

zunehmende „*Emanzipation des Steuerrechts vom Gesellschaftsrechts*“ zur Folge haben.⁷³ Eine solche Entwicklung ist angesichts der engen Verzahnung von Gesellschafts- und Steuerrecht nicht wünschenswert. Dies gilt in besonderer Weise für das Erbschaftsteuerrecht. Das Erbschaftsteuerrecht war und ist zivilrechtlich geprägt. Das sorgt für Rechtssicherheit und sollte daher auch in Zukunft so bleiben.

Redaktionelle Hinweise:

- Zur Zukunft des deutschen Erbschaftsteuerrechts: Der Koalitionsvertrag 2021-2025 vgl. *Wachter*, DB 2022 S. 284 = DB1396197;
- zur EuGH-Vorlage: Verstößt die fehlende Begünstigung von in Drittstaaten belegenen Wohnimmobilien nach § 13d ErbStG bzw.

§ 13c ErbStG 2009 gegen die Kapitalverkehrsfreiheit? vgl. *Meinert*, DB 2022 S. 160 = DB1394405.

- zum Recht der GbR und seine Auswirkungen auf die Registerpraxis vgl. *Bärwaldt/Richter*, DB 2021 S. 2476 = DB1386990;
- zu Beschlussmängel im neuen Recht der Personengesellschaften nach dem MoPeG vgl. *Bayer/Rauch*, DB 2021 S. 2609 = DB1388808;
- neue „Steuerkoordinaten“ für Personengesellschaften: Bestandsaufnahme, Entwicklungstendenzen, Handlungsbedarf vgl. *Prinz*, DB 2022 S. 11 = DB1391741;
- zu internationalen Mitunternehmensformen und Mittelstandsmo-
dell – Aktuelle Entwicklungslinien und Modernisierungsdiskussion vgl. *Prinz*, DB 2021 S. 914 = DB1363061;
- zur Frage was aus der Transparenz von PersGes. bei der ErbSt für sachliche Steuerbefreiungen bei verdeckten disquotalen Einlagen folgt vgl. *Christopeit*, DB 2021 S. 1229 = DB1356332.

73 So Möhlenbrock/Haubner, FR 2022, 53 (53).

METATAGS: zeitschrift_DB; ressort_SR; doctype_au; SiriusID_1396877; RawID_0; angelegt_20220204;

Internationales Steuerrecht

»DB1394932

StB Dr. Sven-Eric Bärsch, Frankfurt/M. / WP/StB Dr. Georg Bestelmeyer, Stuttgart / Rutger Hafkenscheid, Amsterdam / Quirijn Knab Amsterdam / Stephan Kraan, Amsterdam

Verrechnungspreise für Eigenversicherer (Captives)

StB Dr. Sven-Eric Bärsch ist Partner von Flick Gocke Schaumburg in Frankfurt/M.; **WP/StB Dr. Georg Bestelmeyer** ist Mitarbeiter bei Flick Gocke Schaumburg in Stuttgart; **Rutger Hafkenscheid, Quirijn Knab, RV (Certified Valuator)** und **Stephan Kraan** sind Partner von Huynens Quantitative Tax Consulting in Amsterdam, Niederlande.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Die seit Anfang 2020 andauernde COVID-19-Pandemie und ihre makro- und mikroökonomischen Auswirkungen haben auf dem Versicherungsmarkt zu höheren Prämien, reduzierten Kapazitäten, mehr Deckungseinschränkungen und mehr Ausschlüssen geführt. Einige Versicherer ziehen sich aus bestimmten Branchen und Sparten komplett zurück. Viele Unternehmen rechnen mit größeren Herausforderungen bei den anstehenden Verlängerungen ihrer Versicherungsverträge. Diese veränderten Marktbedingungen waren auf dem Versicherungsmarkt schon seit längerem, beginnend mit der globalen Finanz- und Wirtschaftskrise ab 2007 zu beobachten. Zudem hat die COVID-19-Pandemie vielen Unternehmen aufgezeigt, dass sie für solche Ereignisse keinen ausreichenden Versicherungsschutz haben. Eine zunehmende Anzahl an Unternehmen sucht nach Möglichkeiten, neuartige Risiken zu steuern und auf Versicherer zu übertragen.

I. Einleitung

Aufgrund der aktuellen Entwicklungen auf dem Versicherungsmarkt beabsichtigen viele nicht in der Versicherungswirtschaft tätigen Unternehmen, ihre weltweit mehr als 6.000¹ bestehenden konzerneigenen Versicherer (sog. Captives oder Eigenversicherer) – sowohl im Hinblick auf Volumen als auch

auf die versicherten Sparten – auszuweiten oder sogar neue Captives zu etablieren, um der grundlegenden Marktverhärtung und den Veränderungen ihres eigenen Risikoprofils zu begegnen. Eine Studie vom Gesamtverband der versicherungsnehmenden Wirtschaft e.V. aus dem Jahr 2020 zeigt, dass 53% der befragten deutschen Unternehmen sich um alternative Risikotransferlösungen, wie z.B. Captives, bemühen.² Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen auch weitere Studien.³ Die zunehmende Bedeutung von Captives haben sowohl internationale Empfehlungsgeber, namentlich die OECD (in 2020)⁴, als auch die Finanzbehörden mehrerer Staaten, wie z.B. die Niederlande (in 2018)⁵ und Deutschland (in 2021)⁶, antizipiert und zur Angemessenheit von konzerninternen Transaktionen mit Captives Stellung genommen. Eine kritische Auseinandersetzung mit den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen für Captives, insb. deren Verrechnungspreisen⁷, ist daher umso wichtiger. Im Folgenden werden die wesentlichen Gründe und aufsichtsrechtlichen Anforderungen für Captives (unter II.) sowie die Ökonomie des Versicherungsgeschäfts (unter III.) skizziert, um einen Fremdvergleich von konzerninternen Versicherungsprämien sowie die hierfür ggf. vorzunehmenden Anpassungen

2 Vgl. <https://fmos.link/11908> (Abruf: 12.01.2022).

3 Vgl. Commercial Risk Europe: Captives Report 2020; FERMA: Federation of European Risk Management Associates (FERMA): European Risk Manager Report 2020.

4 Vgl. OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration (nachfolgend „OECD TPG“), Kap. X.

5 Vgl. Erlass vom 22.04.2018, no. 2018-6865 des Staatssekretärs der Finanzen, National Gazette, 11.05.2018, 26874 (hereinafter „Verrekenprijsbesluit 2018“), paragraph 10.

6 Vgl. VWG Verrechnungspreise vom 14.07.2021.

7 Daneben gibt es weitere steuerliche Fragestellungen bei Captives, z.B. aus den Bereichen der USt, der Versicherungssteuer, der Hinzurechnungsbesteuerung sowie der Dokumentationsanforderungen. In diesem Beitrag soll der Fokus jedoch auf die Verrechnungspreise gerichtet sein. Auf eine detaillierte Darstellung weiterer steuerlicher Fragestellungen wird im Folgenden daher verzichtet.

1 Vgl. <https://fmos.link/11907> (Abruf: 12.01.2022).

und Berechnungen beurteilen zu können. Unter IV. werden die neuen steuerrechtlichen Rahmenbedingungen zu der Angemessenheit von Verrechnungspreisen in Bezug auf Captives dargestellt. Abschließend werden ausgewählte Problemfelder – namentlich die Angemessenheit der Vergütung von Captives sowie die Berücksichtigung des Diversifikationsgrads und von Synergieeffekten – diskutiert (vgl. unter V.).

II. Die Bedeutung von Eigenversicherern (Captives)

1. Gründe für die Etablierung von Captives

International tätige Konzerne haben verschiedene Möglichkeiten, ihren operativen Risiken zu begegnen. Sie können z.B. im Vorhinein Rückstellungen dafür bilden, Versicherungen bei einem unabhängigen Versicherungsunternehmen abschließen oder das betreffende Risiko bei Eintritt schlicht selbst tragen. Problematisch kann es beim Abschluss von Versicherungen bei fremden Dritten jedoch sein, dass aufgrund von Informationsasymmetrien gewisse Risiken entweder nur mit hohen Versicherungsprämien und/oder mit erheblichen Deckungseinschränkungen oder Ausschlüssen versichert werden. Ein Captive wird häufig eingesetzt, um diese Probleme aus Konzernsicht zu lösen. Weitere Gründe für Captives können sein, die von den Konzerngesellschaften zu entrichtenden Versicherungsprämien stabil und damit planbar zu halten, Regulierungsarbitrage zu betreiben, Zugang zu Rückversicherungsmärkten zu erlangen, die Volatilität der Marktkapazität abzufedern oder Risiken im Konzern zu halten, um sie besser steuern zu können.

Zwar könnte dem entgegengehalten werden, dass im Fall von Captives sowohl Versicherungsprämien, Verwaltungskosten als auch Leistungen im Schadensfall im Konzern verbleiben und somit aus Konzernsicht gar kein Vorteil aus dem Betrieb des Eigenversicherers ersichtlich sei. Jedoch bietet der Eigenversicherer durch die konzernweite Bündelung von Risiken die Möglichkeit, gezielter und mit einer stärkeren Verhandlungsposition am Rückversicherungsmarkt zu agieren und dadurch Größeneffekte („economies of scale“) zu realisieren. Zudem lassen sich auch Verbundeffekte („economies of scope“) generieren. Durch die Kombination des konzernweiten Produktspektrums mit hierauf abgestimmten Versicherungsleistungen ist zudem die Erschließung und Abschöpfung eines neuen Geschäftsfelds möglich.⁸ Dies unterstreicht, dass insgesamt klare betriebswirtschaftliche Gründe für die Implementierung eines Captive bestehen können,⁹ die immer mehr Konzerne dazu veranlassen, bestimmte Risiken bei einem konzerninternen Eigenversicherer abzuschließen.

Der Begriff der Eigenversicherer bzw. Eigenrückversicherer umfasst sowohl Erst- als auch Rückversicherer, die einem Industrie-, Handels- oder Finanzunternehmen angehören, welches selbst kein (Rück-)Versicherer ist, und primär konzerninterne Risiken übernehmen.¹⁰ Dass Eigenversicherer bisher nicht noch weiter verbreitet sind, liegt vor allem an zwei Dingen: Zum einen unterliegen Eigenversicherer, wie andere Versicherungsunternehmen auch, üblicherweise (strengen) regulatorischen Anforderungen. Zum anderen bedarf es für das Management eines Eigenversicherers ein hohes Maß an Spezialwissen in den Bereichen des Versicherungswesens und des Asset Managements.

8 Beispielhaft kann die Handyversicherung bei Erwerb eines Mobiltelefons, aber auch die Garantieverlängerung beim Neuwagenkauf genannt werden.

9 Vgl. Vögele/Borstell/Bernhardt, Verrechnungspreise, 5. Aufl. 2020, Kap. R: Versicherungen, Tz. 306 ff.

10 Vgl. Tz. 10.190 OECD TPG.

Neben betriebswirtschaftlichen Gründen kann die Etablierung von Eigenversicherern zusätzlich auch aus steuerlicher Perspektive zu Vorteilen führen. Denn durch die Ansiedlung eines Eigenversicherers in einem Niedrigsteuerland, wie z.B. in Irland, können bestehende Steuersatzdifferenzen genutzt und Gewinne auf relativ niedrig besteuerte Eigenversicherer im Ausland verlagert werden, wenn die Versicherungsprämien zu (unbeschränkt) abzugsfähigen Betriebsausgaben bei den in Hochsteuerländern ansässigen konzerninternen Versicherungsnehmern führen. Darüber hinaus besteht an typischen Captive-Standorten, wie z.B. in Luxemburg, häufig die Möglichkeit, beachtliche Schaden- und Schwankungsrückstellungen beim Eigenversicherer zu bilden; insb. recht pauschal ermittelte Schwankungsrückstellungen erlauben einen weitgehenden zeitlichen Aufschub der ansonsten geschuldeten Steuer (Steuerstundungseffekt).

Seit 2015 soll der BEPS Aktionspunkt 9 der OECD/G20 eine (unangemessene) Gewinnverschiebung allein auf vertraglicher Grundlage verhindern. Bei der Implementierung eines Eigenversicherers ist daher darauf zu achten, dass keine „Briefkastengesellschaften“ etabliert werden und die steuerlichen Verrechnungspreise (insb. die Versicherungsprämien) dem Fremdvergleichsgrundsatz standhalten.¹¹ Dies bedeutet, dass im Rahmen einer detaillierten Funktions- und Risikoanalyse zunächst die ökonomisch signifikanten Funktionen und Risiken der involvierten Konzerngesellschaften identifiziert werden müssen. Hierfür und für die Bestimmung fremdüblicher Versicherungsprämien ist ein tiefes Verständnis der wirtschaftlichen Funktionsweise und aufsichtsrechtlichen Anforderungen des Versicherungsmarkts notwendig (zu weiteren Einzelheiten vgl. II.2.). Ohne deren Kenntnis lassen sich Überlegungen zum Fremdvergleich nicht ohne Weiteres vornehmen. Offensichtlich wird dies spätestens dann, wenn versicherungsmathematische Verfahren im Rahmen der Verrechnungspreisermittlung zur Anwendung kommen sollen.

2. Versicherungsaufsichtsrechtliche Anforderungen (Solvency II) an Captives

Aufgrund der großen gesellschaftlichen Bedeutung eines geordneten Versicherungsmarkts gelten für Versicherungsunternehmen in der EU strenge Solvabilitätsvorschriften.¹² Diesen Vorschriften unterliegen Eigenversicherer sowie unabhängige Versicherungsunternehmen gleichermaßen. Die Kenntnis und das Verständnis der bestehenden regulatorischen Anforderungen und der damit verbundenen quantitativen Aspekte ist somit essenziell bei der Beurteilung der Fremdüblichkeit von Versicherungsprämien eines Eigenversicherers.

Im Zuge der Harmonisierung des Aufsichtsrechts im europäischen Binnenmarkt wurde auf EU-Ebene das Solvency II Regelwerk beschlossen.¹³ Diesem Regelwerk liegt eine ganz-

11 Vgl. Vögele/Borstell/Bernhardt, a.a.O. (Fn. 9), Tz. 311.

12 Unter Solvabilität (auch Eigenmittelausstattung genannt) versteht man im Versicherungs- und Bankwesen die Ausstattung eines Versicherers oder eines Kreditinstituts mit Eigenkapital.

13 Das Regelwerk Solvency II fußt auf der EU-Richtlinie 2009/138/EG vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) (nachfolgend „Solvency II Richtlinie“). Diese Richtlinie bildet Grundlage und Rahmen für weitere konkretisierende Bestimmungen. Sie wurde u.a. durch die RL 2014/51/EU vom 22.05.2014 (Omnibus II) geändert. Die Solvabilität-II-Richtlinie in der durch die Omnibus-II-Richtlinie geänderten Fassung musste von den Mitgliedstaaten bis zum 31.03.2015 in nationales Recht umgesetzt werden. Die Umsetzung erfolgte in Deutschland durch das Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen (VAG), das am 01.01.2016 vollständig in Kraft getreten ist; <https://fmos.link/11912> (Abruf: 12.01.2022).

heitliche Risikobetrachtung verbunden mit neuen Bewertungsvorschriften für Vermögenswerte und Verbindlichkeiten zugrunde. Oberstes Ziel der Regulierung und Beaufsichtigung ist ein angemessener Schutz der Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigten.

Die Regelungssystematik folgt dem aus dem Bereich der Bankenregulierung bekannten Drei-Säulen-Ansatz, bei dem quantitative Aspekte der finanziellen Ausstattung (Säule 1) mit qualitativen Anforderungen an Unternehmensstrategie und an Geschäftsorganisation (Säule 2) sowie mit der Berichterstattung gegenüber den Aufsichtsbehörden und Offenlegungspflichten (Säule 3) verknüpft werden. Da der Eigenversicherer als Versicherungsunternehmen i.S.v. Solvency II gilt, unterliegt somit auch er der Aufsicht durch seinen Herkunftsmitgliedstaat.¹⁴ Die folgenden wesentlichen aufsichtsrechtlichen Aspekte (Säule 3) der Solvency II Richtlinie sind dabei zu beachten:

- Die Ausübung der Versicherungstätigkeit unterliegt der Zulassungspflicht im Herkunftsland (Art. 14 Solvency II Richtlinie).
- Ein zugelassener Versicherer darf keine anderen Tätigkeiten als das Versicherungsgeschäft ausüben (Art. 18 Abs. 1 Buchst. a Solvency II Richtlinie).
- Im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs kann ein von einem Mitgliedstaat zugelassener Versicherer seine Dienstleistungen in der gesamten EU anbieten (sog. „Versicherungspass“), sofern er die Aufsichtsbehörde des Mitgliedstaats, in dem er seine Dienstleistungen anbieten möchte, vorher darüber informiert (Art. 147 ff. Solvency II Richtlinie).
- Ein zugelassener Versicherer unterliegt nur der Aufsicht in seinem Herkunftsland (Art. 30 Abs. 1 Solvency II Richtlinie).
- Die Beaufsichtigung umfasst die Überprüfung der Solvabilität des Unternehmens, der Bildung versicherungstechnischer Rückstellungen, der Vermögenswerte und der anrechenbaren Eigenmittel (Art. 36 Solvency II Richtlinie).

In der Umsetzung des Solvency II Regelwerks kommt dem Proportionalitätsprinzip in Bezug auf Eigenversicherer eine zentrale Bedeutung für Regulierung und Aufsicht zu.¹⁵ Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen sind demnach in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten im Einzelfall risikobezogen zu erfüllen, d.h. sie sind auf eine Art und Weise anzuwenden, die der Art, dem Umfang und der Komplexität der Risiken angemessen ist, welche mit der Tätigkeit, der beaufsichtigten Unternehmen einhergeht.¹⁶ Die mangelnde Umsetzung des Proportionalitätsprinzips bei Captives, bspw. in Deutschland, bleibt jedoch ein in der Praxis oft kritisiertes Problem.¹⁷ Auf der anderen Seite eröffnet gerade die in der EU uneinheitliche Implementierung des Proportionalitätsprinzips die Möglichkeit von „Regulatory Arbitrage“ durch die Standortwahl eines Captives.¹⁸

Daneben sind vom Eigenversicherer die sehr detaillierten Vorschriften über die von Versicherungsunternehmen zu haltenden Eigenmittel und des Solvenzkapitals zu beachten.¹⁹

Kern dieser Anforderung ist der gem. Art. 101 Abs. 3 Solvency II Richtlinie anzuwendende Value-at-Risk (nachfolgend „VaR“) Ansatz, welcher sich zu einem globalen Standard für die Kontrolle von Marktpreisrisiken bei Finanzinstitutionen entwickelt hat.²⁰ Es lässt sich festhalten, dass eine fremdübliche Versicherungsprämie dem Solvency II Regelwerk standhalten muss und daher konzeptionell auch dem VaR-Kalkül entsprechen sollte. Durch Erfüllung der europäischen Solvenzkapitalanforderung ist die Insolvenzwahrscheinlichkeit des Versicherers bzw. Eigenversicherers dann entsprechend gering.

III. Die Ökonomie des Versicherungsgeschäfts

1. Risikobündelung und Diversifikation

Einer der Hauptzwecke von Versicherungen besteht für die Versicherten darin, die finanziellen Folgen der versicherten Risiken im Schadensfall abzumildern. Dies geschieht zunächst durch Risikobündelung auf Ebene des Versicherungsgebers und der damit verbundenen Risikoteilung (als Teil der Versicherungsprämie) auf mehrere Personen. Je geringer korreliert dabei die zentral geteilten Risiken sind, desto höher ist der mit der Bündelung und Risikoteilung verbundene Diversifikationseffekt. Da ein gleichzeitiges Eintreten aller Einzelrisiken durch die Risikoteilung unwahrscheinlicher wird, kann ein geringerer (kapitalkostenintensiver) Risikopuffer vorgehalten werden.²¹ Der finanzielle Effekt wird anhand des nachfolgenden Beispiels verdeutlicht.

Beispiel:

Ein Unternehmen betreibt ein Fabrikgebäude mit einem (Neu-)Bauwert von 10 Mio. €. Es besteht eine 1-in-50 Jahren Wahrscheinlichkeit²², dass das Fabrikgebäude durch einen Brand oder ein anderes Elementarereignis zerstört würde und komplett wieder aufgebaut werden muss. Ein solches Schadensereignis wäre für das Unternehmen fatal. Ohne eine Elementarversicherung, müssten Rücklagen i.H.v. 10 Mio. € gebildet werden, um den Wiederaufbau der Fabrik gewährleisten zu können.

Gäbe es nun ein ähnliches Unternehmen mit einer ähnlichen Anlage und der gleichen Schadenswahrscheinlichkeit von 1-in-50 Jahren, könnten beide Unternehmen ihre Risiken bündeln. Tritt nun ein Ereignis ein, tragen sie den Schaden auf Gegenseitigkeit, d.h. zu gleichen Teilen. Sind die Wahrscheinlichkeiten für das Eintreten eines Schadensereignisses unkorreliert, d.h. völlig unabhängig voneinander, so läge die Wahrscheinlichkeit, dass in beiden Unternehmen ein Elementarschadensereignis gleichzeitig eintritt, nur noch bei 1-in-2500 Jahren. Aufgrund der geringeren Wahrscheinlichkeit ist es nun nicht mehr notwendig, dass beide Unternehmen jew. 10 Mio. € an Rücklagen bilden. Solange sie bereit sind, ein Großschadensereignis mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,04% zu akzeptieren, wäre es nun ausreichend, dass beide jew. 5 Mio. € an Rücklagen halten. Nimmt man nun immerzu weitere neue

¹⁴ Vgl. Art. 13 Solvency II Richtlinie.

¹⁵ Vgl. <https://fmos.link/11913> (Abruf: 12.01.2022).

¹⁶ Vgl. § 296 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG).

¹⁷ Vgl. <https://fmos.link/11914> (Abruf: 12.01.2022).

¹⁸ Vgl. <https://fmos.link/11915> (Abruf: 12.01.2022).

¹⁹ Auf Grundlage von Art. 86 (h) der Solvency-II-Richtlinie können vom Eigenversicherer auch vereinfachte Methoden und Techniken für die Berechnung der technischen Rückstellungen angewendet werden.

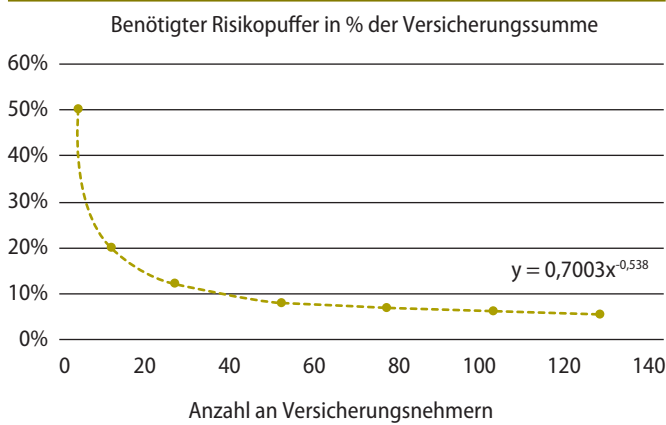
²⁰ Vgl. Albrecht/Maurer, Investment und Risikomanagement, 2. Aufl. 2005, S. 785 ff.

²¹ Die Eintrittswahrscheinlichkeit des jeweiligen Einzelrisikos bleibt hiervon jedoch unberührt.

²² Viele (Rück-)Versicherer neigen dazu, die Wahrscheinlichkeit eines Schadensereignisses in der Beziehung zu ihren Kunden in 1-in-Anzahl-Jahren auszudrücken. Dies hat den Vorteil, dass die Wahrscheinlichkeit etwas weniger abstrakt beschrieben wird als durch eine Wahrscheinlichkeitsverteilung in Prozenten. Der Nachteil dieser Art, das Risiko auszudrücken, besteht darin, dass es als „über die Anzahl der Jahre“ zu interpretieren ist und somit missverstanden werden könnte. Eine Wahrscheinlichkeit von 1-in-50 Jahren bedeutet nicht, dass ein Schadensereignis bis zum Jahr 2071, d.h. in einem 50-Jahres-Zeitraum ab 2021, sicher eingetreten sein wird. Vielmehr wird damit ausgedrückt, dass ein 2%-Risiko besteht, dass das Ereignis im aktuellen Jahr eintritt.

Versicherte mit auf, sinkt der notwendige Rücklagenbetrag pro Versicherten erheblich. Zentral ist, dass der Effekt der Risikoteilung zu Beginn beträchtlich ist, jedoch mit zunehmender Zahl der Versicherten abnimmt (vgl. Abb. 1).²³

Abb. 1: Effekt der Risikoteilung (eigene Darstellung)



Mit zunehmender Diversifikation sinkt der individuelle Anteil des einzelnen Versicherten am vorzuhaltenden Risikokapital, was sich wie unter III.2. beschrieben, direkt auf die Selbstkosten der Versicherung und damit auf die (fremdübliche) Prämienhöhe des Einzelnen auswirkt. Für multinationale Konzerne lässt sich daraus ableiten, dass ein Eigenversicherer umso attraktiver ist, je mehr Risiken geteilt werden können bzw. je höher der Diversifizierungsgrad im Konzern ist.

2. Kalkulation von Versicherungsprämien

Fraglich ist nun, wie einzelne Unternehmen, die ihre Risiken bündeln und gegenseitig teilen, ihre Positionen untereinander verrechnen und bepreisen würden. So stellt sich die Frage nach der fremdüblichen Versicherungsprämie, denn, wie dargestellt, sollte sich der Effekt der Risikoteilung und die damit einhergehende (individuelle) Risikoreduktion durch Diversifizierung in der Versicherungsprämie der einzelnen Teilnehmer widerspiegeln.

Für die Kalkulation der Versicherungsprämie werden zunächst die wirtschaftlichen Gesamtkosten der Versicherung benötigt. Diese setzen sich vereinfachend aus der versicherungsmathematischen Prämie (zur Deckung des erwarteten Schadens), den Kapitalkosten (für das zur Erfüllung der Solvabilitätsvorschriften erforderliche Eigenkapital) und einem Kostenaufschlag für die Organisation/Verwaltung der Versicherung zusammen. Der so ermittelte Selbstkostenpreis je Versichertem markiert regelmäßig das (absolut) untere Ende einer Bandbreite fremdüblicher Versicherungsprämien.

Hinzu kommt noch ein Gewinnelement für den Versicherer, welcher in der Praxis vorwiegend von wirtschaftlichen Erwägungen bestimmt wird und normalerweise nicht öffentlich bekannt ist. M.a.W. wird ein Versicherer sich bei der Bestimmung des Gewinnelements nach der Zahlungsbereitschaft

23 Bei der Berechnung des vorzuhaltenden Risikokapitals berücksichtigen die europäischen Solvabilitätsvorschriften nicht nur Nichtlebensrisiken, wie das obig beispielhaft dargestellte Elementarschadenrisiko, sondern auch das Marktrisiko, das Kreditrisiko und das Betriebsrisiko. Ob ausreichend Kapital gehalten wird, hängt auch vom Risiko der Finanzinstrumente ab, in die die Vermögenswerte des Versicherers investiert sind. Die Betrachtung hier sei jedoch aus Vereinfachungsgründen auf die versicherungstechnischen Risiken beschränkt, da sie den Kern der Risikoverteilung, d.h. die Diversifizierung, widerspiegeln.

des Versicherten richten und diese bis zur „Schmerzgrenze“ ausloten.²⁴ Die hieran orientierte Versicherungsprämie dürfte somit als Obergrenze einer fremdüblichen Bandbreite von Versicherungsprämien interpretiert werden.

Beispiel (Fortführung):

Es wird nun angenommen, dass es gelingen würde, weitere 48 ähnliche Unternehmen zu finden, die ihre Risiken teilen. Im Beispielfall mit jetzt 50 Unternehmen liegt die statistische Erwartung nun bei genau einem Schadensereignis im Jahr und damit verbunden bei einer Schadenshöhe von 10 Mio. €. Um ausreichend Kapital zum Ausgleich des Schadensfalls zur Verfügung zu haben, müsste jeder Teilnehmer einen Beitrag von 200.000 € leisten.²⁵ Dieser Betrag ist die „versicherungsmathematische Prämie“ zur Deckung des erwarteten Schadens.

Nach dem Solvency II Regelwerk muss der Versicherer mit einer 99,5%-igen Sicherheit alle Schadensfälle abdecken können.²⁶ Das hierfür notwendige Kapital ist nach dem VaR-Konzept zu ermitteln und beträgt im Beispielfall insgesamt 40 Mio. € bzw. 800.000 € pro Teilnehmer.²⁷ Dieser Eigenkapitalpuffer muss im Schadensfall sofort verfügbar sein und wirft daher (fast) keine Rendite ab, obgleich er dem Risiko eines Schadensfalls ausgesetzt ist. Unter der Annahme, dass ein ähnliches Risiko normalerweise mit einer Risikoprämie von 10% vergütet würde, betragen die wirtschaftlichen Kosten, d.h. die Kapitalkosten, für das Halten dieses Risikokapitals und zur Erfüllung der Solvabilitätsanforderung insgesamt 4 Mio. € bzw. 80.000 € je Teilnehmer.

Hinzu kommt nun noch ein Kostenaufschlag für die Organisation/Verwaltung des Versicherers. Dieser umfasst z.B. die Abschätzung der Schadenswahrscheinlichkeit, die Berechnung der Prämien, die Berechnung des Risikokapitals, die Schadensbearbeitung, die allgemeine Verwaltung, das Inkasso und die Anlage der Prämien am Kapitalmarkt. Die Übernahme dieser Aufgaben ist angemessen zu vergüten. Angenommen, die Vergütung sei 5% der versicherungsmathematischen Prämie, so beliefen sich die wirtschaftlichen Gesamtkosten bzw. Selbstkosten des Versicherers auf 290.000²⁸ € je Teilnehmer. Eine fremdübliche Versicherungsprämie würde sich nun aus den Selbstkosten des Versicherers (hier: 290.000 €) zzgl. eines den Marktverhältnissen angemessenen Gewinnelements/-aufschlags für den (Eigen-)Versicherer zusammensetzen.

Das Beispiel verdeutlicht, dass für die Beurteilung der Fremdüblichkeit von Versicherungsprämien eines Eigenversicherers bzw. für den (Preis-)Vergleich von Versicherungsprämien eine detaillierte Analyse der Risikostruktur des Eigenversicherers einerseits und der unabhängigen Versicherer als Vergleichsunternehmen andererseits notwendig ist. Im Kern wird die

24 Dieser Effekt kann in gewissem Umfang durch Wettbewerb zwischen Versicherungsanbietern gemindert werden.

25 Der Betrag bestimmt sich als (statistisch) erwarteter Schaden in Relation zu der Anzahl Versicherungsnehmer, d.h. $200.000 \text{ €} = 10.000.000 \text{ €} / 50$.

26 Nach den europäischen Solvabilitätsregeln für Versicherer ist das Sicherheitsniveau auf 1-zu-200 Jahre festgelegt, d.h. ein Versicherer gilt als ausreichend solvent, wenn er mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 99,5% alle Schadensfälle bedienen kann (vgl. Art. 101 Abs. 3 Solvency II Richtlinie).

27 Das Kapital ist in den meisten Fällen nicht (ganz) verloren, da es nur dann in Anspruch genommen werden muss, wenn der Schaden größer als statistisch erwartet ist.

28 Die Selbstkosten je Teilnehmer ergeben sich aus der versicherungsmathematischen Prämie (hier: 200.000 €) zzgl. Kapitalkosten (hier: 80.000 €) und einem Verwaltungskostenzuschlag (hier: $10.000 \text{ €} = 5\% \times 200.000 \text{ €}$).

Versicherungsprämie zunächst durch die Selbstkosten eines Versicherers und damit von statistischen Erwägungen zur (erwarteten) Realisation des Risikos getrieben.

3. Grundzüge der Gegenseitigkeitsversicherung und des reinen Versicherungsvertrags

Ein zentrales Element zur Bestimmung der Selbstkosten der Versicherung und damit für die Höhe der Versicherungsprämie eines (Eigen-)Versicherers ist der Grad der Risikoteilung bzw. Diversifikation. Mit zunehmender Risikoteilung und steigendem Diversifikationsgrad sinkt sowohl die versicherungsmathematische Prämie als auch das benötigte Eigenkapital zur Erfüllung der Solvabilitätsanforderungen. Daneben sollte in Abhängigkeit von der Bereitstellung des Solvabilitätskapitals nach zwei Versicherungsprinzipien unterschieden werden. Im o.g. Beispiel war angenommen, dass die Unternehmen selbst das erforderliche Solvabilitätskapital bereitstellen und somit an Chancen und Risiken der Inanspruchnahme dieses Risikokapitals partizipieren (nachfolgend „Gegenseitigkeitsversicherung“).²⁹

Eine andere Gestaltung ist der reine Versicherungsvertrag bzw. die Rückversicherung des Eigenversicherers bei einem unabhängigen Rückversicherer. Bei dieser Form nimmt der Versicherungsnehmer nicht an den Chancen und Risiken der Inanspruchnahme des Solvabilitätskapitals teil. Infolgedessen wird er einen stärkeren Fokus auf den Diversifizierungsgrad des Versicherers legen als bei der Gegenseitigkeitsversicherung (bei der er an dieser Chance teilnimmt). Mit zunehmendem Diversifizierungsgrad sinkt der prämiensenkende Effekt der Diversifizierung, sodass sich bei ausreichender Diversifizierung die Höhe der Versicherungsprämien bei der Gegenseitigkeitsversicherung und dem reinen Versicherungsvertrag angleichen sollten.

Für die Beurteilung der Fremdüblichkeit von Versicherungsprämien bedeutet dies nun, dass sowohl der Diversifizierungsgrad als auch das jeweilige Versicherungsprinzip in der Analyse berücksichtigt werden sollten.

IV. Steuerrechtliche Anforderungen an die Ermittlung von Verrechnungspreisen bei Captives

1. OECD Verrechnungspreisleitlinien zu Finanztransaktionen aus 2020

Mit der Veröffentlichung der OECD Empfehlungen zu Verrechnungspreisen bei Finanztransaktionen am 11.02.2020 und der Aufnahme eines entsprechenden neuen Kapitels X in die OECD-Verrechnungspreisleitlinien gibt die OECD erstmals eine Hilfestellung zur Verrechnungspreisbestimmung für Finanztransaktionen zwischen verbundenen Unternehmen. Neben eher allgemeinen Grundsätzen für Verrechnungspreise bei konzerninternen Darlehen, Cash-Pools, Garantien u.ä. werden erstmalig auch die Verrechnungspreisbestimmung bei Captives im Allgemeinen und die von der OECD entwickelten Verrechnungspreismethoden und das Risikokontrollkonzept der OECD in Bezug auf Captives im Besonderen thematisiert. Bei der Bestimmung angemessener Verrechnungspreise bei Captives ist zunächst auf die kaufmännischen und finanziellen Beziehungen zwischen den verbundenen Unternehmen sowie die für die Geschäftsbeziehung wirtschaftlich relevanten

Bedingungen abzustellen.³⁰ Es ist daher in einem ersten Schritt das Vorliegen eines Versicherungsgeschäfts dem Grunde nach zu untersuchen. Die OECD zählt hierfür eine Reihe von konstituierenden Elementen auf, die (fast) vollzählig erfüllt seien müssten, damit es sich um ein Versicherungsgeschäft für Zwecke der Verrechnungspreisbestimmung bei Captives handelt.³¹ Neben dem Erfordernis der Diversifizierung und Risikobündelung auf Ebene des Captive sollte sich die ökonomische Kapitalausstattung der Konzerngesellschaften infolge der Risikodiversifizierung verbessern. Gleichzeitig soll das Captive ein echtes Verlustrisiko tragen. Hinzu kommt, dass ein Captive aufsichtsrechtlichen Bestimmungen unterliegen und über die erforderlichen Fertigkeiten und Fähigkeiten verfügen müsse. In einem gewissen Widerspruch zum allgemein anerkannten Zweck eines Captive steht die zusätzliche Anforderung, dass das versicherte Risiko auch bei unabhängigen Versicherern versichert werden könnte.³²

Zentrale Voraussetzungen der Versicherungstätigkeit eines Captive bleiben die Risikoübernahme und Risikodiversifizierung, die sich auch im Verlustrisiko des Captive widerspiegelt.³³ Eine Risikoübernahme kann nach Ansicht der OECD nur vorliegen, wenn das Captive über ausreichende finanzielle Kapazität verfügt und im Schadensfall realistischerweise zur Schadensregulierung im Stande ist.³⁴ Daneben steht die Risikodiversifizierung im Zentrum der Versicherungstätigkeit des Captive. Erst die Kombination von nicht korrelierten Risiken und geografisch gestreuten Engagements ermöglicht einen effizienten Kapitaleinsatz und damit die Erzielung eines konzernweiten wirtschaftlichen Vorteils. Dem steht nicht entgegen, dass das Captive (innerhalb der Grenzen seiner Definition als Eigenversicherer) auch konzernfremde, externe Risiken übernimmt und hierdurch insgesamt eine höhere Diversifizierung erlangt.³⁵ Würden jedoch nur konzerninterne Risiken versichert, ist zu prüfen, ob tatsächlich eine Risikodiversifizierung vorliegt.³⁶ Soweit keine wesentliche Risikodiversifizierung erreicht wird bzw. nicht die notwendige finanzielle Kapazität auf Ebene des Captive vorhanden ist, könnte eine andere Tätigkeit als die Versicherungstätigkeit angenommen werden und somit die Versicherungstätigkeit des Captive dem Grunde nach abgelehnt werden, also eine Umqualifizierung, z.B. in eine reine Dienstleistung, erfolgen.³⁷

Daneben enthalten die neuen OECD Verrechnungspreisleitlinien zu Finanztransaktionen allgemeine Hinweise zur Fremdüblichkeit von Versicherungsprämien bei Captives, d.h. zur Verrechnungspreisbestimmung der Höhe nach.³⁸ Dabei wird zunächst auf die Preisvergleichsmethode („comparable uncontrolled price“ kurz „CUP“) abgestellt. Gleichwohl wird darauf hingewiesen, dass die CUP Methode höchst wahrscheinlich nicht ohne Weiteres angewendet werden könne. Vielmehr wären Anpassungen erforderlich, um Unterschieden bei Versicherungsgeschäften von verbundenen und unverbundenen Unternehmen Rechnung zu tragen. Z.B. übe der Eigenversicherer regelmäßig keine Marketing- und Verkaufs-

30 Vgl. Rz. 10.200 OECD TPG.

31 Vgl. Rz. 10.199 OECD TPG.

32 Vgl. Rz. 10.199 OECD TPG.

33 Vgl. Rz. 10.201 OECD TPG.

34 Vgl. Rz. 10.202 OECD TPG.

35 Vgl. Rz. 10.205 OECD TPG.

36 Vgl. Rz. 10.206 OECD TPG.

37 Vgl. Rz. 10.208 OECD TPG.

38 Vgl. insb. Kap. X Abschn. E.3.1.

29 Rechtlich kann dies durch vertragliche Vereinbarung (Pooling-Vereinbarung) oder in Form einer Gesellschaft (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit) ausgestaltet sein.

funktion aus und müsse daher auch nicht hierfür entlohnt werden. Zudem wäre auch einer Abweichung in Geschäftsvolumen und Kapitalausstattung Rechnung zu tragen, die sich durch etwas geringere regulatorische Anforderungen an einen Eigenversicherer ergeben könne.³⁹

Daneben könnten auch versicherungsmathematische Methoden zur Bestimmung fremdüblicher Versicherungsprämien angewendet werden. Allerdings sind solche Analysen komplex und würden nicht ohne Weiteres tatsächliche Geschäftsvorfälle zwischen fremden Dritten widerspiegeln. Folglich wären auch hier Vergleichbarkeitsanpassungen vorzunehmen.

Die fremdvergleichskonforme Vergütung eines Eigenversicherers könne auch mit Hilfe eines zweistufigen Ansatzes auf Basis der Schaden-Kosten-Quote⁴⁰ (sog. „combined ratio“) sowie der Kapitalrendite ermittelt werden. Diese Kennzahlen wären als Benchmark für die Bewertung des fremdvergleichskonformen Gewinns eines Eigenversicherers geeignet. Unklar bleibt nach den OECD Verrechnungspreisleitlinien indes, wie genau ein solcher Vergleich vorgenommen werden soll.

Die Methodenvielfalt der OECD zeigt, vor welchen Herausforderungen Unternehmen bei der Wahl geeigneter Verrechnungsmethoden in Bezug auf Captives stehen.

2. Deutschland: Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise vom 14.07.2021

Am 14.07.2021 wurden die neuen Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise („VWG Verrechnungspreise“) veröffentlicht, die eine Reihe von BMF-Schreiben ersetzen, welche zum Themenkomplex der internationalen Verrechnungspreise zwischen verbundenen Unternehmen ergangenen waren. Die VWG Verrechnungspreise, die auf alle noch offenen Fälle und damit auch in bereits laufenden Betriebsprüfungen anzuwenden sind,⁴¹ stellen damit die konsolidierte und infolgedessen die zentrale Verwaltungsanweisung für die Bestimmung und Prüfung von Verrechnungspreisen zwischen international verbundenen Unternehmen dar. Ein zentrales Anliegen der VWG Verrechnungspreise ist „eine international einheitliche Umsetzung des Fremdvergleichsgrundsatzes“⁴². Ein deutscher Alleingang soll nicht (mehr) erfolgen; vielmehr wird ausdrücklich auf die OECD-Verrechnungspreisleitlinien verwiesen, die als Anlage den neuen VWG Verrechnungspreise beigefügt sind. Infolgedessen „orientiert sich die deutsche Finanzverwaltung im Rahmen des geltenden innerstaatlichen Rechts grds. an den OECD-Leitlinien“⁴³.

Das Abstellen auf die OECD-Verrechnungspreisleitlinien gilt auch hinsichtlich der Bestimmung angemessener Verrechnungspreise bei konzerninternen Finanzbeziehungen.⁴⁴ Folglich wendet die deutsche Finanzverwaltung auch die

39 Dabei wären jedoch insb. Anpassungen aufgrund unterschiedlicher regulatorischer Anforderungen kritisch zu hinterfragen. Denn aus rein betriebswirtschaftlicher Sicht sollten in Bezug auf Risikoversorge und Kapitalausstattung eines Eigenversicherers die gleichen Grundsätze Anwendung finden, wie dies bei unabhängigen Versicherungsunternehmen der Fall ist.

40 Die Schaden-Kosten-Quote ist eine in der Versicherungsbranche übliche Kennzahl zur Bewertung der Rentabilität eines Versicherers. Die Quote drückt den Grad der Schaden- und Kosteneffizienz eines Versicherers aus, indem sie die gezahlten Schäden plus Kosten durch die gesamten Prämieinnahmen des Versicherers dividiert. Eine Kennzahl unter 1 deutet darauf hin, dass der Versicherer effizient ist; eine Kennzahl über 1 deutet darauf hin, dass der Versicherer nicht effizient ist, weil er mehr Schäden und Kosten auszahlt, als er durch Prämieinnahmen gedeckt sieht.

41 Vgl. Rz. 6.3 VWG Verrechnungspreise.

42 Vgl. Rz. 2.1 VWG Verrechnungspreise.

43 Vgl. Rz. 2.2 VWG Verrechnungspreise.

44 Vgl. Rz. 3.88 VWG Verrechnungspreise.

Empfehlungen der OECD zu konzerneigenen Versicherern (Eigenversicherer bzw. Captives) an und erkennt somit auch die grundsätzliche Eignung verschiedener Verrechnungsmethoden bei Captives an. Darüber hinaus stellt die Finanzverwaltung in den VWG Verrechnungspreise ausdrücklich klar, dass ein Eigenversicherer „unter Beachtung der Risikoübernahme, der Kapitalausstattungsanforderungen und der Synergieeffekte aufgrund der Gruppenzugehörigkeit zu vergüten“⁴⁵ ist. Damit wird die Anwendung des von der OECD konzipierten Risikokontrollansatzes betont, wonach eine Zuordnung von Risiken auf Grundlage von Funktionen zur Kontrolle der Risiken erfolgen sowie von den finanziellen Mitteln zur Übernahme von Risiken abhängen soll.⁴⁶ Eine solche Risikoübernahme bezieht sich auf das (sog. Versicherungs-) Risiko, das der Versicherer übernimmt, indem er den Versicherungsnehmer versichert und ist von dem konkreten, versicherten Risiko zu unterscheiden, welches üblicherweise der Versicherungsnehmer kontrolliert, indem er beschließt, dieses Risiko entweder zu versichern oder nicht.⁴⁷ Darüber hinaus sind vor allem die versicherungsaufsichtsrechtlichen Kapitalausstattungsanforderungen in Bezug auf die versicherten Risiken sowie Synergieeffekte aus der Konzernzugehörigkeit zu beachten.

I.Ü. regeln die VWG Verrechnungspreise, dass für die Bestimmung von Fremdvergleichspreisen von Versicherungs- und Rückversicherungsdienstleistungen grds. „die Kostenaufschlagsmethode unter Einbezug aller hierfür notwendigen direkten und indirekten Kosten anzuwenden [ist], wenn die Anwendung der Preisvergleichsmethode nicht die geeignetste Methode ist.“⁴⁸ Dies ist nur für den Fall von Bedeutung, dass unter Berücksichtigung der vorgenannten Empfehlungen der OECD keine originäre Versicherungstätigkeit (z.B. mangels Risikodiversifizierung) vorliegt, sondern eine Umqualifizierung in eine Dienstleistungstätigkeit durch den vermeintlichen Captive erfolgt.

3. Niederlande: Verrekenprijsbesluit vom 22.04.2018

Das niederländische FinMin. hat seine Leitlinien zu Verrechnungspreisen am 22.04.2018 im Rahmen des „Verrekenprijsbesluit“ (nachfolgend „Verrekenprijsbesluit 2018“) aktualisiert.⁴⁹ Vorherige Versionen der „Verrekenprijsbesluit“ und insb. die Version vom 14.11.2013⁵⁰ enthielten bereits einen Abschn. über Captives, welcher dem neuen Kapitel X der OECD-Verrechnungspreisleitlinien stark ähnelte.

Die aktuelle Auffassung der niederländischen Finanzverwaltung beruht auf der Vermutung, dass einem Captive dem Grunde nach die typischen Funktionen eines Versicherers fehlen würden. Zudem könne ein Captive „von Natur aus“ nicht ausreichend diversifiziert sein, um eine höhere Vergütung als eine Routinevergütung zu erhalten. So gelte für ein Captive, welches ausschließlich Versicherungen mit Gruppengesellschaften abschließt (sog. „passiver Pooler“), nach Ansicht des niederländischen FinMin. Folgendes: Der Eigenversicherer übe hauptsächlich eine Verwaltungs- und/oder Vermittlungsfunktion aus, die eine begrenzte Vergütung rechtfertigen soll.

45 Vgl. Rz. 3.102 VWG Verrechnungspreise.

46 Vgl. Rz. 3.5 VWG Verrechnungspreise.

47 Vgl. Rz. 10.195 OECD TPG.

48 Vgl. Rz. 3.72 VWG Verrechnungspreise.

49 Vgl. Erlass vom 22.04.2018, a.a.O. (Fn. 5).

50 Siehe hierzu Bärsch/Schneider, IWB 2014 S. 560.

Die weiteren Vorteile, die durch diese Gesellschaft entstehen (d.h. der Bündelungsvorteil, der sich daraus ergibt, dass weniger Deckungskapital gemeinsam gehalten werden muss, die Vorteile der zentralen Verhandlungen mit möglichen (Rück-)Versicherern sowie die Kapitalerträge aus den mit dem internen (Rück-)Versicherer erwirtschafteten Prämien), sollen den Gruppengesellschaften zugutekommen, die auf diese Weise ihre Kräfte bündeln.⁵¹

Für die sog. Agentenverträge, die z.B. den Versicherungsschutz für Verbrauchsgüter, der von Einzelhändlern im Namen eines Captive an ihre Kunden verkauft wird, betreffen, soll Folgendes gelten: In der Praxis bietet nicht der interne Rückversicherer, sondern die Konzerneinheit, die das Hauptgeschäft des Konzerns betreibt (d.h. der Einzelhändler), die Versicherung als Nebenprodukt an. Dieses Unternehmen (d.h. der Einzelhändler) sorgt für eine Diversifizierung durch seinen Kundentamm und sei somit in der Lage, die Versicherungsvorteile für die Gruppe zu erzielen. Der interne Rückversicherer übe keine Versicherungsfunktion aus und sollte daher nach dem Grundsatz des Fremdvergleichs kein Versicherungsrisiko tragen. Ein solches Unternehmen nehme nur eine begrenzte Verwaltungsfunktion wahr, die eine begrenzte Vergütung rechtfertigt.

Der niederländische Verrekenprijbesluit 2018 scheint auf der (stark) vereinfachenden und verallgemeinernden Annahme zu beruhen, dass ein Captive nur eine Routinefunktion und selbst keine Versicherungstätigkeiten ausübe. Dabei ignoriert das niederländische FinMin. jedoch, dass einzelne Unternehmen innerhalb eines multinationalen Konzerns durch den Abschluss von Versicherungsverträgen mit einer Versicherungsgesellschaft eine Diversifizierung erreichen können, unabhängig davon, ob diese Diversifizierung durch einen Eigen- oder Fremdversicherer erreicht wird. Der Umstand, dass die Diversifizierung des Captive durch die Rückversicherung der Gruppenrisiken bei einer unabhängigen Rückversicherungsgesellschaft weiter verbessert werden kann, bedeutet nicht, dass die Diversifizierung, die sich aus der konzerninternen Deckung ergibt, vernachlässigbar wäre. Darüber hinaus scheint das niederländische FinMin. bei den Agentenverträgen zu übersehen, dass nicht jedwede Konzerngesellschaft, sondern nur ein reguliertes Captive befugt ist, (Rück-)Versicherungspolicen zu gewähren und Versicherungsrisiken auf dem europäischen Markt zu übernehmen.

V. Ausgewählte Problemfelder bei der Ermittlung fremdüblicher Verrechnungspreise

1. Verwendung von Benchmarkstudien

Nach den OECD-Verrechnungspreisleitlinien können fremdübliche Versicherungsprämien anhand einer Benchmark der Schaden-Kosten-Quote und Kapitalrendite abgeleitet und ausgehend hiervon ein (fremdüblicher) Gesamtbetriebsgewinn ermittelt werden.⁵² Offen bleibt jedoch, ob der im Rahmen der Benchmarkstudie ermittelte Gesamtbetriebsgewinn als Nettogewinnindikator zur Steuerung des Captive verwendet und insoweit die transaktionsbezogene Nettomargenmethode („TNMM“) angewendet werden soll. Voraussetzung für die Anwendung von TNMM zur Bestimmung einer fremdüblichen Versicherungsprämie wäre, dass – neben der Einordnung des Captives als funktions- und risikoschwaches Routineunter-

nehmen – alle wesentlichen preisbildenden Unterschiede des anhand der Benchmarkstudie ermittelten Gesamtbetriebsgewinns berücksichtigt würden.⁵³ Dies erscheint jedoch sehr zweifelhaft. Zum einen ist das Versicherungsgeschäft per se äußerst komplex und damit die versicherten Risiken im Einzelfall nur sehr schwer einem pauschalen Vergleich zugänglich. Zum anderen würde im Rahmen der Benchmarkstudie weiteren preisbildenden Faktoren, wie dem Diversifizierungsgrad des Versicherers, dem Versicherungstypus oder dem versicherten Risiko nicht explizit Rechnung getragen. Auch die OECD selbst bezweifelt die uneingeschränkte Vergleichbarkeit und zählt eine Reihe von Faktoren auf, die durch entsprechende Anpassungen berücksichtigt werden sollten. Es bleibt jedoch völlig unklar, aber zwingend klärungsbedürftig, wie solche Anpassungen vorzunehmen wären.

Vor diesem Hintergrund kann die Schaden-Kosten-Quote allenfalls als ein Indikator verwendet werden. Allerdings ist auch hier bei der Interpretation und dem Vergleich der Schaden-Kosten-Quote zwischen Captive und Fremdversicherer besondere Vorsicht anzuwenden. So könnte eine niedrige Schaden-Kosten-Quote des Captive zwar darauf hindeuten, dass die Versicherungsprämien im Verhältnis zu den übernommenen Risiken überhöht sein könnten. Jedoch könnte dies auch lediglich ein rein statistischer Effekt aufgrund mangelnder Größe des Captive sein. Z.B. wäre die Schaden-Kosten-Quote auch dann gering, wenn sich ex-post weniger und geringere Schäden realisieren als ex-ante erwartet. Dies wäre jedoch nur Ausdruck der Schwankungsbreite für den Eintritt von Schadensfällen und nicht Ausdruck einer überhöhten Versicherungsprämie. Denn im Extremfall könnte die Realisation nur eines Großschadensereignisses dazu führen, dass sich dieses Bild völlig ins Gegenteil verkehrt. Die Wahrscheinlichkeit, dass aufgrund mangelnder Diversifikation eine Abweichung des Schadenseintritts von seinem Erwartungswert auftritt und sich somit ein verzerrtes Bild ergibt, sinkt mit zunehmender Größe des Versicherers bzw. dessen Versicherungsportfolios. Da Captives im Vergleich zu Fremdversicherern üblicherweise eine geringere Größe aufweisen, wäre ausgerechnet hier der Vergleich von Schaden-Kosten-Quoten besonders ungeeignet. Insgesamt kann daher eine Benchmark der Schaden-Kosten-Quote eines Captive allenfalls als Ausgangspunkt für eine tiefergehende Verrechnungspreisanalyse oder eine Plausibilitätsbeurteilung gesehen werden. Keinesfalls erscheint dies geeignet, um ex-ante fremdübliche Versicherungsprämien zu bestimmen.

2. Berücksichtigung des Diversifikationsgrads

Wie bereits dargestellt, sinken mit steigendem Diversifikationsgrad des Versicherers dessen Selbstkosten. Denkbar wäre daher, dass die Versicherungsprämie eines Captive, welches volumenbedingt regelmäßig einen geringeren Diversifikationsgrad aufweist, höher ist als die eines Fremdversicherers. Wird in einem solchen Fall für die Beurteilung der Fremdüblichkeit auf die Preisvergleichsmethode (CUP Methode) zurückgegriffen, muss dem Preiseffekt des Diversifikationsgrads auf die Versicherungsprämie ausreichend Rechnung getragen werden. Mit anderen Worten wäre selbst bei identisch versicherten Risiken die Preisvergleichsmethode nicht ohne Weiteres anwendbar.

⁵¹ Vgl. Nr. 10 Verrekenprijbesluit 2018.

⁵² Vgl. Rz. 10.220 OECD TPG.

⁵³ Vgl. Rz. 2.80 OECD TPG.

Beispiel (Fortführung):

Die Versicherungsprämie eines nicht voll diversifizierten Captive beträgt 290.000 €. Im Vergleich hierzu würde ein voll diversifizierter Fremdversicherer lediglich eine Prämie i.H.v. 260.000 € verlangen.

Ein Preisvergleich ohne ausreichende Berücksichtigung des Diversifikationsgrads der Versicherer würde im Beispielfall (fälschlicherweise) zu einer Reduktion der Versicherungsprämie des Captive um 30.000 € führen. In diesem Fall hätte das Captive jedoch gar kein wirtschaftliches Interesse mehr, die Versicherung anzubieten. Die erwartete Rendite des Captive würde unter dessen Kapitalkosten liegen.⁵⁴ Zwar könnte noch überlegt werden, das Risikokapital des Captive (von 40 Mio. € im Beispielfall) zu mindern und damit rein technisch die Versicherungsprämie zu senken. Dem steht jedoch entgegen, dass dies nicht im Einklang mit dem geforderten Sicherheitsniveau im Solvency II Regelwerk steht und damit ebenfalls einen Verstoß gegen den Fremdvergleich darstellen würde.

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, wie wichtig es ist, den Diversifizierungsgrad eines Captive (quantitativ) zu analysieren und bei der Ermittlung der Versicherungsprämien zu berücksichtigen. Es ist daher ausdrücklich zu begrüßen, dass sich dies auch in den OECD-Verrechnungspreisleitlinien wiederfindet.⁵⁵

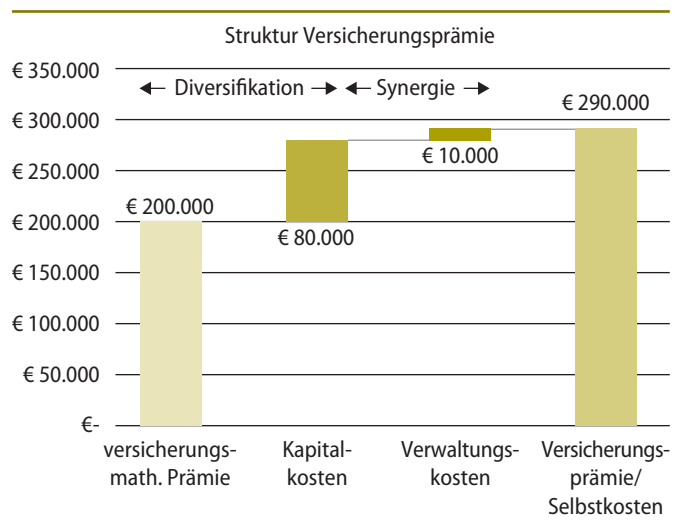
3. Berücksichtigung von Synergieeffekten

Die VWG Verrechnungspreise vom 14.07.2021 weisen auf die Berücksichtigung von Synergieeffekten im Rahmen der Verrechnungspreisbildung von Captives hin.⁵⁶ Dabei sollte ein besonderes Augenmerk auf die Abgrenzung von Synergieeffekten und Diversifikationseffekten gelegt werden. Eine Hilfestellung geben die OECD-Verrechnungspreisleitlinien für den Fall, dass ein Eigenversicherer das Funktionsprofil eines (konzernexternen) Intermediärs einnimmt und die bei ihm versicherten konzerninternen Risiken vollständig extern am Rückversicherungsmarkt (rück)versichert werden.⁵⁷ Hier könnte von einer konzerninternen Dienstleistung des Captives und nicht von einer eigenen Versicherungsleistung ausgegangen werden. In der Folge wäre mglw. die Kostenaufschlagsmethode eine geeignete Verrechnungspreismethode. Die Differenz aus der Verrechnungspreisermittlung nach versicherungsrechtlichen Maßstäben und einer Verrechnungspreisermittlung nach Dienstleistungsgrundsätzen könnte als Synergieeffekt der „gemeinschaftlichen Beschaffung“ der Rückversicherung qualifiziert werden. Ein solcher Synergieeffekt wäre über eine ermäßigte Prämienzahlung auf die konzerninternen Versicherungsnehmer aufzuteilen. Der beschriebene Effekt kommt hier als echter Größeneffekt („economies of scale“) durch Bündelung der Nachfrage auf Ebene des Captives und der damit verbundenen größeren Verhandlungsmacht zustande. Zentral ist, dass das Captive hier das Funktionsprofil eines Finanzinter-

mediärs einnimmt und gerade nicht das Funktionsprofil eines Versicherers. Dem vergleichbar wäre z.B. auch, dass durch eine Bündelung der (konzerninternen) Risiken auf Ebene des Captive die Verwaltungskosten im Konzern insgesamt gesenkt werden könnten. Der Weitergabe eines solchen Synergieeffekts ist im Grundsatz nichts entgegenzusetzen, da das Captive im Fall der vollständigen Rückversicherung bei einem einzigen Rückversicherer weder eine eigene versicherungswirtschaftliche Funktion ausübt noch ein eigenes versicherungswirtschaftliches Risiko trägt. Der erzielte Vorteil resultiert einzig durch eine Bündelung auf Ebene des Captive.

Von dem vorgenannten Synergieeffekt abzugrenzen ist allerdings der ebenfalls mit der Größe eines Captive einhergehende Diversifikationseffekt. Im Gegensatz zum vorher beschriebenen Beispiel erbringt das Captive nicht nur eine konzerninterne Dienstleistung, sondern übernimmt außerdem versicherungswirtschaftliche Funktionen und trägt ein versicherungswirtschaftliches Risiko, wenn es sich nicht vollständig rückversichert. Die Bündelung der (konzerninternen) Risiken auf Ebene des Captive führt aufgrund der damit verbundenen höheren Diversifikation zu einer Absenkung der versicherungsmathematischen Prämie und den Kapitalkosten und damit zu geringeren Selbstkosten des Captive. Dieser Effekt ist nicht (vollständig) als Synergieeffekt i.S.d. der OECD Verrechnungspreisleitlinien und der VWG Verrechnungspreise zu verstehen und mithin nicht gesondert bei der Verrechnungspreisbildung zu berücksichtigen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Captive in Form der Gegenseitigkeitsversicherung oder als reiner Versicherungsvertrag ohne eine vollständige Rückversicherung ausgestaltet ist. Abb. 2 verdeutlicht den Unterschied zwischen Diversifizierungs- und Synergieeffekt.

Abb. 2: Bestandteile der Versicherungsprämie (eigene Darstellung)



Im o.g. Beispiel setzt sich die Versicherungsprämie (290.000 €) aus einer versicherungsmathematischen Prämie (200.000 €), einer Vergütung für Kapitalkosten (80.000 € = 10% × 800.000 €) und einer Vergütung für Verwaltungskosten (10.000 €) zusammen. Ein Synergieeffekt aus der Gruppenzugehörigkeit kann nur durch die größere Verhandlungsmacht bei Verhandlungen über die Vergütung von Verwaltungs- und Kapitalkosten des Versicherungsgebers resultieren. Die versicherungsmathema-

54 Schließlich müsste das Captive ein Risikokapital von 40 Mio. € vorhalten, um ihren Versicherungsverpflichtungen nachzukommen, aber die Prämieinnahmen von (50 × 260.000 €) = 13 Mio. € sind nicht ausreichend. Der erwartete Verlust aus dem Portefeuille beträgt 10 Mio. € (= 50 × 200.000 €) und die Kosten betragen 500.000 € (= 50 × 10.000 €). Das Captive erzielt also einen technischen Gewinn von 13 Mio. € - 10,5 Mio. € (= 10 Mio. € + 500.000 €) = 2,5 Mio. €. Bei einem Vermögen von 40 Mio. € entspricht dies einer erwarteten Rendite von 6,25%, die unter den Kapitalkosten von 10% liegt.
 55 Vgl. Rz. 10.218 sowie 10.221 OECD TPG.
 56 Vgl. Rz. 3.102 VWG Verrechnungspreise.
 57 Vgl. Tz. 10.222 OECD TPG.

tische Prämie ist Ergebnis einer statistisch-mathematischen Berechnung und abhängig von der Schadenswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe. Die hierfür maßgeblichen Faktoren sind unabhängig von einer etwaigen Gruppenzugehörigkeit und somit bereits dem Grunde nach nicht geeignet, um als Synergieeffekt zu qualifizieren.

Die eindeutige Abgrenzung von Synergie- und Diversifikationseffekten ist insb. in Fallgestaltungen, in denen sich das Captive zumindest teilweise rückversichert, nicht ohne Weiteres möglich. Hier bedarf es einer weitergehenden Analyse nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zur Bestimmung der fremdüblichen Versicherungsprämie.

VI. Fazit

Trotz wachsender regulatorischer Anforderungen stellen Captives nach wie vor ein interessantes Gestaltungsinstrument des konzernweiten Risikomanagements multinational agierender Unternehmensgruppen dar. Aus steuerlicher Per-

spektive ist die Bestimmung fremdüblicher Versicherungsprämien eines Captive im Hinblick auf neuere Vorgaben der OECD und nationaler Finanzverwaltungen kritisch zu hinterfragen. Ein vertieftes Verständnis für die regulatorischen Rahmenbedingungen (Solvency II), die versicherungsmathematischen Grundsätze betreffend die Kalkulation von Versicherungsprämien und den Diversifikationseffekt ist dabei unabdingbar. Der unreflektierte Preisvergleich mit Versicherungsprämien unabhängiger Versicherer sowie die alleinige Vornahme von Benchmarks der Schaden-Kosten-Quoten ist für die Bestimmung fremdüblicher Versicherungsprämien eines Captive regelmäßig ungeeignet. Ein Augenmerk ist auf die sachgerechte Berücksichtigung von Diversifikations- und Synergieeffekten zu legen.

Redaktioneller Hinweis:

Zu den neuen Verwaltungsgrundsätzen Verrechnungspreise vgl. *Busch*, DB 2021 S. 1908 = DB1374279.

METATAGS: zeitschrift_DB;ressort_SR;doctype_au;SiriusID_1394932;RawID_0;angelegt_20220204;

Kompakt

Erbschaft-/Schenkungsteuer

»DB1397706

(Nicht-)Anwendbarkeit des sog. Einstiegstests für erbschaft-/schenkungsteuerliche Begünstigungen (§ 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG) bei KapGes.-Anteilen

Der sog. Einstiegstest des § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG steht der erbschaft- und schenkungsteuerlichen Begünstigung der Übertragung von KapGes.-Anteilen i.S.d. § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG nicht entgegen, wenn die KapGes. ihrem Hauptzweck nach einer Tätigkeit i.S.d. § 13 Abs. 1, des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. des § 18 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG dient. In diesen Fällen kommt die Vorschrift nicht zur Anwendung.

FG Münster, Urteil vom 24.11.2021 – 3 K 2174/19 Erb

RiFG Dr. Bernadette Mai, LL.M. oec., ist Mitglied des 3. Senats des FG Münster.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

I. Sachverhalt

Der Vater der Klägerin schenkte ihr im Jahr 2017 sämtliche Anteile an einer inländischen GmbH. Die GmbH vertrieb Arzneimittel und Medizinprodukte und war auch forschend tätig. Der Wert der Anteile war auf 555.975 € festgestellt, die Summe der gemeinen Werte der Finanzmittel auf 2.517.649 €, die Summe der gemeinen Werte des Verwaltungsvermögens auf 0 € und die Summe der gemeinen Werte der Schulden auf 3.138.504 €. Dementsprechend versagte das beklagte FA nach Durchführung des sog. Einstiegstests gem. § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG, der eine Verwaltungsvermögensquote von weit mehr als 90% ergab, die von der Klägerin begehrten Begünstigungen des § 13a Abs. 1 und Abs. 2 ErbStG (Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag).

II. Entscheidung des FG Münster

Das FG Münster gab der Klage statt. Zwar sei nach dem Wortlaut des § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG der Wert des begünsti-

gungsfähigen Vermögens vollständig nicht begünstigt. Die Vorschrift stehe der Begünstigung im Streitfall jedoch nicht entgegen, weil der sog. Einstiegstest zu unterbleiben habe. § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG sei in den Fällen des § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG, d.h. bei der Übertragung von Anteilen an inländischen bzw. EU-/EWR-ausländischen KapGes., an denen der Erblasser oder Schenker unmittelbar zu mehr als 25% beteiligt war, im Wege der teleologischen Reduktion einschränkend auszulegen. Der sog. Einstiegstest komme dann nicht zur Anwendung, wenn die betreffende KapGes. ihrem Hauptzweck nach einer Tätigkeit i.S.d. § 13 Abs. 1, des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. des § 18 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG diene. Im Streitfall sei der Hauptzweck der Tätigkeit der GmbH originär gewerblich mit der Folge, dass der sog. Einstiegstest entfalle.

Das FG Münster ordnete § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG als speziellen Missbrauchsvermeidungstatbestand ein. Die Norm sei eingeführt worden, um die erbschaftsteuerlichen Begünstigungen anhand der Vorgaben des BVerfG (Urteil vom 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BStBl. II 2015 S. 50), das §§ 13a und 13b ErbStG a.F. für verfassungswidrig erklärt hatte, neu zu regeln. Die Norm solle verhindern, dass betriebliches Vermögen, das nahezu ausschließlich aus Verwaltungsvermögen bestehe, erbschaftsteuerlich (ganz oder teilweise) verschont werden könnte. Insbesondere solle unterbunden werden, dass mittels einer geringfügigen land- und forstwirtschaftlichen, originär gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit im Ergebnis große Werte an Verwaltungsvermögen steuerlich begünstigt übertragen werden könnten. Diese Missbrauchsgefahr bestehe jedoch nicht, wenn die betreffende KapGes. ihrem Hauptzweck nach einer Tätigkeit i.S.d. § 13 Abs. 1, des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. des § 18 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EStG diene. Insbesondere bei Handels- und Dienstleistungsunternehmen, die typischerweise – wie auch die streitgegenständliche GmbH – einen vergleichsweise hohen Bestand an Forderungen aus Lieferungen und Leistungen aus ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit hätten, die § 13b Abs. 4 Nr. 5 Satz 1 ErbStG als Verwaltungsvermögen in Gestalt von Finanzmitteln klassifiziere, und