

# Finanztransaktionen in den OECD-VPL 2017 und in den österreichischen VPR 2021

Regelungen zur fremdüblichen Vergütung von Finanztransaktionen auf OECD- und auf nationaler Ebene

Martin Hummer / Julian Höhfurtner

Für die fremdübliche Vergütung von Finanztransaktionen im Konzern gab es lange Zeit weder auf nationaler noch auf OECD-Ebene praktikable Erläuterungen. Dies hat sich mit der Veröffentlichung des finalen Berichts<sup>1</sup> zu Finanztransaktionen im Frühjahr 2020, welcher in die Kapitel I und X OECD-VPL 2017 Eingang gefunden hat, und der österreichischen Verrechnungspreisrichtlinien 2021<sup>2</sup> (VPR 2021) im Oktober 2021 geändert. Nachfolgend werden die bedeutendsten Regelungen dargestellt.

## 1. Grundlegende Überlegungen: Was gilt überhaupt als Darlehen?

Häufig hat ein verbundenes Unternehmen eine von einem fremden dritten Unternehmen abweichende Kapitalstruktur.<sup>3</sup> Art 9 OECD-MA 2017 sieht deshalb vor, dass dem Grunde nach zu prüfen ist, ob eine Fremdfinanzierung vorliegt. Ist ein Darlehen in Teilen oder zur Gänze nicht fremdüblich, kann dies zur Umqualifizierung der Transaktion in eine Eigenkapitaleinlage führen.<sup>4</sup> Ausdrücklich bleiben nationale Unterkapitalisierungsvorschriften unberührt, welche in einem übersteigenden Ausmaß eine Umqualifizierung in Eigenkapital vorsehen.<sup>5</sup> Das bedeutet, dass für die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital nationale Debt-Equity-Regelungen in Österreich unbeachtlich sind.

Bei der Bestimmung der Fremdüblichkeitsbedingungen gelten bei Finanztransaktionen die allgemeinen Grundsätze nach Kap I bis III OECD-VPL 2017, wie bei allen anderen Transaktionen verbundener Unternehmen auch.<sup>6</sup> Wie bei anderen Transaktionen auch sind die Faktoren zu identifizieren, welche die Leistung der Unternehmen im jeweiligen Industriesektor beeinflussen.<sup>7</sup>

Weiters ist in Übereinstimmung mit den in Kap I OECD-VPL 2017 aufgestellten Leitlinien eine gründliche Untersuchung der wirtschaftlich relevanten Merkmale der Transaktion vorzunehmen, etwa der allgemeinen finanziellen Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen, der übernommenen Funktionen und

Risiken, der Vertragsbedingungen, der verwendeten Vermögenswerte etc.<sup>8</sup>

Wie bei jeder Transaktion ist auch bei Finanztransaktionen darauf abzustellen, welche Bedingungen unabhängige Unternehmen unter vergleichbaren Umständen vereinbart hätten. Hier sind insbesondere auch die realistischerweise zur Verfügung stehenden Optionen für die Transaktionspartner zu überprüfen. Eine Transaktion wird in der Regel nicht zustande kommen, wenn einem der Vertragspartner eine vorteilhaftere Option zur Verfügung gestanden hätte. Weiters ist auch die wirtschaftliche Notwendigkeit des Darlehens für den Darlehensnehmer zu untersuchen. Ein fremdes drittes Unternehmen wird ein Darlehen nur bei einem konkreten Finanzierungsbedarf aufnehmen, und nicht nur, weil es die Möglichkeit dazu hat.<sup>9</sup>

Bei der Preisvergleichsmethode sind unter Umständen Anpassungsrechnungen vorzunehmen, wenn kein uneingeschränkter Fremdvergleich möglich ist.<sup>10</sup> Insbesondere sind folgende wirtschaftlich relevante Faktoren zu untersuchen:<sup>11</sup>

- Vertragsbedingungen;
- Funktions- und Risikoanalyse;
- Merkmale der Finanzierungsinstrumente;
- wirtschaftliches Umfeld;
- Geschäftsstrategien;
- globale Finanzierungspolitik des Konzerns.

## 2. Gruppeninterne Darlehen

Gruppeninterne Darlehen gehören zu den häufigsten konzerninternen Finanztransaktionen. Entsprechend ausführlich sind die Erläuterungen in den Richtlinien dazu.

Bei konzerninternen Darlehen sind für beide Transaktionspartner insbesondere die Risiken festzustellen, welche iZm dem Darlehen zu tra-



Mag. Martin Hummer ist Steuerberater bei der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH in Linz.



Julian Höhfurtner, BSc ist Berufsanwärter bei der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH in Linz.

<sup>1</sup> Vgl. OECD, Verrechnungspreisleitlinien zu Finanztransaktionen (2020).

<sup>2</sup> Vgl. zu den VPR 2021 zB Hummer/Özdemir, Die neuen Verrechnungspreisrichtlinien 2021 (VPR 2021) – ein Kurzüberblick, TPI 2021, 194.

<sup>3</sup> Vgl. Tz 10.4 OECD-VPL 2017.

<sup>4</sup> Vgl. Tz 10.5 OECD-VPL 2017.

<sup>5</sup> Vgl. Tz 10.9 OECD-VPL 2017.

<sup>6</sup> Vgl. Tz 10.14 OECD-VPL 2017.

<sup>7</sup> Vgl. Tz 10.15 OECD-VPL 2017.

<sup>8</sup> Vgl. Tz 10.17 OECD-VPL 2017.

<sup>9</sup> Vgl. Tz 10.19 OECD-VPL 2017.

<sup>10</sup> Vgl. Tz 10.20 OECD-VPL 2017.

<sup>11</sup> Vgl. Tz 10.21 ff OECD-VPL 2017.

gen sind.<sup>12</sup> Für den Kreditgeber besteht das Hauptrisiko darin, dass der Darlehensnehmer seinen vertraglichen Verpflichtungen zur Zahlung der Tilgungsraten und Zinsen nicht oder nicht pünktlich nachkommen kann.<sup>13</sup> Der Kreditnehmer verfolgt demgegenüber das Ziel, seine Kapitalkosten zu minimieren und mit seiner Finanzierung sowohl die kurzfristigen als auch die langfristigen finanziellen Bedürfnisse zu erfüllen.<sup>14</sup>

Für die Bewertung des Kreditrisikos ist vor allem die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers maßgeblich, welche meist durch sogenannte „*credit ratings*“ definiert wird.<sup>15</sup> Häufig steht in der Praxis aber lediglich ein *credit rating* für den Konzern, nicht aber für das Einzelunternehmen zur Verfügung. Liegt ein *credit rating* für das Einzelunternehmen vor, kann dies helfen, für einen Preisvergleich Vergleichsunternehmen (mit ähnlichem Rating) zu finden. Es ist jedoch zu beachten, dass die Konzernzugehörigkeit wiederum Einfluss auf das *credit rating* haben kann.<sup>16</sup>

Je geringer die relative Bedeutung des Unternehmens für die Gruppe und je geringer daher die Wahrscheinlichkeit ist, dass das Unternehmen im Krisenfall mit der Unterstützung der Gruppe rechnen kann, desto geringer ist in der Praxis der Einfluss der Konzernzugehörigkeit auf die Kreditwürdigkeit des Unternehmens auf Stand-alone-Basis.<sup>17</sup>

Ist kein Einzelrating verfügbar, kann das Kreditrating des Konzerns grundsätzlich nur herangezogen werden, wenn sich die individuelle Kreditwürdigkeit nicht wesentlich von jener der Gruppe unterscheidet, insbesondere, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass das Unternehmen bei Zahlungsschwierigkeiten mit einer Unterstützung der Gruppe rechnen kann, hoch ist.<sup>18</sup> Weiters sind zusätzliche Vereinbarungen sowie Garantien, die das Kreditrisiko beeinflussen können, entsprechend zu berücksichtigen.<sup>19</sup>

Aufgrund der vielen Vergleichsmöglichkeiten auf externen Kreditmärkten ist bei einer konzerninternen Darlehensgewährung die Preisvergleichsmethode die bevorzugte Methode.<sup>20</sup> Dabei kann auch ein anderes Konzernunternehmen, das unter ähnlichen Bedingungen von einem unabhängigen Kreditgeber ein Darlehen erhält, ein relevantes Vergleichsunternehmen darstellen.<sup>21</sup> Der interne Preisvergleich kann ebenfalls in Betracht gezogen werden.<sup>22</sup> Bei

der Verrechnung von Kreditgebühren ist zu beachten, dass in diesen häufig Kosten für die Kapitalbeschaffung, die Erfüllung behördlicher Anforderungen oder auch die Prüfung der Kreditwürdigkeit enthalten sind, die bei konzerninternen Darlehen in der Regel nicht entstehen.<sup>23</sup>

Mangels vergleichbarer Transaktionen kann auch der Cost-of-Funds-Ansatz herangezogen werden. Der Verrechnungspreis wird mittels der dem Kreditgeber entstehenden Kosten iZm der Kreditvergabe, plus Aufschlägen für Risiko und Gewinn, ermittelt. Es ist jedoch zu beachten, dass dem Darlehensnehmer keine günstigeren Möglichkeiten (zB bei einer Bank) zur Verfügung stehen dürfen.<sup>24</sup>

Für die Findung des fremdüblichen Verrechnungspreises wird auch auf die Möglichkeit hingewiesen, Kreditausfallversicherungen (Swaps)<sup>25</sup> für die Berechnung heranzuziehen oder die Zinsberechnungen auf Basis ökonomischer Modellierung<sup>26</sup> vorzunehmen.

In der Praxis werden auch Stellungnahmen von Kreditinstituten eingeholt, um einen fremdüblichen Kreditzinssatz zu finden. In einem solchen Schreiben gibt die Bank darüber Auskunft, welchen Zinssatz sie für ein vergleichbares Darlehen an dieses Unternehmen anwenden würde. Ein derartiges Bankgutachten stellt jedoch kein konkretes Darlehensangebot dar und ist somit – alleine – keine konkrete Vergleichstransaktion. Es besteht hier die Gefahr, dass es sich um ein bloßes „Gefälligkeitsgutachten“ ohne konkreten Bindungswillen handelt. Daher sind Banksternstellungen zur Verteidigung der Fremdüblichkeit des Zinssatzes grundsätzlich nicht geeignet,<sup>27</sup> wenn kein konkreter Wille zur Aufnahme eines Bankdarlehens besteht. Ein konkretes Darlehensangebot wird jedoch in der Praxis durchaus für den Fremdvergleich geeignet sein.<sup>28</sup>

### 3. Cash-Pooling

„*Cash-Pooling*“ wird in multinationalen Konzernen häufig als Instrument für ein effizientes Cash-Management eingesetzt. Dabei werden die Salden der Einzelbankkonten der Cash-Pool-Teilnehmer (Konzerngesellschaften) – meist täglich, entweder physisch oder lediglich fiktiv – zusammengeführt. Positive Salden werden an den Cash-Pool-Führer überwiesen, negative Salden durch diesen ausgeglichen. Der Cash-Pool-Führer verwaltet dieses Konto und legt je nach Bedarf die Überschüsse bei einer Bank ein oder nimmt bei einem etwaigen Nettofinanzierungsbedarf des Pools Kredite auf.

Ziele einer derartigen Gestaltung sind eine effektivere Liquiditätssteuerung im Konzern,

<sup>12</sup> Vgl Tz 10.52 OECD-VPL 2017.

<sup>13</sup> Vgl Tz 10.57 OECD-VPL 2017.

<sup>14</sup> Vgl Tz 10.68 OECD-VPL 2017.

<sup>15</sup> Vgl Tz 10.62 ff OECD-VPL 2017.

<sup>16</sup> Vgl Tz 10.71 OECD-VPL 2017.

<sup>17</sup> Vgl Tz 10.78 OECD-VPL 2017.

<sup>18</sup> Vgl Tz 10.81 f OECD-VPL 2017.

<sup>19</sup> Vgl Tz 10.87 OECD-VPL 2017.

<sup>20</sup> So auch der deutsche BFH 18. 5. 2021, I R 4/17, der die Anwendung der Kostenaufschlagsmethode grundsätzlich negiert, wenn ein Preisvergleich möglich ist.

<sup>21</sup> Vgl Tz 10.92 OECD-VPL 2017.

<sup>22</sup> Vgl Tz 10.94 OECD-VPL 2017.

<sup>23</sup> Vgl Tz 10.96 OECD-VPL 2017.

<sup>24</sup> Vgl Tz 10.97 ff OECD-VPL 2017.

<sup>25</sup> Vgl Tz 10.101 ff OECD-VPL 2017.

<sup>26</sup> Vgl Tz 10.104 OECD-VPL 2017.

<sup>27</sup> Vgl Tz 10.107 ff OECD-VPL 2017.

<sup>28</sup> Zumindest laut Rz 118 VPR 2021.

eine Senkung der Finanzierungskosten und höhere Renditen durch die Bündelung der Guthaben.<sup>29</sup>

Cash-Pooling-Transaktionen stellen für die Findung eines fremdüblichen Verrechnungspreises eine besondere Herausforderung dar, da diese Transaktionen unter fremden Dritten so kaum vorkommen. Die OECD erkennt daher auch an, dass es hier schwierig ist, den Fremdvergleichsgrundsatz anzuwenden.<sup>30</sup>

Bei der Anwendung der Verrechnungspreisgrundsätze ist daher jedenfalls besondere Sorgfalt geboten, der Gesamtkontext der Bedingungen ist zu berücksichtigen. Jedenfalls muss bedacht werden, dass sich kein Cash-Pool-Teilnehmer an der Transaktion beteiligen würde, wenn er dadurch schlechter gestellt würde als bei seiner nächstbesten Option. Dabei ist auch zu prüfen, ob die erzielten Einsparungen aus Konzernsynergien resultieren, die durch ein bewusst konzertiertes Handeln herbeigeführt wurden.<sup>31</sup> Bewusst konzertierte Handlungen sind nämlich jedenfalls zu vergüten.

Weiters ist eine genaue Prüfung nötig, welcher Art der Vor- oder Nachteil für die Cash-Pool-Teilnehmer ist, dessen Umfang und wie dieser Vor- oder Nachteil aufzuteilen ist. Ein möglicher Vorteil kann etwa im Bereich der Zinsen bestehen (höhere Zinseinnahmen bzw. geringere Sollzinsen). Dieser wird – nach angemessener Vergütung des Cash-Pool-Führers – in der Regel an die Cash-Pool-Teilnehmer verteilt.<sup>32</sup>

Ein weiterer wichtiger Punkt ist der Charakter der Einlagen der Cash-Pool-Teilnehmer. Werden Soll- oder Habenpositionen langfristig gehalten, dienen diese nicht mehr dem kurzfristigen Liquiditätsmanagement, sondern könnten den Charakter einer langfristigen Einlage oder eines Darlehens annehmen. Hier wird empfohlen, jedenfalls jährlich die Finanzierungsstruktur dahingehend zu überprüfen.<sup>33</sup>

Bei der Vergütung des Cash-Pool-Führers und der Cash-Pool-Teilnehmer sind gemäß den Leitlinien von Kap I OECD-VPL 2017 die Risiken zu identifizieren. Insbesondere ein Liquiditätsrisiko, das die Ausübung von Kontrollfunktionen bedingt, wird in der Regel bestehen. Es ist somit zu analysieren, wie dieses Risiko innerhalb des Cash-Pools aufgeteilt wird. Weiters ist zu prüfen, ob ein Kreditrisiko besteht und wer dieses trägt. In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, wer die entsprechenden Kontrollfunktionen ausübt und über die Kapazität verfügt, das entsprechende Risiko zu tragen.<sup>34</sup>

Bei der Bepreisung ist, wie bei allen Transaktionen, jeder Einzelfall hinsichtlich seiner konkreten Gegebenheiten und Umstände zu be-

trachten.<sup>35</sup> In Kap X OECD-VPL 2017 werden zwei Beispiele angeführt, wie eine Vergütung, entsprechend der übernommenen Funktionen und getragenen Risiken des Cash-Pool-Führers, aussehen könnte. Übernimmt der Cash-Pool-Führer lediglich eine Koordinierungs- und Vermittlungsfunktion, ist diese als Dienstleistung zu vergüten (in der Regel nach der Cost-Plus-Methode). Übernimmt der Cash-Pool-Führer hingegen weitere Funktionen und Risiken, etwa Kredit-, Liquiditäts- oder Währungsrisiken, und verfügt er über die Kapazität, diese zu tragen, ist zu prüfen, ob ihm zusätzliche Teile der Zinsmarge zu gewähren sind.<sup>36</sup>

Als Grundregel für die Vergütung der Pool-Teilnehmer gilt, dass diese durch die Teilnahme am Cash-Pool bessergestellt werden müssen als ohne Teilnahme. Dies kann zB durch einen Zinsvorteil erreicht werden. Es können aber auch andere zu vergütende Vorteile durch den Cash-Pool entstehen, etwa eine geringere Abhängigkeit von konzernfremden Banken oder ein einfacherer Zugang zu Liquidität.<sup>37</sup>

Im Rahmen von Cash-Pooling-Vereinbarungen werden häufig wechselseitige Garantien aller Teilnehmer abgegeben. Jeder Teilnehmer hat dabei für alle anderen Pool-Teilnehmer zu bürgen, ohne jedoch Kontrolle über die Teilnehmer des Pools oder einen Einblick über den Umfang der Haftung zu haben. Eine derartige Gestaltung ist unter unabhängigen Unternehmen nicht anzutreffen. Da davon auszugehen ist, dass der Konzern ein Interesse daran hat, den Cash-Pool-Führer im Krisenfall zu unterstützen, sind diese Garantien somit eher als impliziter „Konzernrückhalt“ zu sehen. Daher ist eine über den erlangten Zinsvorteil hinausgehende gesonderte Garantiegebühr in einem derartigen Fall in der Regel nicht fällig.<sup>38</sup>

#### 4. Hedging

„Hedging“ bezeichnet das Eingehen eines Finanzierungsgeschäfts zur Absicherung gegen Wechselkurs- oder Preisschwankungen. Dieses wird in Konzernen häufig zentralisiert durch eine Treasury-Einheit für die gesamte Gruppe durchgeführt. Häufig liegen in der Praxis keine schriftlichen Verträge vor. In diesem Fall kann nach OECD-Sicht auch nichts verrechnet werden. Gibt es Verträge, ist die Leistung der Treasury-Einheit in der Regel als (Routine-)Dienstleistung zu vergüten.<sup>39</sup>

#### 5. Garantien und Bürgschaften

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Garantie dem Darlehensnehmer einen Nutzen verschafft, der über den sich aus der passiven Kon-

<sup>29</sup> Vgl Tz 10.109 ff OECD-VPL 2017.

<sup>30</sup> Vgl Tz 10.115 OECD-VPL 2017.

<sup>31</sup> Vgl Tz 10.116 ff OECD-VPL 2017.

<sup>32</sup> Vgl Tz 10.120 f OECD-VPL 2017.

<sup>33</sup> Vgl Tz 10.122 f OECD-VPL 2017.

<sup>34</sup> Vgl Tz 1.125 ff OECD-VPL 2017.

<sup>35</sup> Vgl Tz 10.128 OECD-VPL 2017.

<sup>36</sup> Vgl Tz 10.133 ff OECD-VPL 2017.

<sup>37</sup> Vgl Tz 10.146 OECD-VPL 2017.

<sup>38</sup> Vgl Tz 10.147 f OECD-VPL 2017.

<sup>39</sup> Vgl Tz 10.149 ff OECD-VPL 2017.

zernzugehörigkeit ergebenden Nutzen hinausgeht.<sup>40</sup>

Einerseits kann sich dieser Nutzen in verbesserten Kreditbedingungen auswirken. Da der Darlehensgeber durch die Garantie insgesamt ein geringeres Risiko eines Zahlungsausfalls hat, dürfte er bereit sein, einen niedrigeren Zinssatz für dieses Darlehen zu akzeptieren. Wenn der Darlehensnehmer aufgrund der Garantie geringere Kreditkosten hat, wäre in diesem Fall auch ein fremder Dritter bereit, für diese Garantie zu bezahlen. Die Höhe der Garantiekosten darf jedenfalls den Vorteil der günstigeren Kreditkonditionen nicht komplett aufwiegen oder gar überschreiten. Die Finanzgarantie ist vom Vorteil einer bloß passiven Konzernzugehörigkeit abzugrenzen, welche keiner gesonderten Vergütung zugänglich ist.

Andererseits kann eine Garantie auch eine höhere Kreditsumme für den Darlehensnehmer ermöglichen. Hier ist eine Darlehensgebühr lediglich für jenen Teil des Darlehens zu berücksichtigen, welcher auch ohne die Garantie bezogen werden konnte. Für den überschießenden Teil wäre das Darlehen hingegen als Darlehen an den Garantiegeber und dessen anschließende Kapitaleinlage beim Darlehensnehmer umzuqualifizieren.<sup>41</sup>

Lediglich eine explizite Garantie, woraus für den Darlehensgeber Rechtsansprüche zur Inanspruchnahme des Garantiegebers bei einem Zahlungsausfall des Darlehensnehmers ableitbar sind, stellt grundsätzlich eine aktive, dem Grunde nach verrechenbare Dienstleistung dar. Rechtlich unverbindliche Zusagen, wie zB sogenannte „weiche“ Patronatserklärungen, stellen hingegen keine explizite Risikoübernahme dar und sind grundsätzlich mit dem (nicht verrechenbaren) Vorteil aus der passiven Konzernzugehörigkeit gleichzustellen. Der Effekt der Konzernzugehörigkeit stellt keine aktive Dienstleistung dar, für welche eine Vergütung zu bezahlen ist, sondern ist lediglich ein passiver, dem Grunde nach nicht verrechenbarer Vorteil.<sup>42</sup>

Lediglich dann, wenn eine Garantie über diesen Vorteil hinaus quantifizierbare Vorteile für den Darlehensnehmer hat, wird dieser bereit sein, eine Vergütung für die Garantie zu bezahlen. Doch auch rechtsverbindliche Garantien lösen unter Umständen keine Vergütungspflicht aus, wenn der dadurch erlangte Vorteil lediglich dem impliziten Konzernrückhalt zuzuschreiben ist. ZB wäre dies der Fall, wenn die Garantie lediglich die ohnehin bestehende Tatsache würdigt, dass es den Interessen des Konzerns schaden würde, den Darlehensnehmer nicht zu unterstützen.<sup>43</sup>

Die Preisvergleichsmethode kann angewendet werden, wenn externe oder interne Ver-

gleichswerte vorliegen. Unter fremden Dritten sind Garantien für Bankdarlehen jedoch unüblich. Ein unabhängiger Garantiegeber würde jedenfalls erwarten, für das Risiko der Übernahme einer Eventualverbindlichkeit entschädigt zu werden. Weiters sind auch die Unterschiede bei Funktionen und Risiken zwischen unabhängigen und konzerninternen Garantiegebern zu beachten.<sup>44</sup>

Für die Verrechnungspreisfindung kann auch ein zins-,<sup>45</sup> kosten-,<sup>46</sup> verlust-<sup>47</sup> oder kapitalbasierter<sup>48</sup> Ansatz herangezogen werden.

## 6. Eigenversicherer

Neben Rückstellungen, Versicherungen bei fremden Dritten oder der Vorfinanzierung potenzieller künftiger Verluste bündeln Konzerne bestimmte Risiken bei einem Eigenversicherer (*captive*). Als „Eigenversicherer“ versteht man ein konzerninternes Versicherungsunternehmen, welches die Konzernrisiken versichert. Weiters gibt es sogenannte „Rückversicherer“, die Risiken fremder Dritter versichern, deren Erstversicherer konzerninterne Unternehmen sind. Eigenversicherer können, wie andere Versicherungsunternehmen auch, aufsichtsrechtlichen Vorschriften unterliegen.<sup>49</sup>

Die Gründe für die Nutzung von Eigenversicherungen können zB Kostenersparnisse oder stabile Versicherungsbeiträge sein. Ein weiterer Grund ist mitunter die Unmöglichkeit, bestimmte Risiken bei fremden Dritten zu versichern.<sup>50</sup>

Ein Versicherungsgeber übt grundsätzlich eine Risikominderungsfunktion für das Risiko des Versicherungsnehmers aus. Das Risiko selbst wird jedoch weiterhin vom Versicherungsnehmer getragen.<sup>51</sup> Die sich stellende Vorfrage ist, ob tatsächlich dem Grunde nach ein Versicherungsgeschäft vorliegt. Folgende Elemente deuten auf eine tatsächliche Versicherungstätigkeit hin:<sup>52</sup>

- Der Eigenversicherer bündelt und diversifiziert Risiken.
- Die ökonomische Kapitalausstattung der Konzerngesellschaften hat sich durch die Risikodiversifikation verbessert, es ist also ein realer wirtschaftlicher Effekt auf den Konzern feststellbar.
- Sowohl Eigenversicherer als auch etwaige Rückversicherer unterliegen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen.
- Das versicherte Risiko könnte auch bei fremden dritten Versicherungsanbietern versichert werden.

<sup>44</sup> Vgl Tz 10.170 ff OECD-VPL 2017.

<sup>45</sup> Vgl Tz 10.174 ff OECD-VPL 2017.

<sup>46</sup> Vgl Tz 10.178 ff OECD-VPL 2017.

<sup>47</sup> Vgl Tz 10.181 OECD-VPL 2017.

<sup>48</sup> Vgl Tz 10.182 OECD-VPL 2017.

<sup>49</sup> Vgl Tz 10.189 ff OECD-VPL 2017.

<sup>50</sup> Vgl Tz 10.194 OECD-VPL 2017.

<sup>51</sup> Vgl Tz 10.197 OECD-VPL 2017.

<sup>52</sup> Vgl Tz 10.199 OECD-VPL 2017.

<sup>40</sup> Vgl Tz 10.156 OECD-VPL 2017.

<sup>41</sup> Vgl Tz 158 ff OECD-VPL 2017.

<sup>42</sup> Vgl Tz 10.163 OECD-VPL 2017.

<sup>43</sup> Vgl Tz 10.164 OECD-VPL 2017.

- Der Eigenversicherer verfügt über die Fähigkeiten, Fertigkeiten und die nötige Erfahrung, um ein Versicherungsgeschäft zu betreiben.
- Der Eigenversicherer trägt ein echtes Verlustrisiko.

Bei einer Versicherungstätigkeit wird das Versicherungsrisiko übernommen. Der Eigenversicherer trägt das Risiko eines Verlusts im Schadensfall. Der Eigenversicherer muss jedoch realistischere auch in der Lage sein, Schadensforderungen im Falle des Risikoeintritts nachzukommen. Eine Versicherungstätigkeit setzt insbesondere eine Risikodiversifizierung voraus. Dabei wird ein Portfolio aus verschiedenen Risiken gebildet. Wenn der Eigenversicherer nicht die Größe oder ausreichende Rücklagen hat, um das Versicherungsrisiko realistischerweise zu tragen, liegt aller Wahrscheinlichkeit nach keine Versicherungstätigkeit, sondern eine andere Dienstleistung vor.<sup>53</sup>

Es ist auch zu prüfen, ob dem Eigenversicherer die wirtschaftlich relevanten Risiken iZm dem Abschluss (*underwriting*) des Versicherungsvertrags tatsächlich zuzuordnen sind. Die Risiken setzen sich vor allem aus dem Versicherungsrisiko, dem kommerziellen Risiko und dem Anlagerisiko zusammen. Wenn festgestellt wird, dass in wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein anderes Unternehmen diese Kontrollfunktion ausübt, wäre zB die Rendite aus der Anlage der Prämien diesem Unternehmen zuzuweisen. Besonders genau ist auf die Ausübung der Kontrollfunktion zu achten, wenn der Eigenversicherer Teile der Zeichnungsfunktion auslagert.<sup>54</sup>

Bei der Bestimmung der fremdüblichen Höhe der Prämie ist im ersten Schritt zu prüfen, ob ein externer oder ein interner Preisvergleich möglich ist. In der Praxis kann es jedoch aufgrund der funktionalen Unterschiede zwischen Eigenversicherer und konzernfremden Versicherungsunternehmen zu Schwierigkeiten kommen, eine geeignete Preisanpassung zu finden. Eine andere Möglichkeit ist, eine versicherungsmathematische Analyse des zu versichernden Risikos durchzuführen, um die Prämie zu bestimmen, die ein fremdes drittes Versicherungsunternehmen verlangen würde. Derartige Analysen sind jedoch mitunter sehr komplex; da hier keine tatsächlichen Geschäftsvorfälle verglichen werden, sind häufig Vergleichsanpassungen erforderlich.<sup>55</sup>

Bei der Schaden-Kosten-Quote und Kapitalrendite<sup>56</sup> wird die Vergütung des Eigenversicherers in einem zweistufigen Ansatz ermittelt: Im ersten Schritt wird die Schaden-Kosten-Quote (*combined ratio*) des Eigenversicherers ermittelt und mit der *combined ratio* unabhängiger drit-

ter Vergleichsunternehmen hinsichtlich der Versicherung ähnlicher Risiken verglichen. Auf Basis dieser Ergebnisse wird die fremdübliche Prämie des Einzelversicherers ermittelt, mit welcher der fremdübliche Gewinn erreicht wird. Im zweiten Schritt wird die vom Eigenversicherer erzielte Anlagerendite mit der fremdüblichen Rendite verglichen. Dann sind gegebenenfalls noch Anpassungen vorzunehmen, da für Eigenversicherer zB häufig geringere Kapitalanforderungen durch die Aufsichtsbehörden festgelegt werden.

Werden für den Konzern durch die Eigenversicherung Kosteneinsparungen ermöglicht, sind diese durch ein bewusst konzertiertes Handeln entstanden. Der Eigenversicherer erhält eine angemessene Vergütung für seine Dienstleistung, der restliche Vorteil sollte über ermäßigte Prämienzahlungen den versicherten Unternehmen zukommen.<sup>57</sup>

Es gibt auch konzernintern Gestaltungen, bei welchen eine Versicherung nicht direkt vom Versicherer, sondern von einem anderen Unternehmen, zB als Produktversicherung direkt beim Verkauf des Produkts, verkauft wird. Dabei ist der Ertrag für den Versicherungsgeber anhand des fremdüblichen Gewinns unabhängiger Versicherungsunternehmen zu ermitteln. Der übrige Gewinn aus der Transaktion sollte dem Vertreter, der die Versicherung verkauft hat, zugerechnet werden.<sup>58</sup>

## 7. Risikofreie Rendite

In Kap X OECD-VPL 2017 wird mehrfach auf die risikofreie Rendite verwiesen, welche für risikolose Transaktionen zu gewähren ist. In Teil F wird schlussendlich die Frage untersucht, wie eine risikolose Rendite ermittelt wird. Dieser Teil F ist in das allgemeine Kap I OECD-VPL 2017, in dem generell die Risiken geregelt werden, nach Tz 1.106, eingegangen.

Wenn die Analyse eines Geschäftsvorfalles ergibt, dass der Mittelgeber nicht über die Fähigkeit verfügt, Risiken zu kontrollieren, hat er in der Regel lediglich Anspruch auf eine risikofreie Rendite seiner eingesetzten Mittel. Unter risikofreier Rendite ist hierbei der hypothetische Ertrag einer Investition ohne Verlustrisiko zu verstehen. Da in der Praxis keine völlig risikofreien Investitionen existieren, wird als Referenzwert häufig der auf bestimmte Staatsschuldentitel gezahlte Zinssatz herangezogen. Um das Wechselkursrisiko zu eliminieren, sollte der Referenztitel in derselben Währung wie jene des eingesetzten Kapitals lauten. Existieren mehrere Staatsschuldentitel in der gleichen Währung, ist jener mit der niedrigsten Verzinsung heranzuziehen. Weiters sollte der Staatsschuldentitel zur gleichen Zeit wie der konzerninterne Geschäftsvorfall aufgelegt worden sein oder eine ähnliche

<sup>53</sup> Vgl Tz 10.201 ff OECD-VPL 2017.

<sup>54</sup> Vgl Tz 10.209 ff OECD-VPL 2017.

<sup>55</sup> Vgl Tz 10.217 ff OECD-VPL 2017.

<sup>56</sup> Vgl Tz 10.220 f OECD-VPL 2017.

<sup>57</sup> Vgl Tz 10.222 OECD-VPL 2017.

<sup>58</sup> Vgl Tz 10.224 ff OECD-VPL 2017.

Restlaufzeit vorweisen. Weiters sollte auch die Laufzeit übereinstimmen, da diese üblicherweise einen deutlichen Einfluss auf den Zinssatz hat. Alternativ können auch Interbankensätze, Zinsswapsätze oder Reposätze für Staatsschuldverschreibungen mit hohem Rating als Vergleichswerte herangezogen werden.<sup>59</sup>

Eine risikoangepasste Rendite steht einem Finanzierungsgeber zu, der die finanziellen Risiken iZm der Finanztransaktion trägt.<sup>60</sup> Diese setzt sich in der Regel aus der risikofreien Rendite und einem Aufschlag für die übernommenen Risiken zusammen.<sup>61</sup>

## 8. Finanztransaktionen in den VPR 2021

Die wesentlichen Aussagen des Kap X OECD-VPL 2017 wurden in die kürzlich veröffentlichten VPR 2021 übernommen. Die obigen Ausführungen sind auch für österreichische international tätige Unternehmen anzuwenden, da die VPR 2021 im Lichte der OECD-VPL 2017 zu interpretieren sind. Entsprechend wurden die OECD-Ausführungen zu Darlehen, Cash-Pooling, Garantien und Sicherheiten in die VPR 2021 – zusammenfassend – eingearbeitet.

Bei fremdunüblichen Darlehen wird – analog zu Kap X OECD-VPL 2017 – die Umwandlung des Darlehens in Eigenkapital festgelegt. Als Indizien für die Nichtanerkennung eines Darlehens werden – unter Verweis auf die KStR<sup>62</sup> und die VwGH-Rechtsprechung<sup>63</sup> – konkretisierend angeführt:<sup>64</sup>

- keine Vereinbarung über die Rückzahlung, die Zinsfälligkeit oder den Kreditrahmen;
- Fehlen von Sicherheiten;
- geringe oder langfristige Darlehenstilgungen.

Es ist jedoch stets eine Beurteilung nach dem Gesamtbild der Verhältnisse vorzunehmen.

Ebenfalls wird explizit angeführt, dass die Preisvergleichsmethode bei Finanztransaktionen zu bevorzugen ist.<sup>65</sup> Auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des deutschen BFH<sup>66</sup> wird eine andere Methode (vor allem mit einem deutschen Transaktionspartner) in der Praxis nur in Ausnahmefällen zu empfehlen sein.

<sup>59</sup> Vgl Tz 1.108 ff OECD-VPL 2017.

<sup>60</sup> Vgl Tz 1.117 OECD-VPL 2017.

<sup>61</sup> Vgl Tz 1.120 OECD-VPL 2017.

<sup>62</sup> Vgl Rz 721 KStR.

<sup>63</sup> Vgl VwGH 15. 9. 1999, 99/13/0057.

<sup>64</sup> Vgl Rz 111 VPR 2021.

<sup>65</sup> Vgl Rz 116 VPR 2021.

<sup>66</sup> Vgl BFH 18. 5. 2021, I R 4/17.

Ausdrücklich wird auch nach den VPR 2021 eine bloße Bankstellungnahme für den Fremdvergleich nicht mehr als ausreichend angesehen, jedoch wird, im Gegensatz zu den OECD-Ausführungen, explizit erwähnt, dass ein konkretes Kreditangebot für die Verrechnungspreisfindung herangezogen werden kann.<sup>67</sup> Sollte daher entsprechend der bisherigen Praxis ohne konkrete Darlehensabsicht die Verrechnungspreisbildung ausschließlich auf einem Bankenangebot fußen, so ist diese zu überdenken und jedenfalls durch einen weiteren objektiven Nachweis zu ergänzen.

## Auf den Punkt gebracht

Zu konzerninternen Finanztransaktionen gab es lange Zeit weder auf OECD-Ebene noch in den nationalen VPR 2010 eine konkrete Hilfestellung, wie diese fremdüblich vergütet werden können. Es wurden daher die allgemeinen Regelungen in den Richtlinien analog auf Finanztransaktionen angewandt.

Kap X OECD-VPL 2017 und die Rz 106 ff VPR 2021 zu Finanztransaktionen<sup>68</sup> enthalten nunmehr Leitlinien für die Praxis und Finanzverwaltung in Bezug auf Finanztransaktionen (Überlassung von Finanzmitteln im Konzern, Cash-Pooling, Garantien, Bürgschaften und Patronatserklärungen, Sicherungsgeschäfte [*hedging* und *factoring*], konzerneigene Versicherungen [*captive insurance*]). Damit hat der Steueranwender praktikable Leitlinien für seine Finanztransaktionen an der Hand, an denen er sich orientieren kann. Es ist aber nicht zu übersehen, dass der Dokumentationsaufwand (die Finanztransaktionen sind bereits im Master File anzugeben) abermals gestiegen ist (vgl zB die Abgrenzung von Eigen- und Fremdkapital dem Grunde nach oder die realistischere zur Verfügung stehenden Optionen).

<sup>67</sup> Vgl Rz 118 VPR 2021.

<sup>68</sup> Das dBMF hat mit Datum vom 14. 7. 2021 neue Verwaltungsgrundsätze für die internationale Einkunftsabgrenzung nach dem Maßstab des Fremdvergleichs bei verbundenen Unternehmen veröffentlicht (dBMF-Schreiben vom 14. 7. 2021, Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise [Grundsätze für die Korrektur von Einkünften gemäß § 1 AstG], dBStBl 2021 I, 1098). Diese Verwaltungsgrundsätze ergänzen die Verwaltungsgrundsätze 2020 im Wesentlichen um materiellrechtliche Regelungen (dBMF-Schreiben vom 3. 12. 2020, Prüfung der Einkunftsabgrenzung zwischen international verbundenen Unternehmen in Bezug auf die Mitwirkungspflichten sowie Schätzung von Besteuerungsgrundlagen und Zuschlägen, dBStBl 2020 I, 1325).