanteilen der Höhe nach an die aus der internen Sicht verhältnismäßig niedriger wertigen Funktionen nur zu einer geringen Teilhabe am „marginal return of the entrepreneur“ führen darf.

### **C. Verfahrensrechtliche Durchsetzung des Verrechnungspreissystems**

Das Problem eines materiell-rechtlichen Ansatzes, der auf eine geographische Allokation der tatsächlichen Wertschöpfung innerhalb einer Unternehmensgruppe gerichtet ist, ist dass er konsequenterweise alle Wertschöpfungsfaktoren, insbesondere immaterielle Werte und ihre operativen Risiken, identifizieren, einzeln zuordnen und ihre Ertragsauswirkungen gesondert beurteilen müsste. Diese Beurteilung ist dem Manage-

---

<sup>1983</sup> Vgl. BFH v. 21.12.1994 – I R 65/94, BFHE 176, 571, a.E. Die potentielle Möglichkeit der Ausübung von Kontrolle im gesellschaftsrechtlichen Wege könne als „Besicherung“ eines Zahlungsanspruchs anzusehen sein.

<sup>1984</sup> Vgl. *Horst*, Debt Guarantee Fees and the Arm's-Length Standard, Tax Notes Int'l., 2013, 537.

ment eher möglich als der Finanzverwaltung.<sup>1985</sup> Das Besteuerungsverfahren sollte daher eine sachgerechte Erleichterung der tatsächlichen Feststellungsprobleme bereithalten, die sowohl ausgewogen als auch zielführend ist.<sup>1986</sup> Diese erleichterte, zielführende Durchsetzung des materiellen Rechts sollte durch Beweislastumkehrungen und Rechtsvermutungen angestrebt werden. Die Schrankenwirkung des Art. 9 OECD-MA bezieht sich nach absolut überwiegender Auffassung der Mitgliedstaaten der OECD („almost all member countries“) nicht auf die Beweislastverteilung im Besteuerungsverfahren und nicht auf Rechtsvermutungen; eine Umkehr der Beweislast stellt auch keine Diskriminierung im Sinne des Art. 24 OECD-MA dar.<sup>1987</sup> Sie helfen der Informationsasymmetrie zwischen den Finanzbehörden und den Steuerpflichtigen ab, bislang nur in einigen speziellen Konstellationen, insbesondere durch die Mittelwertvermutung des § 1 Abs. 3 S. 7 AStG und die Vermutungsregel des § 1 Abs. 3 S. 11 f. AStG, der zufolge das Bestehen von Unsicherheiten vermutet wird, auf die fremde Dritte durch eine Preisanpassungsklausel reagiert hätten.<sup>1988</sup> Der Final BEPS Report brachte für die OECD-Leitlinien 2017 ferner eine unwiderlegliche Vermutung für die Ausübung der Kontrolle über Risiken in der Funktionsanalyse, wenn sich Vergleichswerte ermitteln lassen.<sup>1989</sup> Vermutungsregeln können sich also auf den Inhalt der Geschäftsbeziehung und/oder auf die Preisbestimmung beziehen.

---

<sup>1985</sup> Teilweise wird die Informationsdichte innerhalb von Unternehmen in dieser Hinsicht sehr zuversichtlich beurteilt, vgl. *Desai/Dharmapala*, *Alternative Transfer Pricing Norm*, Oxford University Business Taxation Symposium, 2011, Working Paper, abrufbar unter [https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business\\_Taxation/Events/conferences/symposia/2011/dharmapala.pdf](https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Events/conferences/symposia/2011/dharmapala.pdf), S. 14: „Granular depictions of these managerial accounts have been provided in the case of the some of the largest multinational firms, including ABB and China Resources Corporation. *These case studies demonstrate that managers are tracking costs and profits at business unit and country level regularly and for the purposes of resource allocation and compensation.* The use of “ABACUS” in ABB is worth reviewing briefly as it details just how much information is available within a firm. [...] *This account, from the early 1990s and prior to the full IT revolution, indicates the breadth and depth of information that exists within firms on levels of profitability. As such, there can be little question that a rich information source exists within firms for questions related to the allocation of profits and intra-firm transactions.*” (Kursiv hinzugefügt)

<sup>1986</sup> Das OECD CFA musste dies in den BEPS-Verhandlungen, vor allem in Bezug auf die Risikoallokation feststellen. Dies scheint ein maßgeblicher Grund dafür gewesen zu sein, die Risikoallokation im Final BEPS Report wieder stärker an die vertraglichen Allokationen zu knüpfen, um die Bedeutung der Beurteilung, welches konkrete Personal einzelne konkrete Risiken und ihre Ertragsauswirkungen kontrolliert. Vgl. u.a. *Bell*, *McDonald Questions OECD Delegates About Risk Sharing*, 25 *Transfer Pricing Report* 707, 13.10.2016, BNA Bloomberg.

<sup>1987</sup> Vgl. OECD-Musterkommentar, 2014, Art. 9, Tz. 4.

<sup>1988</sup> Vgl. zu „Hard-to-value intangibles“ (HTVI) oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.III.5.b.bb.

<sup>1989</sup> Vgl. Final BEPS Report, Tz. 1.97: „In light of the potential complexity that may arise in some circumstances when determining whether an associated enterprise assuming a risk controls that risk, *the test of control should be regarded as being met where comparable risk assumptions can be identified in a comparable uncontrolled transaction.* To be comparable those risk assumptions require that the economically relevant characteristics of the transactions are comparable. If such a comparison is made, it is

Das Konvergieren der historischen Gegenpole Fremdvergleichsgrundsatz und globale Formularaufteilung und die stetige Betonung, beide Ansätze verfolgten dasselbe Ziel – den steuerlichen Gewinnausweis mit der Wertschöpfung zusammenzuführen – bedeutet, dass beide Ansätze idealiter ähnliche Allokationsergebnisse auf unterschiedlichem Wege erreichen müssten. In dieser Hinsicht ist das theoretische und praktische Hauptproblem der globalen Formularaufteilung allerdings die Vollkonsolidierung der steuerlichen Ergebnisse aller gruppenangehörigen Entitäten. Die transaktionsbezogene Gewinnaufteilung dagegen – die historisch als „limited fractional apportionment“ bezeichnet wurde – hilft diesem Problem indes ab und ermöglicht eine Verwirklichung der „economic allegiance“, wenn die an der Geschäftsbeziehung beteiligten Entitäten wirtschaftlich zusammenwirken – etwa durch die Risikominderung der Nutzung der immateriellen Werte – und jeder Entität ein ihrem konkreten wirtschaftlichen Beiträgen zur Wertschöpfung in der Unternehmensgruppe entsprechender Gewinnanteil zugeordnet wird. Da die Organisationstheorien einen Hauptgrund für die Internalisierung von Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten in den Marktrisiken und den erleichterten Steuerungsprozessen sehen, die mit diesen Geschäftsbeziehungen typischerweise verbunden sind, lassen sich die wirtschaftlichen Beiträge beider Entitäten regelmäßig nur unter Berücksichtigung der Risikominderung durch die Internalisierung wirklich erfassen. Daher sollte bei allen Geschäftsbeziehungen mit „immateriellen Werten“ (im Sinne des Final BEPS Report), auch bei Auftragsverhältnissen, die keine wirtschaftliche Übertragung der immateriellen Werte zum Gegenstand haben,

- eine widerlegliche Vermutung *für* die Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode dem Grunde nach bestehen, *und*
- (ii) *innerhalb* der Anwendung der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode ferner widerleglich vermutet werden, dass der Gewinn aus der konkreten Geschäftsbeziehung der Höhe nach *entsprechend des Aufteilungsschlüssels der GKKB* verteilt wird.

Diese beiden Vermutungsregeln führen zahlreiche Ansätze zusammen und sind doch als Beweislastregel auf die Durchsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes gerichtet.

---

particularly relevant to establish that the enterprise assuming comparable risk in the uncontrolled transaction performs comparable risk management functions relating to control of that risk to those performed by the associated enterprise assuming risk in the controlled transaction. The purpose of the comparison is to establish that an independent party assuming a comparable risk to that assumed by the associated enterprise also performs comparable risk management functions to those performed by the associated enterprise.” (Kursiv hinzugefügt)

Damit wäre dieses Vorgehen ein Versuch, weitere Elemente der Formularaufteilung in den Fremdvergleichsgrundsatz zu inkorporieren, ähnlich wie es abstrakt von *Kleinbard*<sup>1990</sup> und *Fleming/Peroni/Shay*<sup>1991</sup> als praktische Lösung angeregt wurde.

Sowohl der Steuerpflichtige als auch die Finanzverwaltungen können diese Vermutungen widerlegen und dadurch auf der Grundlage einer einzelfallbezogenen Risiko- und Funktionsanalyse, die sich am tatsächlichen internen Sicht auf die ausgeübten Funktionen, eingesetzten Wirtschaftsgüter und übernommenen Risiken entlang der operativen Personalfunktionen im o.g. Sinne zu richten hat und die Risikominderung durch die Internalisierung berücksichtigen muss. Auf der Grundlage dieser Risiko- und Funktionsanalyse kann der Steuerpflichtige oder die Finanzverwaltung alle Verrechnungspreismethoden der OECD-Leitlinien 2017 verwenden, auch einseitige Methoden, indes stets unter „Einpreisung“ der Risikominderung durch die Verbundenheit.

#### **D. Zusammenfassung des Vorschlags für ein „Opt-out“-System**

Der U.S. Kongress erwog 1962 die Einführung eines aus heutiger Sicht rudimentären „Opt-out“-Systems, demzufolge eine Formularaufteilung angewendet werden sollte, wenn der Steuerpflichtige nicht Vergleichswerte für die Anwendung der Preisvergleichsmethode glaubhaft machen konnte. Das System war dadurch eine binäre Zu-

---

<sup>1990</sup> Vgl. *Kleinbard*, The Lessons of Stateless Income, *Tax Law Review*, 2011, 99, 149: „This is the fundamental crisis confronting all territorial tax systems today: They allocate taxing rights among nations solely by reference to the criterion of the geographic source of a firm’s profits, but there is now a strong consensus that the existing source rules are unimplementable as a practical matter, and bankrupt as a conceptual matter. As a result, many thoughtful observers have coalesced around the idea that a world in which territorial taxation is the model for taxing foreign direct investment requires the adoption of some sort of (ideally coordinated) formulary apportionment of income methodology as the mechanism for allocating a multinational enterprise’s global income to source countries. That methodology in turn could be applied to all group activities on a consolidated basis (a “unitary” approach) or to a subset of activities where arm’s length pricing methodologies appear particularly deficient as a conceptual and administrative matter.”

<sup>1991</sup> Vgl. *Fleming/Peroni/Shay*, Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, *Michigan Journal of International Law*, 2014, S. 1, 55: „We believe that the arm’s-length approach, properly conceived as a method for achieving outcomes consistent with what would be expected in an arm’s-length context involving the same facts, clearly would encompass formulas that rely on using objective metrics to divide profits. A full-blown review of this point would involve an extensive technical analysis of transfer pricing law that is outside the scope of this Article. Consequently, we will limit ourselves to a few suggestions for future investigation. First, since a major weakness of the arm’s-length method with respect to intangible income is the lack of truly comparable transactions, it is worth noting that the United States has two existing transfer pricing methods for dealing with intangible income that do not rely on comparable transaction data—the residual profit split method and the cost sharing method. Thought should be given to making these two approaches the mandatory transfer pricing methods for intangible income, thus circumventing the problem of a paucity of comparable transaction data and also restricting the present freedom of taxpayers to opportunistically cherry-pick among methods by choosing whichever approach produces the most favorable result in each particular case.”

sammensetzung aus einem zu engem Fremdvergleichsgrundsatz und einer zu weiten Formularaufteilung, zwei problematische, zu undifferenzierte Ansätze. Das hier vorgeschlagene „Opt-out“-System ist eine differenzierte Zusammenführung der zwischenzeitlichen Erkenntnisse der Literatur und eine Fortentwicklung der Auslegung des Fremdvergleichsgrundsatzes durch die OECD. Es hebt die quasi-maßgebliche Bedeutung vertraglicher Abreden auf der Grundlage wirtschaftstheoretischer Einsichten in die Substitution des Markts durch die Internalisierung von Geschäftsbeziehungen auf und bedeutet dadurch eine Lockerung der „transaktionellen Sichtweise“, die sowohl sachgerecht in Bezug auf die Ziele der internationalen Gewinnallokation ist als auch rechtssicher. Es wurde betont, dass sich das „Opt-out“-System aus der Zusammenführung eines materiell-rechtlichen Allokationssystems auf der Grundlage einer neuen Working Hypothesis und aus verfahrensrechtlichen Beweislastumkehrungen ergibt, dass beide Komponenten aber nicht zwingend untrennbar verknüpft sind; Reformbestrebungen könnten die Komponenten also auch gesondert erwägen. Sollte die EU-Kommission die GKKB 2011 dahingehend weiterentwickeln, dass die Vollkonsolidierung nicht mehr nur optional ist, könnte etwa Art. 87 GKKB 2011 ausgeweitet werden und ebenfalls ein beweislspflichtiges „Opt-out“ in eine den o.g. Maßgaben entsprechende Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes ermöglichen, um das System flexibel zu halten; der auf dieser Grundlage ermittelte Einzelverrechnungspreis wäre vom konsolidierten Gesamtergebnis der Konsolidierungsgruppe abzuziehen.

## Kapitel IV – Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Bearbeitung

Internationale Verrechnungspreise ordnen unternehmerische Einkünfte im System des OECD-Musterabkommens demjenigen Staat zu, in dem sie wirtschaftliche generiert wurden. Die diesem Allokationsziel zugrundeliegende Figur der „economic allegiance“ wurde von der League of Nations entwickelt und hat das theoretische Potential, als paradigmatischer Leitstern eines prinzipienbasierten internationalen Steuersystems zu dienen. Indes ergibt sich unweigerlich das Problem, wie die Ermittlung der geographischen Zuordnung von Einkünften zu erfolgen hat, wenn mehrere Staaten in die einheitliche Wertschöpfung eines Konzerns eingebunden sind. Das Addendum „Allocation of Earnings“ des Berichts der sog. Economic Experts von 1923 erkannte dieses Problem der Aufteilung der „economic allegiance“ von Einkünften, die durch das Zusammenwirken mehrerer organisatorischer Einheiten in verschiedenen Quellenstaaten generiert werden zwar, schlug aber noch keine detaillierte Lösung vor.<sup>1992</sup>

Der Carroll Report der League of Nations von 1933 untersuchte die Staatenpraxis bei dieser Gewinnabgrenzung empirisch und sprach sich auf der Grundlage von theoretischen, praktischen und empirischen Argumenten für einen Vorrang des sog. „separate accounting“ aus. Das „separate accounting“ betrachtet die organisatorischen Einheiten eines Unternehmens – d.h. seine Betriebsstätten und Tochtergesellschaften – soweit wie möglich als eigenständige Unternehmen mit einem eigenständigen Risiko- und Funktionsprofil. Der Carroll Report stellte verschiedene Methoden vor, um dieses eigenständige Risiko- und Funktionsprofil zu ermitteln. Dabei widmete er sich besonders ausführlich Betriebsstättenkonstellationen, da zwischen verbundenen Gesellschaften, der Abschluss von Verträgen möglich sei und diese Verträge nur noch unter Berücksichtigung der „Natur der Aktivitäten“ anhand von „vernünftigen rechtlichen und wirtschaftlichen Prinzipien“ überprüft werden müssten, um das eigenständige Funktionsprofil zu ermitteln. Unklar blieb, wie diese Überprüfung der vertraglichen Abreden im Einzelnen aussehen sollte, insbesondere was die „Natur der Aktivitäten“ und die „vernünftigen rechtlichen und wirtschaftlichen Prinzipien“ sein sollten, wenn sie sich also nicht aus den vertraglichen Abreden ergaben. In der Betriebsstättenkonstellation führte die Beurteilung der wirtschaftlichen Bedeutung des Stammhauses im Gesamtwertschöpfungsprozess, insbesondere das Treffen der strategischen Entscheidungen – ganz im Sinne der Gewinntheorie *Frank Knights* – zur bewussten Zuordnung des Re-

---

<sup>1992</sup> Ausf. zum Bericht oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.1.b.

sidualgewinns an das Stammhaus und regelmäßig zu einer Bewertung der Betriebsstättenfunktionen auf Grundlage des „remuneration of services criterion“, das den Betriebsstätten nur einen wirtschaftlichen Routine-Charakter für die interne Wertschöpfung beimaß.<sup>1993</sup> Auf der Grundlage dieser eigenständigen Funktionsprofile der organisatorischen Einheiten des Konzerns sollte stets vorrangig eine Preisvergleichsmethode Anwendung finden, die die erbrachten Leistungen mit dem verglich, was fremde Dritte für eine vergleichbare Leistung am Markt erhalten hätten, unabhängig davon, ob und wann das Gesamtunternehmen letztlich einen tatsächlichen Ertrag durch Absatz am Markt erzielt. War die Ermittlung eines tatsächlichen Preises für eine vergleichbare Leistung nicht möglich oder zu aufwendig, sollten nach dem Carroll Report in Betriebsstättenfällen subsidiär ausdrücklich auch Gewinnmethoden anwendbar sein. Unbestimmt blieb die subsidiäre Methodenwahl in Tochtergesellschaftsfällen, aber eine analoge Anwendung der Gewinnmethoden lag nahe, da die Besonderheit der Tochtergesellschaft vor allem in ihrem leichter ermittelbaren eigenständigen Risiko- und Funktionsprofil, nicht aber im Bereich der Verrechnungspreismethodenwahl, gesehen wurde. Dies bedeutet, dass der Carroll Report die Preisvergleichsmethode nur dann anwenden wollte, wenn ein Markt für vergleichbare Leistungen vorhanden war, also nicht infolge von Transaktionskostenerwägungen von Konzernen substituiert wurde.

Während der Carroll Report die Feststellbarkeit von Vergleichswerten sehr zuversichtlich beurteilte – und dadurch zu erkennen gibt, dass seiner Zeit relativ einfache Integrationsverhältnisse vorherrschten, bei denen keine ausgeprägte „asset specificity“ vorlag – zeigt sich ab Beginn der 1960er Jahre, dass zunehmend praktische Schwierigkeiten dabei auftraten, diese tatsächlichen Vergleichswerte für die Anwendung der Preisvergleichsmethode zu ermitteln. Der U.S. Kongress erwog daraufhin, die Nachweispflicht für das Vorliegen von Vergleichswerten dem Steuerpflichtigen aufzuerlegen und im Übrigen eine Formularaufteilung durchgreifen zu lassen. Dieser Vorstoß konnte sich letztlich jedoch nicht durchsetzen und wurde 1968 vom U.S. Treasury Department durch Erarbeitung der weltweit ersten ausführlichen Verwaltungsvorschriften, die die drei heute als Standardmethoden bezeichneten (einseitigen) Verrechnungspreismethoden, die nicht zwingend auf direkten Vergleichswerten<sup>1994</sup> basieren, sowie

---

<sup>1993</sup> Ausf. zum Carroll Report oben, Kapitel I, Abschnitt II, B.II.2.a.

<sup>1994</sup> Bei der Kostenaufschlagsmethode und der Wiederverkaufspreismethode sind an die Vergleichbarkeit geringere Anforderungen zu stellen als bei der Preisvergleichsmethode; verglichen wird eher das Risiko- und Funktionsprofil als nur die ausgetauschten Güter bzw. Dienstleistungen.

eine subsidiäre Kategorie der „other appropriate methods“, enthielten. Dieser Methodenkatalog wurde durch die OECD-Leitlinien 1979 „internationalisiert“.<sup>1995</sup>

Durch den in der Folge weiter zunehmenden Einsatz von immateriellen Werten in globalen Wertschöpfungsprozessen konnte indes auch dieser erweiterte Katalog der einseitigen Standardmethoden oft nur mit großen praktischen Schwierigkeiten angewendet werden, was sich zunächst bei der Bewertung der Übertragung von immateriellen Werten zwischen verbundenen Unternehmen zeigen sollte. Der U.S. Kongress reagierte auf dieses neuerliche Problem mit der Einführung des sog. „commensurate with income standard“, einer Preisanpassungsregel, die den praktischen Bewertungsunsicherheiten begegnen und dadurch sicherstellen sollte, dass die Einkünfte aus dem immateriellen Wert demjenigen Staat zugeordnet werden, in dem sie wirtschaftlich generiert wurden. Die Folgestudie des U.S. Treasury Department und des U.S. Internal Revenue Service, die als sog. 1988 White Paper bekannt wurde, untersuchte die Bewertung von immateriellen Werten in laufenden Wertschöpfungsprozessen und begründete auf der Grundlage der „zero profit theory“ die Residualgewinnalloktion an den wirtschaftlichen Eigentümer des immateriellen Werts. Ferner systematisierte das 1988 White Paper die Gewinnmethoden, die von U.S. Gerichten auf der Grundlage der 1968 Treasury Regulations als „other appropriate method“ zunehmend eingesetzt werden mussten, um dem Fehlen von Vergleichswerten zu begegnen. Während also zunächst die Identifikation und Bewertung von immateriellen Werten die theoretischen und praktischen Problemschwerpunkte waren, legte das 1988 White Paper den Grundstein für die maßgebliche Bedeutung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für die internationale Konzerngewinnallokation insgesamt.<sup>1996</sup>

Diese Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums an immateriellen Werten für Verrechnungspreiszwecke regelten die U.S. Treasury Regulations von 1994 auf der Grundlage eng verstandener Marktanalogien durch die sog. „Developer-assisters rule“. Diese räumt der vertraglichen Kosten- und Risikotragung im Entwicklungsprozess eines immateriellen Werts maßgebliches Gewicht ein und ermöglichte dadurch internationalen Steuergestaltungen, die die interne Wertschöpfung in der Unternehmensgruppe und den steuerlichen Gewinnausweis voneinander zu trennen vermochten.<sup>1997</sup>

---

<sup>1995</sup> Ausf. zu den U.S. Treasury Regulations 1968 und den OECD-Leitlinien 1979 oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1 und C.I.1.

<sup>1996</sup> Ausf. zum U.S. White Paper 1988 oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.1.

<sup>1997</sup> Ausf. zu den U.S. Treasury Regulations 1994 oben, Kapitel II, Abschnitt II, B.IV.2.

Die OECD-Leitlinien 1995 hatten diese „Developer-assister“-Logik implizit und die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge und die Gewinnmethoden U.S. Treasury Regulations von 1994 weitgehend explizit übernommen, allerdings mit der transaktionsbezogene Nettomargenmethode (TNMM) für „nicht-strategische“ Entitäten einen gewissen Gegenentwurf zur „Comparable profits method“ (CPM) der USA vorgelegt.

Die aufgrund dieses Systems der internationalen Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten einsetzende Gestaltungsdynamik versuchte die OECD ab 2005 zunächst für die Sonderkonstellation der sog. Funktionsverlagerungen einzudämmen, indem die Maßgeblichkeit der abgeschlossenen Verträge unter zunehmend strenge Substanzanforderungen gestellt wurde. Diese Substanzanforderungen waren substanziell von der zeitgleich laufenden Erarbeitung des Authorised OECD Approach, d.h. des sog. „significant people functions approach“ inspiriert. Implizit begann das OECD CFA – insbesondere die OECD Working Party No. 6 – durch diese Übertragung des Ansatzes zur Ermittlung des eigenständigen Risiko- und Funktionsprofils von Betriebsstätten auf Tochtergesellschaften von dem (zu) engen Marktanalogien, die den OECD-Leitlinien 1995 zugrunde lagen, abzurücken und die Einheitlichkeit der Wertschöpfung in Unternehmensgruppen stärker in den Blick zu nehmen.<sup>1998</sup>

Diese Tendenz der OECD Working Party No. 6 fand in der „intangible related returns theory“, die im Jahr 2012 vorgelegt wurde, prägnanten Ausdruck. Ausdrücklich kehrte sich die OECD Working Party No. 6 darin von der in der „Developer-assisters rule“ verankerten Maßgeblichkeit der vertraglichen Kosten- und Risikotragung für die Zuordnung des wirtschaftlichen Eigentums ab. Vertraglichen „Formalisierungen“ von Geschäftsbeziehungen sollte kaum noch Bedeutung zukommen; demgegenüber sollten die „wichtigen“ Unternehmensfunktionen in Wertschöpfungsprozessen mit immateriellen Werten in der Funktionsanalyse nunmehr in den Vordergrund rücken.<sup>1999</sup>

Infolge der globalen Finanzkrise 2007/08 setzte ein politisches Momentum ein, das letztlich in der BEPS-Initiative mündete. Die BEPS-Initiative stellte die laufende Revision des Kapitels VI der OECD-Leitlinien 2010 – auch aufgrund der Mitgliedschaftsstruktur der G20 – in einen erweiterten politischen Kontext. Dieser Kontext war mitverantwortlich dafür, dass sich die OECD letztlich wieder klar zum Fremdvergleichsgrundsatz bekannte, aber weiterhin dessen geographische Fehlallokation von

---

<sup>1998</sup> Ausf. zur Erarbeitung des Kapitels IX OECD-Leitlinien 2010 oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.I.6.

<sup>1999</sup> Ausf. zur „Intangible related returns theory“ oben, Kapitel II, Abschnitt II, C.II.

Gewinnen zu beheben versuchte. Dabei war die anfängliche Tendenz des BEPS-Projekts in Bezug auf immaterielle Werte durchaus noch von der starken Skepsis der Working Party No. 6 gegenüber vertraglichen Abreden und der Anwendung einseitiger Verrechnungspreismethoden geprägt. Die weiteren Versuche der Working Party No. 6 ein von wirtschaftlichen Betrachtungen und wichtigen Unternehmensfunktionen geprägtes System zur Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentümers von immateriellen Werten sowie eine einhergehende Ausweitung des Anwendungsbereichs der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode zu erarbeiten, wurden allerdings ab 2014 vor allem von der US-Delegation gebremst. So wurde letztlich ein finaler BEPS-Bericht vorgelegt und in die OECD-Leitlinien 2017 übernommen, der vertraglichen Abreden durch die Senkung der Substanzerfordernisse gegenüber den Entwürfen der Working Party No. 6 wieder ein größeres Gewicht einräumt. Indes zeigt sich der finale BEPS-Bericht infolge der zunächst radikalen Entwürfe und der letztlich regressiven Tendenz als überkomplexes und inkohärentes Gesamtwerk, das keine abschließende Lösung des Problems der internationalen Allokation der Erträge und Verluste aus immateriellen Werten darstellen kann.<sup>2000</sup>

Die daher weiterhin erforderliche Fortentwicklung des internationalen Verrechnungspreissystems kann sich auf einen beachtlichen Korpus an Literatur stützen. Während die Literatur anfänglich vor allem durch den dogmatischen Gegenpol des Fremdvergleichsgrundsatzes – die globale Formularaufteilung – inspiriert war, zeigt sich die zunehmende Tendenz, diese kategorische Dialektik zu überwinden und verschiedene, pragmatische Zusammenführungen dieser „Enden des Kontinuums“ zu erwägen. Gemeinsam ist den Ansätzen weitgehend das historisch, systematisch und teleologisch valide Ziel, den internationalen Gewinnausweis und die tatsächliche Wertschöpfung im Konzern zusammenzuführen. Dies erfolgt jedoch in den bislang diskutierten Varianten zur Fortentwicklung des Systems in unterschiedlicher Weise unvollständig.<sup>2001</sup>

In Fortentwicklung dieser Tendenzen sowohl der Working Party No. 6 als auch der Literatur wird in dieser Arbeit daher ein sog. „Opt-out“-System vorgeschlagen, das sich auf der Grundlage der wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse zur grenzüberschreitenden Konzernwertschöpfung aus zwei Bestandteilen zusammensetzt: (i) Einem materiell-rechtlichen Teil zur konsequenten Erfassung der tatsächlichen, internen

---

<sup>2000</sup> Ausf. zum OECD/G20 BEPS-Projekt, oben Kapitel II, Abschnitt II, C.III.

<sup>2001</sup> Ausf. zu den Vorschlägen, oben Kapitel III, Abschnitt I.

Wertschöpfung in Unternehmensgruppen und (ii) einem verfahrensrechtlichen Teil, der mit Rechtsvermutungen und Beweislastumkehrungen arbeitet, um eine internationale Allokation von Erträgen und Verlusten aus immateriellen Werten durch Verrechnungspreise entsprechend der internen Wertschöpfung rechtssicher zu erreichen. Dieses System kann dadurch ein prinzipienbasiertes internationales Steuersystem effektiv durchsetzen. Dazu wird materiell-rechtlich im Rahmen der Funktionsanalyse der Step 1 des AOA konsequent auf Tochtergesellschaftskonstellationen übertragen, um das wirtschaftliche Eigentum an immateriellen Werten und das operative Risiko­profil für Verrechnungspreis­zwecke zu bestimmen, wenn und soweit nicht aus den abgeschlossenen Verträgen der tatsächliche wirtschaftliche Charakter der Geschäftsbeziehung aus interner Sicht des Unternehmens geprägt wird. Dies wird regelmäßig nur in Bezug auf die Verantwortlichkeiten für unternehmerische Entscheidungen der Fall sein. Daneben sollte verfahrensrechtlich bei allen Geschäftsbeziehungen, die die Entwicklung oder Nutzung von immateriellen Werten betreffen, eine Vermutung (a) für die Sachgerechtigkeit der transaktionsbezogenen Gewinnaufteilungsmethode dem Grunde nach greifen und (b) der Höhe nach der Verteilungsschlüssel der GKKB auf transaktionsbezogener Basis angewendet werden, wenn und soweit nicht der Steuerpflichtige oder die Finanzverwaltung beweisl­astpflichtig auf der Grundlage der neu konturierten Funktionsanalyse die Anwendung einer anderen Verrechnungspreismethode oder eines anderen Verteilungsschlüssels als für das konkrete Risiko- und Funktionsprofil „sachgerechter“ darzutun vermag. Dabei sind stets die interne Bedeutung der ausgeübten Funktionen für den Wertschöpfungsprozess zutreffen zu erfassen und auch bei der Anwendung einer einseitigen Verrechnungspreismethode stets das „Verschwinden“ der typischen Marktrisiken der Geschäftsbeziehungen mit immateriellen Werten bei der Verrechnungspreisbestimmung zu berücksichtigen.<sup>2002</sup> In diesem Sinne könnte auch die EU-Kommission bei der angekündigten Überarbeitung der GKKB die Zulassung eines entsprechenden „Opt-Outs“ aus der Konsolidierung erwägen mit der Folge, dass ein dem tatsächlichen internen Wertschöpfungsgehalt entsprechende Gewinnanteil aus der konsolidierten Bemessungsgrundlage auszuschneiden wäre, wenn ein Beteiligter diesen Betrag beweisl­astpflichtig beziffern kann.<sup>2003</sup>

---

<sup>2002</sup> Ausf. oben, Kapitel III, Abschnitt II.

<sup>2003</sup> Diese „modifizierte GKKB“ wäre dann ein Residualgewinnallokationsmechanismus.



	OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 102.
Avi-Yonah, Reuven	Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation, 2007, Michigan Law & Economics Working Papers 2003-2009, Art. 73.
Avi-Yonah, Reuven	40 Years Slicing the Shadow: A proposal for Updating U.S. International Taxation, Tax Notes International, 2012, S. 1229.
Avi-Yonah, Reuven	A Tale of Two Cities: Washington, Brussels, and BEPS, Tax Notes, 2016, S. 569 f.
Avi-Yonah, Reuven; Benshalom, Ilan	Formulary Apportionment – Myths and Prospects, Promoting Better International Tax Policies by Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative, World Tax Journal, 2011, 371 ff.
Avi-Yonah, Reuven; Clausing, Kimberly; Durst, Michael	Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, Vol. 9, 2009, S.497 ff.
Ballentine, Gegory	Ownership, Control, and the Arm's-Length Standard, Tax Notes International, 2016, S. 1177 ff.
Barker, William	Optimal International Taxation and Tax Competition: Overcoming the Contradictions, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 22, 2002, S. 161 ff.
Bärsch, Sven-Erich; Luckhaupt, Hagen; Schulz, Sebastian	Bestimmung angemessener Verrechnungspreise im Zusammenhang mit immateriellen Vermögenswerten, Ubg 2014, S. 37 ff.
Bärsch, Sven-Erich; Quilitzsch, Carsten; Schulz, Sebastian	BEPS: Steuerliche Implikationen des Aktionsplans der OECD aus deutscher Sicht, ISR 2013, S. 358 ff.
Bauer, Dan	Verrechnungspreise zwischen mehreren Konzernstrategieträgern – Plädoyer für einen veranlassungsorientierten Profit-Split, IStR 2006, S. 320 ff.
Baumhoff, Hubertus; Ditz, Xavier; Greinert, Markus	Auswirkungen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008 auf die Ermittlung internationaler Verrechnungspreise, DStR 2007, S. 1461 ff.
Baumhoff, Hubertus; Liebchen, Daniel	Seminar G: Steuerfragen im Zusammenhang mit immateriellen Wirtschaftsgütern, IStR 2014, S. 711 ff.
Baumhoff, Hubertus; Liebchen, Daniel; Kluge, Sven	Die Bildung von Rückstellungen für die steuerliche Verrechnungspreisdokumentation, IStR 2012, S. 821 ff.
Baumhoff, Hubertus; Liebchen, Daniel;	Überschließende Verrechnungspreiskorrekturen gemäß §1 Abs. 3 Satz 4 AStG?, IStR 2014,

Kluge, Sven	S. 515 ff.
Becker, Helmut	Die Besteuerung von Betriebsstätten, DB 1989, S. 10 ff.
Becker, Helmut	Funktionsnutzen oder Erwirtschaftungsgrundsatz – Wege zur Ermittlung des zutreffenden Betriebsstättenergebnisses, DB 1990, S. 392 ff.
Becker, Jan-André; Sandlos, Daniel	Die Vereinbarkeit der §1 Abs. 3 AStG mit den Prinzipien der steuerlichen Gewinnermittlung, DStR 2013, S. 154 ff.
Becker, Johannes; Fuest, Clemens	Source vs. Residence Based Taxation with International Mergers and Acquisitions, CESIFO Working Paper No. 2854, Category 1: Public Finance, November 2009.
Becker, Katharina; Sydow, Sabine	Das EuGH-Urteil in der belgischen Rechtssache C-311/08 SGI und seine Implikationen für die Frage der Europarechtmäßigkeit des 1 AStG, IStR 2010, S. 195 ff.
Bell, Kevin	U.S. Official: OECD mention of ‘Value Chain Analysis’ Tentative, 25 Transfer Report 372, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2016.
Bell, Kevin	McDonald Questions OECD Delegates About Risk Sharing, 25 Transfer Report 707, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2016.
Bell, Kevin	OECD’s Owens Rejects Unitary Idea, Focuses on Making Arm’s-Length Work, 18 Transfer Report 518, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2009.
Bell, Kevin	OECD, Country Measures to Combat BEPS: Final OECD Report Follows China’s Draft transfer Pricing Regulations; CBC Takes Off, 24 Transfer Report 764, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2015.
Bell, Kevin	U.S. Official: ‘Crunch Time’ Has Arrived for Agreeing on BEPS Transfer Pricing Items, Daily Tax Report, 122 DTR I-2, BNA Bloomberg, 2015.
Bell, Kevin	Chinese Official: ‘True Comparables’ Not Available for Transfer Pricing Cases, 34 TMWR 416, BNA Bloomberg, 30.03.2015.
Bell, Kevin	Hickman to OECD Business Delegates: What Is the Best Way to Allocate Risk?, International Tax Monitor, BNA Bloomberg, 20.03.2015.
Bell, Kevin	OECD’s Draft on Risk Clarifies ‘Proper’ Transfer Pricing Analysis, De Ruiters Says, International Tax Monitor, BNA Bloomberg, 16.01.2015.

Bell, Kevin	OECD's Hickman Outlines Debate On Risk Under Action 9 of BEPS Plan, International Tax Monitor, BNA Bloomberg, 25.07.2014.
Bell, Kevin	Next Release of OECD Intangibles Draft To Address Location Savings, Official Says, Daily Tax Review, 110 DTR I-3, BNA Bloomberg, 07.06.2013.
Bell, Kevin	U.K. Official Endorses OECD Draft Position That Goodwill Is an Intangible, 22 Transfer Report 921, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2013.
Bell, Kevin	USCIB's Chairman to OECD: Expand Draft Guidance on Location Savings, 22 Transfer Report 924, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2013.
Bell, Kevin	OECD's Andrus, BIAC Chair Lenon Square Off on Question Of Which Party Should Receive Returns from Intangibles, 21 Transfer Report 610, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2012.
Bell, Kevin	Silberztein Quizzes Andrus on Whether OECD Discussion Draft Portends Policy Shift Toward Treatment of Intangibles Returns, 21 Transfer Report 171, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2012.
Bell, Kevin	OECD Working Party, Taxpayers Wrestle With How to Define Intangibles, International Tax Monitor, BNA Bloomberg, 17.11.2011.
Bell, Kevin	Recognition Rarely Should Be Denied Final OECD Guidelines on Restructurings Say, 19 Transfer Report 358, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2010.
Bell, Kevin	OECD Revamps 1995 Transfer Pricing Guidelines, Updates Model Tax Convention, 19 Transfer Report 363, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2010.
Bell, Kevin	OECD Delegates debate How to Price Business restructurings, Taxpayer Representatives Bemoan Non-Recognition Proposal, 18 Transfer Report 159, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2009.
Bell, Kevin	China's SAT Moving Needle on OECD Intangibles Guidance, Influencing BEPS Action on Country-by-Country Reporting, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 01.29.2014.
Bell, Kevin; Mitchell, Rick	BEPS Transfer Pricing Aligns Outcomes, Value Creation, International Tax Monitor, BNA Bloomberg, 06.10.2015.

- Bell, Kevin; Mitchell, Rick U.S. Official Welcomes Seven BEPS Actions, Practitioners Give More Muted Response, 23 Transfer Report 667, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2014.
- Bell, Kevin; Moses, Molly OECD Transfer Pricing Head Silberstein Defends Arm's-Length Standard, Speaks to restructuring Project, Other Issues, International Tax Monitor, Lead Report, BNA Bloomberg, 02.10.2009.
- Benshalom, Ilan Rethinking the Source of the Arm's-Length Transfer Pricing Problem, Virginia Tax Review, Vol. 32, 2013, S. 425 ff.
- Benshalom, Ilan The Quest to Tax Financial Income in a Global Economy: Emerging to an Allocation Phase, Virginia Tax Review, Vol. 28, 2008, S. 165 ff.
- Benshalom, Ilan Sourcing the "Unsourcable": The Cost Sharing Regulations and the Sourcing of Affiliated Intangible-Related Transactions, Vol. 26, 2007, S. 631 ff.
- Benz, Sebastian; Böhmer, Julian Der aktuelle Stand der steuerpolitischen Vorhaben der G20, IStR 2015, S. 380 ff.
- Beuchert, Tobias Entwicklung im Verrechnungspreissystem der USA am Beispiel der Verfahren DHL, Glaxo und Xilinx – Modell für Deutschland?, IStR 2006, S. 605 ff.
- Birch, Robert High Profit Intangibles After the White Paper and Bausch and Lomb: Is the Treasury Using Opaque Lenses?, University of Miami Business Law Review, Vol. 2, 1991, S. 105 ff.
- Blouin, Jennifer; Krull, Linda; Robinson, Leslie Is U.S. Multinational Dividend Repatriation Policy Influenced by Reporting Incentives?, The Accounting Review, Vol. 87, No. 5, 2012.
- Blumers, Wolfgang Aggressive Steuerplanung – Vielleicht legal, aber jedenfalls verwerflich, BB 2013, S. 2785 ff.
- Boidman, Nathan; Kandev, Michael BEPS: A Spent Force or Radical Change?, Tax Notes International, 2015, S. 837 ff.
- Boidman, Nathan; Kandev, Michael BEPS: The OECD Discovers America?, Tax Notes International, 2013, S. 1017 ff.
- Borstell, Thomas OECD Proposal for Revised Guidance on Transfer Pricing of Intangibles: Key Issues, Reactions, Transfer Pricing International Journal, BNA Bloomberg, 08.03.2013.
- Borstell, Thomas; Brüninghaus, Dirk Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Verrechnungspreiskorrekturen nach §1 AStG – Ausblick nach dem BFH-Beschluss vom 21.6.2001, IStR 2001, S. 757 ff.
- Borstell, Thomas; Wehnert, Oliver Lizenzzahlungen im Konzern, IStR 2001,

- S. 127 ff.
- Bounfour, Ahmed; Miyagawa, Tsutomu (Hrsg.) Intangibles, Market Failure and Innovation Performance, Springer, 2015.
- Brauner, Yariv Value in the Eyes of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes, Virginia Tax Review, Vol. 28, 2008, S. 79 ff.
- Brauner, Yariv Treaties in the Aftermath of BEPS, Brooklyn Journal International Law, Vol. 41, 2016, S. 973 ff.
- Brauner, Yariv What the BEPS?, Florida Tax Review, Vol. 16, 2014, 55 ff.
- Brauner, Yariv Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation, Intertax, Vol. 38, 2010, S. 554 ff.
- Breslin, Patrick Coin Flips, Rational Decisions and Risk: Support for OECD Draft Guidance on Chapter 1, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 19.02.2015.
- Brewer, Ken IRS Commensurate With Income Powers: Exploring Their Limits, Tax Notes, 2015, S. 1281 ff.
- Broemel, Karl Konzerninterne Auftragsforschungsverhältnisse im Spannungsfeld aktueller Entwicklungen bei der Zurechnung von immateriellen Wirtschaftsgütern, IStR 2013, S. 249 ff.
- Broemel, Karl; Endert, Volker Zur Rolle von IP-Gesellschaften bei der Implementierung von Prinzipalstrukturen, IStR 2014, S. 87 ff.
- Brönnner, Herbert; Bareis, Peter; Hahn, Klaus; Maurer, Torsten; Poll, Jens; Schramm, Uwe (Hrsg.) Die Bilanz nach Handels- und Steuerrecht, Einzel- und Konzernabschluss nach HGB und IFRS, 11. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2016.
- Brooks, Janet; Gibson, Thomas The Super Royalty: The 1984 and 1986 Tax Act Amendments Affecting Transfer Pricing of Intangibles to Foreign Subsidiaries, Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 3, 1987, S. 87 ff.
- Burow, Margaret U.S. Checking Technical Proficiency of BEPS Proposals, Tax Analysts, Doc 2014-10749.
- Burow, Margaret OECD Intangibles Proposals May Be Attacking Transactions That No Longer Exist, Tax Analysts, Doc 2014-13896.
- Burow, Margaret; Stewart, David; Parillo, Kristen Stack Provides Insights on BEPS Reports, Outlines Next Steps, Tax Analysts, Doc. 2014-23394.
- Bydlinski, Franz Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Springer, 1982.

- Carroll, Mitchell Benefits for American Investors and Enterprises Abroad: Part I, *The International Lawyer*, Vol. 2, No. 4, S. 692 ff.
- Cauwenbergh, Patrick; Lucas Mas, Mayra The New German Transfer Pricing Rules on Cross-Border Relocation of Functions: A Preliminary Analysis, *European Taxation*, IBFD, 2008, S. 514 ff.
- Caves, Richard *Multinational Enterprise and Economic Analysis*, Cambridge Surveys of Economic Literature, 2007.
- Chan, Jenny; Pun, Ngai; Selden, Mark *The Politics of Global Production: Apple, Foxconn and China's New Working Class*, *New Technology, Work and Employment* Vol. 28, S. 100 ff.
- Chebounov, Anton Zur Problematik der Gewinnberichtung nach dem DBA-Recht, *IStR* 2002, S. 586 ff.
- Clark, Robert Transfer Pricing, Section 482, and International Tax Conflict: Getting Harmonized Income Allocation Measures From Multinational Cacophony, *The American University Law Review*, Vol. 42, 1993, S. 1155 ff.
- Coase, Ronald *The Nature of the Firm*, *Economica*, 1937 S. 86 ff.
- Cordewener, Axel; Dörr, Ingmar Die ertragssteuerliche Behandlung von Lizenzgebühren an ausländische Lizenzgeber: Grundzüge des deutschen Steuersystems (nationale und bilaterale Regelungen), *GRUR* 2005, S. 674 ff.
- Crüger, Arwed; Heggmair, Maik; Boehlke, Nicolas Der Entwurf des BMF-Schreibens „Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung“, *IStR* 2010, S. 86 ff.
- Crüger, Arwed; Riedl, Andreas Immaterielle Wirtschaftsgüter – aktuelle Entwicklungen zu Verrechnungspreisen, *IStR* 2014, S. 625 ff.
- Cunningham, Robert *The Future of International Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intellectual Property Foreign Transfer Pricing Audits of Intangibles*, *George Mason Law Review*, Vol. 10, 2002, S. 697 ff.
- Debatin, Helmut Das Betriebsstättenprinzip der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, Teil I, *DB* 1989, S. 1692 ff.; Teil II, *DB*, 1989, S. 1744 ff.
- Desai, Mihir; Hines James *Evaluating International Tax Reform, Negotiation, Organization and Markets Research papers*, Harvard NOM Research Papers No. 03-48.
- Desai, Mihir; Hines James *Old Rules and New Realities: Corporate Tax Policy in a Global Setting*, *Ross School of Business Working Paper Series*, Working Paper No.

- 920, 2004.
- Devereux, Michael; Keuschnigg, Christian  
The Distorting Arm's Length Principle in International Transfer Pricing, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper No. 09/10.
- Devereux, Michael; Vella, John  
Are We Heading Towards a Corporate Tax system Fit for the 21st Century?, Fiscal Studies, Vol. 35, 2014, S. 449 ff.
- Dharmapala, Dhammika  
The Economics of Corporate and Business Tax Reform, Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper series 2016, WP 16/04.
- Dharmapala, Dhammika  
What Do We Know About Base Erosion and Profit? A Review of the Empirical Literature, Coase-Sander Institute for Law and Economics Working Paper No. 702, 2014.
- Dharmapala, Dhammika  
Base Erosion and Profit Shifting: A Simple Conceptual Framework, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 703, 2014.
- Dharmapala, Dhammika; Desai, Mihir  
Earnings Management, Corporate Tax Shelters, and Book-Tax Alignment, Harvard Business School Finance Working Paper No. 884812, January 2009.
- Ditz, Xaver  
Praxisfall einer Funktionsverlagerung unter besonderer Berücksichtigung der VWG-Funktionsverlagerung vom 13.10.2010, IStR 2011, S. 125 ff.
- Ditz, Xaver; Pinkernell, Reimar; Quilitzsch, Carsten  
BEPS-Reformvorschläge zu Lizenzgebühren und Verrechnungspreisen bei immateriellen Wirtschaftsgütern aus Sicht der Beratungspraxis, IStR 2014, S. 45 ff.
- Ditz, Xaver; Quilitzsch, Carsten  
Erweiterung von Offenlegungspflichtigen durch Country by Country Reporting Steuerpolitischer Nutzen und verfahrensrechtliche Grenzen, DStR 2014, S.127 ff.
- Ditz, Xavier  
Praxisfall einer Verrechnungspreisprüfung und Funktionsverlagerung, IStR 2009, S. 421 ff.
- Ditz, Xavier  
Übertragung von Geschäftschancen bei Funktionsverlagerung ins Ausland Darstellung an ausgewählten Beispielen, DStR 2006, S. 1625 ff.
- Ditz, Xavier  
Die Grenzen des Fremdvergleichs – Zugleich Plädoyer für ein Festhalten am Fremdvergleichsgrundsatz, FR 2015, S. 115 ff.
- Ditz, Xavier  
Internationale Gewinnabgrenzung bei Betriebsstätten und nationale Gewinnermittlungsvorschriften im Lichte aktueller Entwicklungen bei der OECD, IStR 2005, S. 37 ff.

Drucker, Jesse	OECD Enables Companies to Avoid \$100 Billion in Taxes, BNA Bloomberg, 18.03.2013.
Dürrfeld, Armin; Wingendorf, Petra	Lizensierung von Markenrechten im Konzern, IStR 2005, S. 464 ff.
Dürrfelder, Armin; Wingendorf, Petra	Lizensierung von Markenrechten im Konzern, IStR 2005, S. 464 ff.
Dürschmidt, Daniel	Seminar L: Zeitliche Aspekte der Abkommenanwendung, IStR 2015, S. 617 ff.
Durst, Michael	Starting the Conversation: A Formulary System for Dividing Income Among Taxing Jurisdictions, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 24.05.2013; Part II: Examining Current Formulary and Arm's-Length Approaches, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 27.06.2013; Part III: Comparative Assessment of Formulary, Arm's-Length Regimes, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 20.08.2013; Part IV: Choosing a Tax Base, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 17.10.2013; Part V: Apportionment Using a Combined Tax Base, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 28.11.2013; Part VI: Building the Formula, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 23.01.2014; Part VII: The Sales Factor, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 20.03.2014.
Durst, Michael	A Two-Option Compromise for Intangibles Pricing Guidelines, Tax Notes, 2012, S. 1277 ff.
Durst, Michael	Beyond BEPS: A Tax Policy Agenda for developing Countries, ICTD Working Paper 18, 2014.
Durst, Michael	The Two Worlds of Transfer Pricing Policymaking, tax Notes 2011, S. 443 ff.
Durst, Michael; Culbertson, Robert	Clearing away the Sand: Retrospective Methods and Prospective Documentation in Transfer Pricing Today, Tax Law Review, 2003, 37 ff.
Ebering, Alexander	Wann sind Preisanpassungsklauseln bei Funktionsverlagerungen i.S. von §1 Abs. 3 Satz 9 AStG fremdüblich?, IStR 2011, S. 418 ff.
Eden, Lorraine	The Arm's Length Standard: Making it Work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States, in Global Tax Fairness, Pogge/Mehta Hrsg.), Oxford, 2015, Chapter 6.
Eigelshoven, Axel; Ebering, Alexander	Das Fremdvergleichsprinzip neu interpretiert: Das „Practicle Manual on Transfer Pricing for Developing Countries“ der Vereinten Nationen, IStR 2014, S. 16 ff.
Eilers, Stephan; Schmitz, Stefan	BEPS – Base Erosion and Profit Shifting: Besteuerungsgrundlage und Gewinnverlagerung,

	ISR Februar 2013, S. 68 ff.
Eisenberg, Andrea; Ullmann, Robert	Bewertung von Transferpakten in Funktionsverlagerungsfällen: Anwendung eines endlichen Kapitalisierungszeitraums, IStR 2013, S. 855 ff.
Elbert, Dirk; Wellmann, Richard; Münch, Marcus	Verrechnungspreisdokumentation Reloaded? – Anmerkungen zur Guidance der OECD betreffend die Dokumentation von Verrechnungspreisen und das Country-by-Country-Reporting, IStR 2014, S. 800 ff.
Endres, Dieter; Oestreicher, Andreas	Die Besteuerung von Funktionsverlagerungen in zehn Fällen – Zugleich eine Stellungnahme zum Entwurf der Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung. IStR-Beih. zu Heft 20, 2009, S. 3 ff.
Englisch, Joachim	Einige Schlussfolgerungen zur Grundrechtskompatibilität des § 1 AStG – zugleich Anmerkungen zum Urteil des EuGH in der Rs. SGI, IStR 2010, S. 139 ff.
Ernick, David	Base Erosion, Profit Shifting and the Future of the Corporate Income Tax, Tax Management International Journal, BNA Bloomberg, 2013, S. 1 ff.
Essers, Peter	International Tax Justice Between Machiavelli and Habermas, Bulletin for International Taxation, 2014, Vol. 68, No. 2.
Evers, Maria Theresia; Meier, Ina; Spengel, Christoph	Transparency in Financial Reporting: Is Country-by-Country Reporting Suitable to Combat International Profit Shifting?, ZEW Discussion Paper No. 14-015, February 2014.
Finley, Ryan	OECD Discussion Draft Narrows Scope for Profit Splits, Tax Analysts, Doc 2016-13765.
Finley, Ryan	OECD Approach to Arm's-Length Principle Called Pragmatic, Tax Analysts, Doc 2016-15081.
Finley, Ryan	Year in Review: BEPS Phase 1 Completed, Tax Analysts, Doc 2015-26952.
Finsterwalder, Oliver	Bemessung von Verrechnungspreisen bei grenzüberschreitenden Know-how-Überlassungen im Konzern, IStR 2006, S. 355 ff.
Fischer, Wolfgang Wilhelm; Looks, Christian; Reese, Markus	Ermittlung von steuerlichen Verrechnungspreisen beim Global Development, IStR 2008, S. 254 ff.
Freedman, Judith	Improving Tax Legislation: Rules and Principles Revisited, British Tax Review, Issue 6, 2010, S. 717 ff.
Freitas de Moraes e Castro, Leonardo	Treatment of business synergy for transfer pricing purposes: Critical analysis of sections 367(d), 482 and 936 of the Internal Revenue

- Code and Government Proposals, *International Transfer Pricing Journal*, 2012 Vol. 19, No.2.
- Freudenberg, Michael; Ludwig, Christoph  
Funktionsverlagerung im Lichte des OECD Business Restructuring-Berichts, *BB* 2011, S. 215 ff.
- Fuest, Clemens; Spengel, Christoph; Finke, Katharina; Heckemeyer, Jost; Nusser, Hannah  
Profit Shifting and Aggressive Tax Planning by Multinational Firms: Issues and Options for Reform, *Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung, Discussion Paper No. 13-044*, 2013.
- Gillamariam, David; Binding, Jens  
Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) – Bericht der OECD zur Aushöhlung steuerlicher Bemessungsgrundlagen und Gewinnverlagerungen, *DStR* 2013, S. 1153 ff.
- Gilpin, Robert  
The Political Economy of International Relations, Princeton, University Press, 1987.
- Gilpin, Robert  
U.S. Power and the Multinational Corporation, Basic Books, New York, 1975.
- Görl, Maximilian  
Steuerliche Probleme bei der Mitarbeiterentsendung, *IStR* 2002, S. 443 ff.
- Gosch, Dietmar  
Über die Zeit im Abkommensrecht, *IStR* 2015, S. 709 ff.
- Gosch, Dietmar (Hrsg.)  
Körperschaftsteuergesetz, Beck'scha Steuerkommentar, 3. Aufl., 2015.
- Greatz, Michael  
Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy, *Tax Law Review*, Vol. 54, 2001, S. 261 ff.
- Greatz, Michael  
Bringing International Tax Policy Into the 21st Century, *Tax Notes International*, 2016, S. 315 ff.
- Greatz, Michael  
International income Taxation, *Taxes*, 2004, S. 227 ff.
- Greatz, Michael; Doud, Rachael  
Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation, *Columbia Law Review*, Vol. 113, 2013, S. 347 ff.
- Greatz, Michael; O'Hear, Michael  
The "Original Intent" of U.S. International Taxation, *Duke Law Journal*, Vol. 46, 1997, S. 1021 ff.
- Gregory, Dolores  
Treasury to Taxpayers: Want Certainty? Don't Push Envelope, 25 *Transfer Report* 540, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2016.
- Gregory, Dolores  
Andrus: 'Moral Hazard' Likely to Disappear From OECD's Revised Draft on Risk, *Daily Tax Report*, 112 DTR I-3, BNA Bloomberg, 10.06.2015.

Greil, Stefan	Das Gewinnpotential als mainfeste Gewinnchance, IStR 2009, S. 202 ff.
Greil, Stefan; Naumann, Manfred	Funktionsverlagerungen – Praxistest in der Betriebsprüfung, IStR 2015, S. 429 ff.
Greinert, Markus; Metzner, Susann	Zur Einkünftekorrektur nach § 1 AStG a.F. bei Teilwertabschreibungen eines unbesichert gegebenen Darlehens im Konzern, Der Konzern 2015, S. 427 ff.
Greinert, Markus; Metzner, Susann	Entwicklung des Fremdvergleichsgrundsatzes, Ubg 5 2014, S. 307 ff.
Greinert, Markus; Metzner, Susann	Die Bedeutung von Risiken bei der Ermittlung fremdüblicher Verrechnungspreise – Diskussionsentwurf der OECD zu den Maßnahmen 8, 9 und 10 des BEPS-Aktionsplan, Ubg 2, 2015, S. 60 ff.
Grinberg, Itai	The New International Tax Diplomacy, Georgetown Law Journal, Vol. 104, 2016, S. 1137 ff.
Groß, Bernhard	Anpassung der Ergebnisse von Verrechnungspreisen an die Wertschöpfung – Der G20/OECD-Abschlussbericht zu den Maßnahmen 8-10 des BEPS-Aktionsplan, IStR 2016, S. 233 ff.
Grubert, Harry	Intangibles Income, Intercompany Transactions, Income Shifting, and the Choice of Location, National Tax Journal, No. 1, 2003, S. 221 ff.
Grubert, Harry	Foreign Taxes and the Growing Share of U.S. Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, are Being Globalized, Office of Tax Analysis, OTA Working Paper 103, 2012.
Gupta, Ajay	BEPS: Branding Stasis, Tax Analysts, Doc 2013-27303.
Gupta, Ajay	BEPS Action 8 (Intangibles): Arm's Length Is Still the Mantra, Tax Analysts, Doc 2014-22397.
Gupta, Ajay	Rough Road Ahead for OECD Intangibles Project, Tax Analysts, Doc 2014-24729.
Gupta, Ajay	The U.S. and BEPS – Return of the Big Bad Bully, Tax Analysts, Doc 2015-18576.
Gupta, Ajay	BEPS Action 4: Keeping Formulary Apportionment at Bay, Tax Analysts, Doc 2015-5428.
Gupta, Ajay	Paul Ryan – From International Tax Reformer to BEPS Blocker, Tax Analysts, Doc 2015-20841.
Hamacher, Rolf Josef	Begriff und Identifizierung des Beneficial Owners im Zusammenhang mit den US-Quellensteuerregelungen ab 1.1.2001 (Teil I), IStR 2002, S. 227 ff.

Hamaekers, Hubert	The Comparable Profits Method and the Arm's Length Principle, International Transfer Pricing Journal, 2003, S. 90 ff.
Hamaekers, Hubert	Arm's length – How long?, International Transfer Pricing Journal, 2001, S. 30 ff.
Harvey, Richard	Apple Hearing: Observations From an Expert Witness, Tax Notes, 2013, S. 1171 ff.
Helderman, Loek; Sporken, Eduard; Okten, Rezan	The Revised OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, International Transfer Pricing Journal, Vol. 21, No. 1, 2014.
Helderman, Loek; Sporken, Eduard; Okten, Rezan	Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions, International Transfer Pricing Journal, Vol. 19, No. 6, 2012.
Helderman, Loek; Sporken, Eduard; Okten, Rezan; Kanter, Marc	A New Era in Determining Arm's Length Compensation for intangibles? A Comparative View of Existing and Possible Future Transfer Pricing Principles, International Transfer Pricing Journal, 2013, S. 359 ff.
Hemmelrath, Alexander; Kepper, Philipp	Die Bedeutung des „Authorized OECD Approach“ (AOA) für die deutsche Abkommenspraxis, IStR 2013, S. 37 ff.
Herve, Yves; Gericke, Thomas; Gimmler, Florian	Lizenzgestaltung im Rahmen der steuerlichen Behandlung von Funktionsverlagerung, BC 2012, S. 552 ff.
Herzfeld, Mindy	News Analysis: Should Separate Entities Be Respected? Tax Notes International, 2015, S. 207 ff.
Herzfeld, Mindy	BEPS 2.0 – The OECD Takes on New Territory, Tax Analysts, Doc 2016-5451.
Herzfeld, Mindy	Will the OECD's 'Pragmatic Fudge' Save Transfer Pricing?, Tax Analysts, Doc 2016-15399.
Herzfeld, Mindy	Splitting Profits With Communists, Tax Notes International, 2015, S. 467 ff.
Herzfeld, Mindy	The U.S. Treasury and the BEPS Mess, Tax Notes International, 2015, 1067 ff.
Herzfeld, Mindy	The U.N. Rewrites International Tax Rules, Tax Notes International, 2010, S. 2014 ff.
Herzfeld, Mindy	\$240 Billion More in BEPS Taxes – Who Wins? Who Loses?, Tax Analysts, Doc 2015-24843.
Herzfeld, Mindy	Implementing BEPS (Or Not) in the Developing World, Tax Analysts, Doc 2015-24428.
Herzfeld, Mindy	The Economic Substance Doctrine – Lessons for BEPS, Tax Analysts, Doc 2015-10854.

Herzfeld, Mindy	Who Will Control the Future of International tax Policy?, Tax Analysts, Doc 2015-10247.
Herzfeld, Mindy	The Power of a Name: Stateless Income and Its Failings, Tax Analysts, Doc 2015-6713.
Herzfeld, Mindy	Input Needed on transfer Pricing Drafts, Tax Analysts, Doc2015-2128.
Herzfeld, Mindy	A Conversation With the Head of the BEPS Project, Tax Analysts, Doc 2014-8793.
Herzfeld, Mindy	Is the United Kingdom a Rogue or Bold Leader?, Tax Analysts, Doc 2015-939.
Herzfeld, Mindy	Political Reality Catches Up With BEPS, Tax Analysts, Doc 2014-1909.
Herzfeld, Mindy	Tax Planning and Fairness in International Tax, Tax Analysts, Doc 2015-15354.
Herzfeld, Mindy	Profit Shifts and Profit Splits: A Western View, Tax Analysts, Doc 2015-17628.
Herzfeld, Mindy	Will the United States Take Action on the BEPS Action Plan?, Tax Analysts, Doc2015-19980.
Herzfeld, Mindy	The Politics of the U.S. Patent Box, Tax Analysts, Doc 2015-20281.
Herzfeld, Mindy	Why BEPS IS Just the Beginning, Tax Analysts, Doc 2015-20840.
Herzfeld, Mindy	A Looming Global Tax War?, Tax Analysts, Doc 2016-2367.
Hey, Johanna	Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Otto Schmidt Verlag, 2002.
Hey, Johanna	Grenzen steuerliche Gestaltungsfreiheit – Verhältnis von § 42 AO zu speziellen Missbrauchsvorvermeidungsvorschriften, DStR-Beih. zu Heft 3, 2014, S. 8 ff.
Hey, Johanna	Das BEPS-Projekt – Babylonische Sprachverwirrungen zum Fremdvergleichsgrundsatz, Wissenschaftlicher Beirat Steuern EY, DB 2016, S. 2078 ff.
Hey, Johanna	Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, S. 1303 ff.
Higinbotham, Harlow; Levey, Marc	When Arm's Length Isn't really Arm's Length: Application of the Arm's-Length Standard, Intertax, 1998, S. 235 ff.
Hines, James	Reconsidering the Taxation of Foreign Income, Tax Law Review, Vol. 62, 2009,S. 269 ff.
Hines, James	Income Misattribution under Formula Apportionment, National Bureau of Economic Re-

- search, NBER Working Paper No. 15185, 2009.
- Holmstrom, Bengt; Tirole, Jean  
Transfer Pricing and Organizational Form, *The Journal of Law, Economics & Organization*, 1991, S. 201 ff.
- Hommel, Michael; Berndt Thomas  
Das Realisationsprinzip – 1884 und heute, *BB* 2009, S. 2190 ff.
- Hommel, Michael; Buhleier, Claus; Pauly, Denise  
Bewertung von Marken in der Rechnungslegung - eine kritische Analyse des IDW S 5, *BB* 2007, S. 371 ff.
- Hörmann, Norbert  
Steuersystematische Grundlagen der Ergebniskorrektur im internationalen Konzern, *BB* 1991, S. 733 ff
- Huibregtse, Steef; Peeters, Mark; Verdoner, Louan; Carey, Steven  
IP Companies and Substance: No-Fly Zones?, *Transfer Pricing International Journal*, BNA Bloomberg, 05/11, S. 1 ff.
- Hülster, Thomas  
Grenzen der Korrektur von Verrechnungspreisen in der Betriebsprüfung, *IStR* 2016, S. 874 ff.
- Hummel, Roland; Knebel, Andreas; Born, Alexander  
Doppelbesteuerung und BEPS, *IStR* 2014, S. 832 ff.
- Isensee, Tobias  
Veräußerung und Nutzungsüberlassung eines Absatzmarktes, *IStR* 1999, S. 527 ff.
- Isensee, Tobias  
Der tatsächliche Fremdvergleich bei der Bestimmung von Verrechnungspreisen am Beispiel von Vertriebsunternehmen, *IStR* 2002, S. 465 ff.
- Käbisch, Volker  
Grenzüberschreitendes Outsourcing – Zweifelsfragen, Strategien und Lösungen, *IStR* 2014, S. 674 ff.
- Kadet, Jeffery  
BEPS: A Primer on Where It Came From and Where It's Going, *Tax Notes*, 2016, S. 793 ff.
- Kadet, Jeffery  
Expansion of the Profit-Split Method: The Wave of the Future, *Tax Notes International*, 2015, S. 1183 ff.
- Kadet, Jeffery; Koontz, David  
Profit-Shifting Structures: Making Ethical Judgments Objectively, *Tax Notes*, 2016, Vol. 151, S. 1831 ff.; Part II, *Tax Notes*, Vol. 152, 2016, S. 85 ff.
- Kahle, Holger; Lipp, Marisa  
Die Komplexität der G(K)KB: Ein vergleichender Blick auf den Prozess der Umsatzsteuerharmonisierung in Europa, *DStR* 2013, S. 1205 ff.
- Kaminski, Bert  
Verrechnungspreisbestimmung bei fehlendem Fremdvergleichspreis, *Luchterhand*, 2001.
- Kane, Mitchell  
Ownership Neutrality, Ownership Distortions, and International tax Welfare Benchmarks, *Vol. Virginia Tax Law*, Vol. 26, 2006, S. 53 ff.
- Kinzl, Ulrich-Peter  
Generalthema II: Abkommensberechtigung und persönliche Zurechnung von Einkünften, *IStR*

	2007, S. 561 ff.
Kircher, Markus; Stumpf, Björn	Die Beseitigung der Doppelbesteuerung in Dreieckskonstellationen bei Verrechnungspreisstreitigkeiten, BB 2014, S. 1502 ff.
Kleinbard, Edward	Through a Latte, Darkly: Starbucks's Stateless Income Planning, Tax Notes, 2013, S. 1515 ff.
Kleinbard, Edward	The Lessons of Stateless Income, Tax Law Review, 2011, S. 99 ff.
Kleinbard, Edward	Stateless Income, Florida Tax Review, 2011, S. 699 ff.
Kleinbard, Edward	Stateless Income's Challenge to Tax Policy, Part 1, Tax Notes, 2011, S. 1021 ff.; Part 2, Tax Notes, 2012, S. 1431 ff.
Kleinbard, Edward	'Competitiveness' Has Nothing to Do With It, Tax Notes, 2014, S. 1055 ff.
Knobbe-Keuk, Brigitte	Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., Otto Schmidt Verlag, 1993.
Knoll, Michael	Reconsidering International Tax Neutrality, Tax Law Review, Vol. 64, 2011, 99 ff.
Knoll, Michael	Reconsidering International Tax Neutrality, Tax Law Review, Vol. 64, 2011, S. 99 ff.
Koch, Manuel	Die neue OECD-Definition immaterieller Werte für Verrechnungspreiszwecke – hat die OECD ihre selbst gesteckten Ziele erreicht?, IStR 2015, S. 199 ff.
Kofler, Georg	The BEPS Action Plan and Transfer Pricing: The Arm's Length Standard Under Pressure?, British Tax Review, No. 5, 2013, S. 646 ff.
Konrad, Maren	Erfolgs- und Vermögensabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach dem Functionally Separate Entity-Ansatz, IStR 2003, S. 786 ff.
Krauß, Sebastian	Besprechung des Kompromisstexts vom 19.11.2014 zum Vorschlag für eine Richtlinie zur GKKB, IStR 2015, S. 727 ff.
Kreienbaum, Martin	Seminar J: Impact of EU-Law on the BEPS-Initiative, IStR 2014, S. 721 ff.
Krüger, Elmar	Die verrechnungspreisrechtliche Problematik der Werthaltigkeit von Dachmarken, IStR 2015, S. 650 ff.
Kühnlein, Claudia; Thier, Christoph	Die Bestimmung fremdvergleichskonformer Lizenzsätze im Konzern unter Berücksichtigung von Duplizierungs- bzw. Replizierungsstrategien, BB 2011, S. 1180 ff.
Kußmaul, Heinz; Ruiner, Christoph	Die sog. Standardmethoden zur Ermittlung fremdvergleichskonformer Verrechnungspreise,

	Preisvergleichsmethode, Wiederverkaufspreismethode und Kostenaufschlagsmethode, IStR 2010, S. 605 ff.
Küting, Karlheinz; Ulrich, Andreas	Abbildung und Steuerung immaterieller Vermögensgegenstände (Teil I) – Werttreiber im normativen Zwangskorsett, DStR 2001, S. 953 ff.
Lagarden, Martin	Immaterielle Wirtschaftsgüter und Verrechnungspreise, IWB 2014, S. 719 ff.
Lampert, Steffen	Die dynamische Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen unter Beachtung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen, IStR 2012, S. 513 ff.
Lang, Michael	The Principle of Territoriality and its Implementation in the Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), WU International Taxation Research Paper Series, September 2012.
Langbein, Stanley	The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, Tax Notes, Special Report, 1986, S. 625 ff.
Langbein, Stanley	A Modified Fractional Apportionment Proposal for Tax Transfer Pricing, Tax Notes, Special Report, 1992, S. 719 ff.
Langbein, Stanley	Transaction Cost, Production Cost, and Tax transfer Pricing, Tax Notes, Special Report, 1989, S. 1391 ff.
Langbein, Stanley	Transfer Pricing and the Outsourcing Problem, Tax Notes, Special Report, 2005, 1299 ff.
Langbein, Stanley	Parliamentary Parentheses, Cognitive Capture, and the Rise of Fractional Apportionment, Tax Management International Journal, BNA Bloomberg, Vol. 39, No. 10.
Langbein, Stanley; Fuss, Max	The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the 'Arm's Length' Standard, The International Lawyer, Vol. 51, No. 2, S. 259 ff.
Lebowitz, Brian	The Arm's-Length Standard as a 'Special Measure' Under BEPS, Tax Notes International, 2015., S. 607 ff.
Lebowitz, Brian	Dark Matter and Gray Matter in Transfer Pricing, Tax Notes, Doc 2014-5960.
Lebowitz, Brian	Transfer Pricing and the End of International Taxation, Tax Notes, Doc 1999-29863.
Lee, John	Section 482 and the Integrated Business Enterprise, Virginia Law Review, Vol. 57, 1971, S. 1376 ff.

Leisner-Egensperger, Anna	DBA-Auslegung unter Rückgriff auf nationales Recht – zu Art. 3 Abs. 2 des OECD-MA, IStR 2014, S. 10 ff.
Lev, Baruch	Management, Measurement, and Reporting, Brookings Institution Press, 2001.
Li, Jinyan	China and BEPS: From Norm-Taker to Norm-Shaker, Bulletin for International Taxation, IBFD, Vol. 69, 2015.
Listl, Peter Roman	Zur Dachmarkenlizenzierung im Outbound-Fall, IStR 2014, S. 94 ff.
Löcke, Jürgen	Aktivierung konzernintern erworbener immaterieller Vermögensgegenstände des Anlagevermögens?, BB September 2014, S. 415 ff.
Looks, Christian; Scholz, Christian	Funktionsverlagerungen nach der Neufassung des § 1 Abs. 3 AStG, BB 2007, S. 2541 ff.
Loomis, Stephen	The Double Irish Sandwich: Reforming Overseas Tax Havens, St. Mary's Law Journal, Vol. 43, 2012, S. 825 ff.
Lüdicke, Jürgen	Anmerkungen zur deutschen Verhandlungsgrundlage für Doppelbesteuerungsabkommen, IStR-Beih. 2013, S. 26 ff.
Madara, Matthew	Treasury Proposes Alternative to Addressing Cash Box Problem, Tax Analysts, Doc 2014-26813.
Markham, Michelle	Tax in a changing World: The Transfer Pricing of Intangible Assets, Tax Notes International, Vol. 40, 2005, S. 895 ff.
Markham, Michelle	Transfer Pricing of Intangibles in the US, the OECD and Australia: Are Profit-Split Methodologies the Way Forward?, University of Western Sydney Law Review, 2004, Vol. 8, S. 56 ff.
Martin, Julie	BRICS Countries to Jointly Develop Tax and Transfer Pricing Standards, Tax Analysts, Doc 2013-1540.
Mattern, Oliver	BFH I R 30/12: Auswirkungen der DBA-Diskriminierungsverbote in Art. 24 Abs. 3 und Abs. 4 OECD-MA auf Zins- bzw. Lizenzabzugsbeschränkungen, IStR 2014, S. 558 ff.
Mehrotra, Ajay	Edwin R.A. Seligman and the Beginnings of U.S. Income Tax, Tax Notes, 2014, S. 933 ff.
Melnicoe, Mark	China's Vice Premier: 'Heavy' Tax Burden on Multinationals, 25 Transfer Report 37, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2016.
Mentz, Roger; Carlise, Linda	The Tax Ownership of Intangibles Under the Arm's-Length Principle, Tax Notes, Doc 1997-29334.

Micker, Lars	Verfassungsrechtliche Aspekte der Besteuerung von Funktionsverlagerungen ins Ausland, IStR 2010, S. 829 ff.
Mogle, James	The Future of International Transfer Pricing: Practical and Policy Opportunities Unique to Intangible Property, Economic Substance, and Entrepreneurial Risk in the Allocation of Intangible Income, George Mason Law Review, Vol. 10, 2002, S. 925 ff.
Monsenego, Jérôme	The Substance Requirement in the OECD transfer Pricing Guidelines: What is the Substance of the Substance Requirement?, International Transfer Pricing Journal, Vol. 21, No. 1, 2014.
Moxter, Adolf	Erosion von Georg Döllers Bilanzrechtskonzeption beim BFH?, DStR 2003, S. 1586 ff.
Naumann, Manfred	Seminar E: Gewinnaufteilungsmethoden und der Fremdvergleichsgrundsatz, IStR 2013, S. 616 ff.
Naumann, Manfred; Groß, Bernhard	Verrechnungspreisaspekte immaterieller Werte – der OECD-Bericht zu Maßnahme 8 des BEPS Action Plan, IStR 2014, S. 906 ff.
Naumann, Manfred; Groß, Bernhard	Die Dokumentation von Verrechnungspreisen, IStR 2014, S. 792 ff.
Nayat, Dinkar; Choudhury, Rahul	A Selective Review of Foreign Direct Investment Theories, UN ESCAP, Working Paper No. 143, March 2014.
Nestler, Anke	Angemessene Lizenzbewertung anhand der Profit-Split-Methode: Was man von der Knoppe-Formel lernen kann, BB 2013, S. 2027 ff.
Nestler, Anke	Ermittlung von Lizenzentgelten, BB 2008, S. 2002 ff.
Neumann-Tomm, Axel	BEPS – Wenn überhaupt nationale Gegenmaßnahmen, dann mit Augenmaß, IStR 2015, S. 436 ff.
Oestreicher, Andreas; Hundeshagen, Christian	Weder Wirtschaftsgut noch Unternehmen – die Bewertung von Transferpaketen anlässlich der grenzüberschreitenden Verlagerung von Unternehmensfunktionen, IStR 2009, S. 145 ff.
Oestricher, Andreas; Göttingen; van der Ham, Susann; Andresen, Ulf	Die Neuregelung der Betriebsstättengewinnaufteilung in zwölf Fällen – zugleich eine Stellungnahme zum Entwurf der Betriebsstättengewinnaufteilungsverordnung, IStR-Beih. 2014, S. 1 ff.
Ooates, Mark; O’Brien, James	The Arm’s-Length Standard: Why It Matters, International Tax Journal, 2009, S. 11 ff.
Ossi, Gregory	The Significance of Intangible Property Rights in Transfer Pricing, Tax Analysts, Special Report, 1999, S. 511 ff.

Parillo, Kristen	BRICS Countries Unsatisfied With OECD and U.N. Tax Policy Approach, Practitioners Say, Tax Analysts, Doc 2013-2623.
Parillo, Kristen	Days of Double Nontaxation are Over, U.S. Treasury official Says, Tax Analysts, Doc 2013-13543.
Parillo, Kristen	Robert Stack – BEPS and the United States, Tax Analysts, Doc 2014-29348.
Parker, Alex	Ex-Official: OECD Unlikely to Examine capital Allocation, 25 Transfer Report 403, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2016.
Parker, Alex	Country-by-Country Reporting: A Path to Transparency, Or a Prelude to a Formulary Apportionment Approach?, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 12.11.2013.
Peter, Markus; Spohn, Patrick	Preisanpassungsklauseln bei Funktionsverlagerungen nach deutschem sowie US-Amerikanischem Steuerrecht, IStR 2008, S. 864 ff.
Picciotto, Sol	Profit Splits and China: Hardly Communist, Tax Notes International, 2015, S. 769 ff.
Piccotto, Sol	Can the OECD Mend the International Tax System? Tax Notes International, 2013, S. 1105 ff.
Piccotto, Sol	Transfer Pricing Is Still Dead: From Independent Entity Back to the Unitary Principle, Tax Notes International, 2014, S. 13 ff.
Piccotto, Sol	BEPS: The End of the Beginning, Tax Analysts, Doc 2015-15968.
Piltz, Detlev	Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): Die ganze Wahrheit?, IStR 2013, S. 681 ff.
Pinkernell, Reimar	Ein Musterfall zur internationalen Steuerminimierung durch US-Konzerne, StuW 2012, S. 369 ff.
Pinkernell, Reimar	Das Steueroasen-Dilemma der amerikanischen IT-Konzerne, IStR 2013, S. 180 ff.
Pinkernell, Reimar	OECD-Aktionsplan gegen internationale Gewinnverlagerung und Aushöhlung der Bemessungsgrundlagen (BEPS-Projekt), FR 2013, S. 737 ff.
Pinkernell, Reimar	OECD-Aktionsplan gegen international Gewinnverlagerung und Aushöhlung der Bemessungsgrundlagen (BEPS-Projekt), FR 2013, S. 737 ff.
Prinz, Detlev	BEPS und das staatliche Interesse, IStR 2015, S. 529 ff.
Pross, Achim; Radmanesh, Sandy	Seminar A: “Patentboxen”, IStR 2015, S. 579 ff.

- Przysuski, Martin Identification, Innovation, and Intangible Ownership in transfer Pricing, *Tax Notes International*, 2006, S. 1139 ff.
- Puls, Michael Funktionsverlagerungsbesteuerung: Schadenersatz-, Entschädigungs- und Ausgleichsansprüche als „Transferpaket“-Ersatz nach § 8 FVerlV, *IStR* 2010, S. 89 ff.
- Rasch, Stephan; Schmidtke, Richard Routinefunktionen, Gewinnverlagerungen und das Versagen des hypothetischen Fremdvergleichs, *IStR* 2009, S. 92 ff.
- Rectenwald, Glen A Proposed Framework for Resolving the Transfer Pricing Problem: Allocating the Tax Base of Multinational Entities Based on Real Economic Indicators of Benefit and Burden, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 23, 2012, S. 425 ff.
- Reimer, Ekkehart Der ungeliebte Präsident. Herbert Dorn an der Spitze des Reichsfinanzhofs (1931-1934), *Steuern im Rechtsstaat*, Mellinghoff (Hrsg.), FS Spindler, 2011, S. 507 ff.
- Reimer, Ekkehart; Lehner, Moris Generalthema I: Quelle versus Ansässigkeit – Wie sind die grundlegenden Verteilungsprinzipien des Internationalen Steuerrechts austariert?, *IStR* 2005, S. 542 ff.
- Rhee, Jennifer The Demise of the Arm’s-Length Principle? Or How to Make the Arm’s-Length Principle Workable, 18 *Transfer Report* 989, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2009.
- Richter, Lutz; Heyd, Steffen Neujustierung der Betriebsstätten-Gewinnabgrenzung durch die Implementierung des Authorized OECD-Approach, *Ubg* 2013, S. 418 ff.
- Ring, Diane International Tax Relations: Theory and Implications, Boston College Law School, Legal Studies Working Paper Series, Research Paper 97, 2006.
- Roberge, Chantal Transfer Pricing in the Pharmaceutical Industry: The Remuneration of Marketing Intangibles, *International Transfer Pricing Journal*, 2013, S. 212 ff.
- Rödder, Thomas Zum Seminar F: 20 Thesen zur BEPS-Diskussion, *IStR* 2013, S. 619 ff.
- Roeder, Achim Ökonomische Aspekte des hypothetischen Fremdvergleichs, *Ubg* 2008, S. 202 ff.
- Rosenzweig, Adam News Analysis: Building a Framework for a Post-BEPS World, *Tax Notes International*, Vol. 74, No. 12, 2014, S. 1 ff.
- Ross, Alan Taxation and Pricing of Intangibles, Singapore

- Management University, School of Accounting Research Paper Series Vol. 4, No. 2, Paper No: 2016-S-44.
- Rouenhoff, Andre Zurechnung der durch immaterielle Wirtschaftsgüter erzielten Wertschöpfungsbeiträge unter rechtlichen, wirtschaftlichen und funktionalen Gesichtspunkten, IStR 2012, S. 22 ff.
- Rouenhoff, Andre Erste Analyse des OECD-Diskussionspapiers zur Berücksichtigung von Intangibles bei der Festlegung von Verrechnungspreisen, IStR 2012, S. 654 ff.
- Rowe, Jonathan Unitary method curbs tax shenanigans, The Multinational Monitor, Finance, 1980, Vol. 1, No. 8.
- Rüd, Eberhard DBA und Rechtsanwendungsmethodik – verdeckte Gewinnausschüttung und treaty overriding, IStR 2010, S. 725 ff.
- Sanchirico, Chris As American as Apple Inc.: International Tax and Ownership Neutrality, Tax Law Review, Vol. 68, 2015, S. 207 ff.
- Schäfer, Anne; Spengel, Christoph The Impact of ICT on Profit Allocation within Multinational Groups: Arm's Length Pricing or Formula Apportionment?, ZEW Discussion Paper No. 03-53, 2003.
- Schaumburg, Harald; Rödder, Thomas (Hrsg.) Unternehmensteuerreform 2008, C.H. Beck, 2007.
- Schilling, Dirk Bewertung von Transferpaketen auf Basis von Einzelwerten: Firmenwert, quo vadis?, BB 2012, S. 307 ff.
- Schler, Michael The Arm's-Length Standard After Altera and BEPS, Tax Notes, Special Report, 2015, S. 1149 ff.
- Schmidbauer, Rainer Die Bilanzierung und Bewertung immaterieller Vermögensgegenstände bzw. Vermögenswerte in der deutschen Rechnungslegung sowie nach IAS Vergleichende Darstellung unter Berücksichtigung von DRS 12 und ED IAS 36 / 38, DStR 2003, S. 2035 ff.
- Schmidbauer, Rainer Immaterielle Vermögenswerte in der Unternehmensrechnung: Abbildung im Jahresabschluss und Ansätze zur Steuerung, DStR 2004, S. 1442 ff.
- Schmidt, Ludwig (Begr.) Einkommensteuergesetz, Kommentar, 36. Aufl., C.H. Beck, 2016.
- Schmidtke, Richard Maßnahme 8 des BEPS-Aktionsplans – Der Fremdvergleichsgrundsatz und BEPS, IStR 2015, S. 120 ff.

Schnorberger, Stephan; Langkau, Dirk	Teilwertabschreibungen auf Gesellschafterdarlehen und Fremdvergleich – Zugleich Anmerkung zum BFH-Urteil vom 17.12.2014 – I R 23/13, IStR 2015, S. 242 ff.
Schnorberger, Stephan; Waldens, Stefan	Einkommenszuordnung bei grenzüberschreitender Personalentsendung im Konzern – Verlagerungsneutralität statt Fremdvergleich als Richtschnur, IStR 2001, S. 39 ff.
Schnorberger, Stephan; Waldens, Stefan	Einkommenszuordnung bei grenzüberschreitender Personalentsendung im Konzern – Verlagerungsneutralität statt Fremdvergleich als Richtschnur, IStR 2001, S. 39 ff.
Schön, Wolfgang	Steuerpolitik 2008 – das Ende der Illusionen?, DStR-Beih. Zu Heft 17, 2008, S. 10 ff.
Schön, Wolfgang	International Taxation of Risk, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2014-03.
Schön, Wolfgang	International Tax Coordination for a Second Best World (Part 1), World Tax Journal, 2009, 69 ff.; Part II, World Tax Journal, 2010, 65 ff.; Part III, World Tax Journal, 2010, 227 ff.
Schön, Wolfgang	Zur Zukunft des Internationalen Steuerrechts, StuW 3/2012, S. 213 ff.
Schön, Wolfgang	Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and the European Union, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2011-08.
Schön, Wolfgang	Taxing Multinationals in Europe, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2012-11.
Schön, Wolfgang	Der Fremdvergleich, der Europäische Gerichtshof und die „Theory of the Firm“, IStR 2011, S. 777 ff.
Schön, Wolfgang	Zur Zukunft des Internationalen Steuerrechts, StuW 3/2012, S. 213 ff.
Schönefeld, Jens	Generalthema 1: Die Besteuerung von passiven ausländischen Einkünften innerhalb von Unternehmensgruppen, IStR 2013, S. 590 ff.
Schoppe, Christian	Verrechnungspreise – warum nicht mal zum FG?, BB 2014, S. 2199 ff.
Schoueri, Luis Eduardo	Verrechnungspreise, Gleichheit und steuerliche Leistungsfähigkeit, FS Joachim Lang, Tipke/Seer/Hey/Englisch (Hrsg.), 2010, S. 1117 ff.
Seer, Roman	Procedural Instruments as a Way To Deal With Valuation Uncertainty in International Law, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2014, Vol. 68, No. 3.

Shapiro, Daniel	The U.S. Response to OECD-BEPS and the EU State Aid Cases, NYU Law & Economics Research Working Paper Series, 2016, WP No.16-27.
Sharon, Craig	Reputational Risk: A New Dynamic in Transfer Pricing Compliance, Transfer Pricing Report, BNA Bloomberg, 08.03.2013.
Shay, Stephen	Ownership Neutrality and Practical Complications, Tax Law Review, Vol. 62, 2009, S. 317 ff.
Shay, Stephen	Mr. Secretary, Take the Tax juice Out of Corporate Expatriations, Tax Notes, 2014, S. 473 ff.
Shay, Stephen	Daunting Fiscal and Political Challenges for U.S. International Tax Reform, Harvard Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper Series, Paper No. 12-20, April/May 2012, S. 229 ff.
Shay, Stephen; Fleming, Clifton; Peroni, Robert	What's Source Got to Do With It? Source Rules and U.S. International Taxation, The David Tillinghast Lecture, Tax Law Review, Vol.56, 2002, S. 81 ff.
Shay, Stephen; Fleming, Clifton; Peroni, Robert	Designing a 21st Century Corporate Tax – An Advance U.S. Minimum Tax on Foreign Income and Other Measures to Protect the Base, Florida Tax Review, Vol. 17, 2015 S. 669 ff.
Shay, Stephen; Fleming, Clifton; Peroni, Robert	Territoriality in Search of Principles and Revenue: Camp and Enzi, Tax Notes, Special Report, 2013, S. 155 ff.
Shay, Stephen; Fleming, Clifton; Peroni, Robert	Worse Than Exemption, Emory Law Review, Vol. 59, 2009, S. 79 ff.
Shay, Stephen; Fleming, Clifton; Peroni, Robert	Fairness in International taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income, Florida Tax Review, Vol. 5, 2001, S. 299 ff.
Shay, Stephen; Fleming, Clifton; Peroni, Robert	Formulary Apportionment in the U.S. International Income Tax System: Putting Lipstick to a Pig?, Michigan Journal of International Law, 2014, S. 1, 34 ff.
Sheppard, Lee	When Should Transfer Pricing Disregard Contracts?, Tax Analysts, Doc 2015-16547.
Sheppard, Lee	Twilight of the international consensus: How Multinationals Squandered Their Tax Privileges, Washington University Journal of Law & Policy, 2014, S. 61 ff.
Sheppard, Lee; Soong Johnston, Stephanie	U.S. 'Extremely Disappointed' in DPT and BEPS Output, Stack Says, Tax Analysts, Doc 2015-13667.
Siegers, Dirk	Die verdeckte Einlage immaterieller Wirtschaftsgüter – Ansatz in der Steuerbilanz und

	Gewinnrealisierung?, DStR 1992, S.1570ff.
Silberztein, Caroline	Transfer Pricing Aspects of Intangibles: The OECD Project, Transfer Pricing International Journal, BNA Bloomberg, 08/11, S. 1 ff.
Singh, Kartikeya; Mathur, Aparna	BEPS and the LAW of Unintended Consequences, Tax Notes, 2013, S. 1331 ff.
Smialek, Jeanna; Webb, Alex	Stiglitz Deems Apple's Profit Reporting in Ireland 'Fraud', 25 Transfer Report 433, BNA Bloomberg, Tax and Accounting Center, 2016.
Soong Johnston, Stephanie	OECD Tax Chief Warns Against Departing From Arm's-Length Standard, Tax Analysts, Doc 2016-18222.
Stewart, David	'Value Creation' Understanding Key to Transfer Pricing's Future, Tax Analysts, Doc 2015-17237.
Stewart, David	Treasury Official Sets Out U.S. Goals and Concerns on BEPS Drafts, Tax Analysts, Doc 2014-7152.
Stewart, David	Stack Warns of Challenges facing U.S. Position on BEPS, Tax Analysts, Doc 2014-18495.
Stewart, David	OECD Addresses Cash Boxes Without Special Guidance, Tax Analysts, Doc 2015-15758.
Sullivan, Martin	Economic Analysis: The 3-Way Tug of War for Intangible Profits, Tax Analysts, 24.06.2013.
Sydow, Sabine	Gruppenbesteuerung: steuerliche Einheit zwischen Tochtergesellschaften – EuGH-Entscheidung in den verb. Rs. C-39-41/13 „SCA Group Holding BV“, IStR 2014, S. 480 ff.
Thiel, Jochen; Lüdtke-Handjery, Alexander	Bilanzrecht, 6. Aufl., C.F. Müller, 2010
Ting, Antony	iTax – Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue, British Tax Review, No. 1, 2014, S. 40 ff.
Tipke, Klaus; Lang, Joachim (Begr.)	Steuerrecht, 21. Aufl., Otto Schmidt, 2013.
Van den Hurk, Hans	Starbucks versus the People, Bulletin for International Taxation, Vol. 68, No. 1, 2014.
Van der Ham, Susann	Die Bestimmung von konzerninternen Verrechnungspreisen im Spannungsfeld von Steuern und Controlling, IStR 2015, S. 168 ff.
Van der Ham, Susann; Retzer, Daniel	Zur Verrechenbarkeit des Konzernnamens – zugleich Replik auf Listl, Zur Dachmarkenlizenzierung im Outbound-Fall, IStR 2014, 94, IStR 2014, S. 240 ff.
Vann, Richard	Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle, in Taxation of Business Prof-

- its Under tax Treaties, Arnold/Sasseville/Zolt (Hrsg.), 2003, Chapter 5, S. 133 ff.
- Vann, Richard      Taxing International Business Income: Hard-Boiled Wonderland and the End of the World, World Tax Journal, Vol. 2., 2010, S. 291 ff.
- Vann, Richard      Royalties in Australia: Task Technology and Seven Network Cases, Sydney Law School, Legal Studies Paper No. 15/96, November 2015.
- Vann, Richard      Current Trends in Balancing Residence and Source Taxation, University of Sydney, Legal Studies Research Paper No. 14/107, 2014.
- Vann, Richard; Cooper, Greame      Transfer Pricing Money – the Chevron Case, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 16/72, 2016.
- Vlaaderen, Paul      Why Exempt Foreign Business Income?, Tax Notes International, 2002, S. 1095 ff.
- Vogel, Jürgen      Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, Forum der Internationalen Besteuerung, Band 26, S. 1 ff.
- Vogel, Klaus      Double Tax Treaties and Their Interpretation, Berkley Journal of International Law, Vol. 4, 1986, S. 1 ff.
- Vogel, Klaus; Lehner, Moris (Hrsg.)      Doppelbesteuerungsabkommen, 6. Aufl. 2015.
- Vogel, Thomas      Niederländische Innovationsbox und britische Patent-Box als Instrumente steuerlicher Förderungen von Forschung und Entwicklung: Vorlage für Deutschland?; IStR 2014, S. 542 ff.
- Wagh, Sagar      Transfer Pricing Aspects of Marketing Intangibles: An Indian Perspective, Bulletin for International Taxation, IBFD, Vol.69, 2015.
- Wang, Jingyi      A Tentative Improvement: Comments on OECD Discussion Draft on the Transfer Pricing of Intangibles, International Transfer Pricing Journal, 2013, S. 136 ff.
- Wassermeyer, Franz      Auswirkungen der neueren Entscheidungen des Großen Senats zum Bilanzsteuerrecht, DB 2001, S. 1053 ff.
- Wassermeyer, Franz      Modernes Gesetzgebungsniveau am Beispiel des Entwurfs zu § 1 AStG, DB 2007, S. 535 ff.
- Wassermeyer, Franz      Auswirkungen der neueren Entscheidungen des Großen Senats zum Bilanzsteuerrecht, Der Betrieb Mai 2001, S. 1053 ff.
- Wassermeyer, Franz      Dealing-at-arm´s-length Prinzip, Forum Internationaler Besteuerung Band 20, S. 25 ff.
- Wassermeyer, Franz      Verdeckte Gewinnausschüttung: Veranlassung, Fremdvergleich und Beweisrisikoverteilung, DB

- 2001, S. 2465 ff.
- Wassermeyer, Franz Einkünftekorrekturnormen im Steuersystem, IStR 2001, S. 633 ff.
- Wassermeyer, Franz Die abkommensrechtliche Aufteilung von Unternehmensgewinnen zwischen den beteiligten Vertragsstaaten, IStR 2012, S. 277 ff.
- Wassermeyer, Franz Die BFH-Rechtssprechung zur Betriebsstättenbesteuerung vor dem Hintergrund des §1 Abs. 5 AStG und der BsGaV, IStR 2015, S. 37 ff.
- Wehnert, Oliver Verrechnungspreise und immaterielle Wirtschaftsgüter, IStR 2007, S. 558 ff.
- Weisbach, David The Use of Neutralities in International Tax Policy, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 697, 2014.
- Wells, Bret; Lowell, Cym Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source is the Linchpin, Tax Law Review, Vol. 65, 2012, 535 ff.
- Wells, Bret; Lowell, Cym Tax Base Erosion: Reformation of Section 482's Arm's Length Standard, Florida Tax Review, Vol. 15, 2014, 737 ff.
- Wells, Bret; Lowell, Cym Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs. Source, Columbia Law Review, Vol. 5, 2013, S. 1 ff.
- Wells, Bret; Lowell, Cym Tax Base Defence: History and Reality, International Transfer Pricing Journal, 2013, S. 72 ff.
- Wells, John; Wolosoff, Todd Discussion Draft: OECD's Discussion Draft on Intangibles: A Positive Step Forward, International tax Review, 17.12.2012.
- Wilkie, Scott Policy Forum: BEPS One Year In – Taking Stock, Canadian Tax Journal, Vol. 62, 2014, S. 455 ff.
- Wilkie, Scott The Definition and Ownership of Intangibles: Inside the Box? Outside the Box? What is the Box?, World Tax Journal, Vol. 4, No. 3., 2012.
- Williamson, Oliver; Winter, Sidney (Hrsg.) The Nature of the Firm – Origins, Evolution, and Development, Oxford University Press, 1991.
- Winnefeldt, Robert Bilanzhandbuch – Handels- und Steuerbilanz, Rechtsformspezifisches Bilanzrecht, Bilanzielle Sonderfragen, Sonderbilanzen, IAS/IFRS-Rechnungslegung, 5. Aufl., C.H.Beck, 2015.
- Wittendorff, Jens OECD Revised Discussion Draft on Intangibles – A Step in the Right Direction, Tax Notes International, 2013, S. 1325 ff.
- Wittendorff, Jens At Arm's Length: Marginal markets and the Valuation of networking, Tax Notes International

- al, 2013, S. 945 ff.
- Wittendorff, Jens At Arm's Length: BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle, Tax Analysts, Doc 2015-25410.
- Wittendorff, Jens OECD Misinterprets Controlled Transactions, Tax Notes International, 2015, S. 461 ff.
- Wittendorff, Jens 'Shadowlands': The OECD on Intangibles, Tax Notes International, 2012, S. 935 ff.
- Wittendorff, Jens More Black Smoke From the OECD's Chimney – The Third Intangibles Draft, Tax Notes, 2015, S. 167 ff.
- Wittendorff, Jens The Arm's-Length Principle and Fair value: Identical Twins or Just Close Relatives?, Tax Notes International, 2011, S. 223 ff.
- Wittendorff, Jens Valuation of Intangibles under Income-Based Methods – Part I, International Transfer Pricing Journal, Vol. 17, No. 5, 2010; Part II, International Transfer Pricing Journal, Vol. 17, No. 6, 2010.
- Wöhe, Günther; Mock, Sebastian Die Handels- und Steuerbilanz – Betriebswirtschaftliche, handels- und steuerrechtliche Grundsätze der Bilanzierung, Vahlen, 2010.
- Wolter, Hartmut; Pitzal, Christian Der Begriff der „Funktion“ in den neuen Regelungen zur Funktionsverlagerung in §1 Abs. 3 AStG, IStR 2008, S. 793 ff.
- Woyke, Wichard (Hrsg.) Handwörterbuch Internationale Politik, 9. Aufl., Bundeszentrale für Politische Bildung, Schriftenreihe Band 104, 2001.
- Wurzer, Alexander IP-Management – Schlüsselkompetenz in einer Wissensökonomie, GRUR 2008, S. 577 ff.
- Zech, Till Funktionsverlagerung auf einen Eigenproduzenten und auf ein Routineunternehmen – Anmerkungen zum Beitrag von Ditz, in diesem Heft S. 125, IStR 2011, S. 131 ff.
- Zech, Till Funktionsverlagerung durch Zusammenlegung von Produktion und Vertrieb? Praxisfall aus der Betriebsprüfung, IStR 2009, S. 418 ff.
- Zobalia, Hemal; Devani, Jimit Base Erosion and Profit Shifting Report and Action Plan – Overview and Relevance in Indian Context, Asia-Pacific Tax Bulletin, Vol. 20, No. 1, 2014.