

VERSICHERBARKEIT VON STEUERRISIKEN UND STEUERLICHE BEHANDLUNG VON VERSICHERUNGSLEISTUNGEN UND -PRÄMIEN

Andrea Bilitewski, Deloitte
Florian Lechner, Linklaters



ÜBERSICHT

1. Versicherung von Steuerrisiken

- Arten von Versicherungen
- Schwerpunkt: W&I Insurance
 - Grundstruktur
 - Nicht versicherbare Steuerrisiken
 - Fallspezifische Ausschlüsse
 - Besonderheiten bei der Formulierung von Steuerklauseln in SPA
 - Verjährung
 - Einfluss auf den Transaktionsprozess

2. Steuerliche Behandlung von Versicherungsleistungen und -prämien

1. VERSICHERUNG VON STEUERRISIKEN

ARTEN VON VERSICHERUNGEN

Contingent Risk Insurance (CRI) = Versicherung bekannter Steuerrisiken

- Kommt sowohl beim Unternehmenskauf als auch auf stand-alone Basis vor.
 - Häufiges Bsp.: Grunderwerbsteuer
- Ein bestimmtes (transaktionsspezifisches) Steuerrisiko wird versichert.
- Identifikation typischerweise im Tax DD Bericht oder im Strukturpapier.
- Eingehende Untersuchung des Risikos durch Berater mit Abschätzung einer Eintrittswahrscheinlichkeit und des möglichen Schadens erforderlich (sog. should level opinion).
- Alternative zur verbindlichen Auskunft.
- Keine besondere Berücksichtigung der CRI im SPA.

ARTEN VON VERSICHERUNGEN

Warranty & Indemnity (W&I) Insurance = Versicherung unbekannter Steuerrisiken

- Die Versicherung umfasst sämtliche Steuerarten und Zeiträume, die im Rahmen der Tax DD untersucht worden sind.
- Aber: Im Tax DD-Bericht offengelegte Risiken werden grds. vom Versicherungsschutz ausgenommen:
 - Konsequenz: Versicherung verlangt umfassende Tax DD.
 - Eine Red Flag-Untersuchung ist regelmäßig nicht ausreichend (abhängig von der Transaktion).
 - Im Datenraum offengelegte Risiken sind nicht versichert.
- Ausnahme: Bestätigende Steuerdeckung für identifizierte Risiken im Tax DD-Bericht ist im Einzelfall möglich.
 - Vertragstechnik: offengelegtes Risiko gilt für Zwecke der Versicherung als nicht offengelegt.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Anknüpfungspunkt: Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag (SPA)

- Die Versicherung erfasst Steuerrisiken, die sich aus der Verletzung der im SPA geregelten Steuer Garantien oder aufgrund von Steuerfreistellungen ergeben.
 - Was im SPA nicht als Garantie- oder Freistellungsanspruch geregelt ist, ist regelmäßig nicht versichert.
 - Aus diesem Grund sollte ein SPA immer entsprechende Steuer garantien bzw. Steuerfreistellungen enthalten, und zwar auch dann, wenn der Verkäufer jegliche Steuerfreistellung ausschließt (in diesem Fall erfolgt regelmäßig eine Begrenzung des Anspruchs gegen den Verkäufer auf 1 €).
 - Für den Fall, dass das SPA keine Steuerklauseln enthält, können diese alternativ synthetisch in einer Anlage zur Versicherungspolice abgebildet werden (eher unüblich).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Anknüpfungspunkt: Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag (SPA) (Forts.)

- Die Steuerklauseln in einem SPA beinhalten üblicherweise:
 - Steuergarantien (Tax Warranties)
 - Steuerfreistellung (Tax Indemnity)
 - Regelung für den Zeitraum zwischen Signing und Closing (sog. Straddle period)
 - Informations-, Kooperations- und Kontrollregelungen
 - Häufig steuerspezifische Regelungen zu Haftungshöchstbetrag, Haftungsfreibetrag bzw. Haftungsfreigrenze und *De Minimis*-Betrag
 - Steuerspezifische Regelungen zur Verjährung

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Anknüpfungspunkt: Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag (SPA) (Forts.)

Steuergarantie (Tax Warranty)

- Üblich: Garantie, dass sämtliche erforderlichen Steuererklärungen abgegeben und Steuerzahlungen pünktlich entrichtet wurden sowie dass sämtliche dem Verkäufer bekannten steuerrelevanten Sachverhalte in den Steuererklärungen sowie den Steuerrückstellungen korrekt berücksichtigt wurden.
 - Ausnahme: disclosure letter zu speziellen Steuerthemen. Insoweit kann sich der Käufer dann nicht auf eine Garantieverletzung berufen.
- Dient hauptsächlich der Information des Käufers über den Status der steuerlichen Angelegenheiten des Targets.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Anknüpfungspunkt: Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag (SPA) (Forts.)

Steuergarantie (Tax Warranty) (Forts.)

- Daneben häufig Garantien zu spezifischen Steuerthemen, die (auch) Relevanz für die Zukunft haben und daher nicht bereits von der Steuerfreistellung umfasst sind. Beispiele:
 - Ordnungsgemäße Durchführung einer Organschaft;
 - Höhe des steuerlichen Einlagekontos (§ 27 KStG);
 - Es laufen keine steuerlichen Haltefristen;
 - Fremdübliche Verrechnungspreise;
 - Etwaig eingeholte verbindliche Auskünfte haben Bindungswirkung;
 - Etc.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Anknüpfungspunkt: Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag (SPA) (Forts.)

Steuergarantie (Tax Warranty) (Forts.)

- Zeitpunkt der Abgabe: üblicherweise zum Signing, seltener zum Closing.
- Der Anspruch aus Garantieverletzung bemisst sich nach der Höhe der Wertminderung der Anteile.
 - Der Käufer ist zur Schadensminderung verpflichtet.
 - Der Käufer muss im Fall einer Garantieverletzung den Schaden der Höhe nach nachweisen.
 - Wegen der Rechtsfolgen wird regelmäßig auf die allgemeinen Regeln bei Verletzung der übrigen Garantien verwiesen. I.d.R. keine Erfassung von Folgeschäden.
 - Kein *Double dip* (doppelte Geltendmachung unter Steuergarantie und Steuerfreistellung).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Anknüpfungspunkt: Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag (SPA) (Forts.)

Tax Indemnity

- Verschuldensunabhängige Freistellungsverpflichtung des Verkäufers für sämtliche nicht zu einem bestimmten Stichtag in den abgebildeten Mehrsteuern (zzgl. definierter Kosten) der Vergangenheit.
- Die Klausel enthält eine exakte Abgrenzung, welche den Zeitraum vor dem Stichtag betreffenden Steuerbelastungen zu einem Freistellungsanspruch ggü. dem Käufer führen und welche nicht.
- Regelmäßig detaillierte Regelungen zur Berechnung des Freistellungsanspruchs, inklusive Berücksichtigung von Umkehreffekten (z.B. erhöhte steuerliche Abschreibungen in der Zukunft)
- Stichtag typischerweise „Effective Date“, zu dem Käufer wirtschaftlich das Ergebnis des Targets zusteht (z.B. locked-box date, Closing).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Anknüpfungspunkt: Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag (SPA) (Forts.)

Tax Indemnity (Forts.)

- Entscheidend: zu diesem Stichtag muss für Zwecke der Abgrenzung eine Ermittlung bestehender Steuerverbindlichkeiten und –rückstellungen möglich sein (Aufstellung einer Bilanz oder Quasi-Bilanz).
- Keine Absicherung für Zeiträume nach dem Stichtag (daher Erfordernis spezifischer Garantien, s. oben).
- Beachte: aus der Tax Warranty ausgenommene Steuerrisiken sind nicht auch automatisch von der Tax Indemnity ausgenommen. Insoweit ist eine gesonderte Regelung erforderlich.

Regelung für Straddle Period

- Üblich ist Verpflichtung des Verkäufers dafür Sorge zu tragen, dass auf Ebene des Targets keine Steuern außerhalb des ordentlichen Geschäftsgangs ausgelöst werden.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Verkäufer- (Sell-side) vs Käufer- (Buy-side) W&I Insurance

Verkäufer W&I Insurance

- Früher Regelfall, heute nur noch selten.
- Abschluss durch den Verkäufer, der auch Versicherungsnehmer wird.
- SPA enthält normale Steuerfreistellung und -garantien, wie zwischen Verkäufer und Käufer verhandelt.
- Die Versicherung übernimmt grundsätzlich, was der Verkäufer nach dem SPA zu tragen hat (abhängig von den Einzelheiten im Versicherungsvertrag).
- Anspruch des Veräußerers gegen Versicherung regelmäßig erst bei rechtskräftigem Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer aus dem SPA.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Verkäufer- (Sell-side) vs Käufer- (Buy-side) W&I Insurance (Forts.)

Verkäufer W&I Insurance (Forts.)

- Bei vorausschauender Planung zeitlich gut in Transaktionsablauf integrierbar.
- Erfordert umfassende Verkäufer Due Diligence (eher unüblich).
- Praktisch relevant: Vorbereitung der Abwicklung eines Private Equity Fonds (sog. *Fund wrap up-Police*)

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Verkäufer- (Sell-side) vs Käufer- (Buy-side) W&I Insurance

Käufer W&I Insurance

- Mittlerweile Marktstandard für W&I Insurances.
- Abschluss durch den Käufer, der auch Versicherungsnehmer wird.
- SPA enthält grds. normale Steuerfreistellung und -garantien, wie zwischen Verkäufer und Käufer verhandelt.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Verkäufer- (Sell-side) vs Käufer- (Buy-side) W&I Insurance (Forts.)

Käufer W&I Insurance (Forts.)

- Allerdings gilt für die Ansprüche des Käufers aus der Steuerklausel im SPA ein typischerweise sehr niedriger Haftungshöchstbetrag (CAP; häufig 1 €).
- Versicherung übernimmt, was der Verkäufer nach dem SPA ohne CAP zu zahlen hat.
- Erfordert (nur) Käufer DD.
- Zeitlich schwieriger in Transaktionsprozess zu integrieren.
- Insbesondere in Bieterverfahren daher häufig sog. *Seller-buyer-flip*: Versicherungsvertrag wird vom Verkäufer initiiert und erst in einer späteren Phase auf den Käufer übergeleitet.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Tax DD als Basis der versicherbaren Risiken

- Unabhängig von der Ausgestaltung der Steuerklauseln werden nur Steuerrisiken versichert, die die Versicherung beurteilen kann.
- Damit bestimmt der Untersuchungsumfang der Tax DD ganz wesentlich die versicherbaren Risiken
 - Nicht oder nur sehr oberflächlich in der Tax DD untersuchte Steuerarten (häufig der Fall bei USt), sind nicht versicherbar.
- Auch bezüglich der versicherbaren Zeiträume richtet sich die Versicherung nach dem Scope der Tax DD
 - Folge: Steuerrisiken der sog. straddle-period sind regelmäßig nicht versicherbar, da eine Tax DD aufgrund fehlender Unterlagen nicht möglich ist.
 - Aber: ggf. ist dieser Zeitraum nachträglich versicherbar, wenn genügend Unterlagen vorliegen (Ergänzungsbericht erforderlich, ggf. *Bring down disclosure* des Verkäufers).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Tax DD als Basis der versicherbaren Risiken (Forts.)

- Steuerrisiken unter der Wesentlichkeitsgrenze der Tax DD sind nicht versicherbar
 - Die Wesentlichkeitsgrenze der Tax DD ist im Auftragsschreiben klar zu definieren und mit dem Wortlaut im Versicherungsvertrag abzugleichen.
 - Beachte: die Versicherung kann eine höhere Wesentlichkeitsgrenze vorsehen (eine geringere Wesentlichkeitsgrenze ist regelmäßig nicht möglich).
 - Beachte: Ist die Wesentlichkeitsgrenze im SPA höher, dann wird grundsätzlich auf diese abgestellt.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Behandlung erkannter Risiken

- Erkannte Risiken müssen somit bei der Kaufpreisermittlung berücksichtigt werden oder als Escrow hinterlegt (eher selten).
- Diskussion: was ist, wenn ein Steuerrisiko im Tax DD-Bericht beschrieben, aber aufgrund nicht bekannter Umstände der Höhe nach deutlich unterschätzt wurde?

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Nicht versicherbare Steuerrisiken

- Disclosures des Verkäufers.
 - Disclosures sollten daher klar definiert und eng abgegrenzt sein. Auch die möglichen Steuerfolgen sollten definiert sein.
 - Bsp: in einem konkreten Fall hat ein Verkäufer einer US-Gruppe mögliche künftige sales & use tax in verschiedenen Staaten disclosed.
 - Bsp: in US-Transaktionen nimmt der Verkäufer manchmal die steuerliche Einordnung der Gesellschaften aus der Garantie aus (z.B. C-Corp. / disregarded entity / foreign controlled company).
- Grenzen des Verzichts auf eine Disclosure? (Arglist, etc.).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Nicht versicherbare Steuerrisiken (Forts.)

- Sämtliche dem Käufer bekannten und im Tax DD-Bericht beschriebenen Steuerrisiken:
 - Beachte: Umfangreiche und weitgehende “Vorsichtsklauseln” im Tax DD-Bericht können die Position des Käufers ggü. der Versicherung schwächen.
 - Offensichtlich aus dem Datenraum erkennbare Steuerrisiken gelten als bekannt und sind daher auch dann von der Versicherung ausgeschlossen, wenn sie (versehentlich) im Tax DD-Bericht nicht vorkommen.
 - In manchen Fällen verlangt die Versicherung einen eigenen Datenraumzugang, um die Vollständigkeit des Tax-DD-Berichts zu überprüfen.
 - Soweit im Tax DD-Bericht deutlich wird, dass bestimmte Bereiche aufgrund fehlender Unterlagen nicht untersucht werden konnten, werden diese ggf. auch ausgeschlossen.
 - Dasselbe gilt für nach dem Scope of Work nicht untersuchte Steuerarten (z.B. keine Untersuchung der USt, etc.).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Nicht versicherbare Steuerrisiken (Forts.)

- Transfer Pricing-Risiken bzw. Diverted Tax Risiken.
- Haftungsschulden für Steuerrisiken (ggf. Rückausnahmen für KESt und LSt und Haftung bei Organschaften oder in Nachhaftungsfällen bei Umwandlungen).
- Bußgelder
- Rückforderung von Steuervergünstigungen unter Beihilfeaspekten.
- Steuerrisiken, die sich aus der Transaktion selbst ergeben.
- I.d.R. nicht versichert wird die Verfügbarkeit gewisser Steuervorteile/-vergünstigungen post closing. (Ggf. gegen zusätzliche Gebühr Versicherung möglich, sofern im Tax DD-Bericht nicht bereits als Risiko beschrieben).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Nicht versicherbare Steuerrisiken (Forts.)

- Bedeutung von Kenntnis-Klauseln im SPA
 - Folge: kein Anspruch aus Garantieverletzung.
 - I.d.R. hat eine Kenntnis-Klausel keinen Einfluss auf die Freistellung.
 - Welche Kenntnis ist relevant? (Offene oder auch verdeckte Kenntnis?)
 - Ist die Kenntnis des steuerrelevanten Sachverhalts relevant oder die Kenntnis der steuerlichen Konsequenzen des Sachverhalts? Aber: Kenntnis des Beraters wird regelmäßig zugerechnet.
 - In manchen Fällen ist die Versicherung bereit, bestimmte Kenntnis des Käufers zu akzeptieren/ignorieren (sog. Bestätigende Steuerdeckung/confirmative tax cover)
- Bedeutung von Kenntnis-Klauseln im Versicherungsvertrag
 - Sollte mit der Kenntnis-Klausel im SPA abgestimmt sein.
 - Beachte: während sich die Kenntnis-Klausel im SPA auf die Garantien bezieht, betrifft die Kenntnis-Klausel in dem Versicherungsvertrag die Freistellung.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Fallspezifische Ausschlüsse

- Sind im Einzelfall mit der Versicherung zu verhandeln.
- Versicherer könnte z.B. versuchen, nach Studium des DD-Reports bestimmte Risikobereiche aus der Versicherung auszunehmen.
- Haftungsrisiken nach § 133 UmwG werden regelmäßig ausgenommen, wenn der andere Rechtsträger nicht zum Target gehört.
- Die Versicherung könnte auch bestimmte Garantien oder Regelungen zur Freistellung vom Versicherungsschutz ausnehmen oder einschränken.
- Meldepflichtige Steuergestaltungsmodelle (z.B. unter US Tax Shelter Regulations oder DOTAS (UK) bzw. künftig ggf. auch in Europa) bzw. Gestaltungen, denen keine vernünftigen wirtschaftlichen Gründe zugrunde liegen.
- Ggf. Ausschluss von Steuerrisiken in besonders risikobelasteten Jurisdiktionen (z.B. Indien, China).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Besonderheiten bei der Formulierung von Steuerklauseln im SPA

Verkäufer W&I Insurance

- Grds. keine besonderen Regelungen erforderlich

Käufer W&I Insurance

- Es besteht ein Dreiecksverhältnis zwischen Verkäufer, Käufer und Versicherung
- Da die Versicherung grds. keine eigene vertragliche Beziehung zum Verkäufer hat, sind spezifische Regelungen im SPA zur Mitwirkung des Verkäufers und der Rangfolge seiner Rechte im Verhältnis zur Versicherung erforderlich:
 - Bei sehr geringem Haftungshöchstbetrag (1,- €) des Verkäufers grds. Geringes Eigeninteresse an Steuerthemen. Entsprechend sind erhöhte Informations- und -pflichten zur effektiven Mitwirkung bei Steuererklärungen, Betriebsprüfungen etc. erforderlich.
 - Pflicht zur *Bring down disclosure* des Verkäufers, sofern Steuergarantien (auch) zum Closing abgegeben werden.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Besonderheiten bei der Formulierung von Steuerklauseln im SPA (Forts.)

Käufer W&I Insurance (Forts.)

- Regelmäßig Regelung umfangreicher Mitwirkungsrechte des Verkäufers im SPA zur Vermeidung bzw. Minderung eines Freistellungsanspruchs.
- Die Versicherung hat ein eigenes Interesse, an der Schadensminderung mitzuwirken.
 - Die Mitwirkungsrechte der Versicherung werden im Versicherungsvertrag geregelt und nicht im SPA.
 - Die Versicherung hat gem. § 82 Abs. 2 VVG ein Weisungsrecht ggü. dem Versicherungsnehmer. Dieser hat eine Schadensminderungspflicht.
 - Diese Weisungsrechte werden typischerweise im Versicherungsvertrag geregelt.

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Verjährung

- Für „normale“ Garantien und Freistellungen sind im SPA häufig relativ kurze Verjährungsfristen vorgesehen (12 – 36 Monate)
- Marktstandard für Steuergarantien/-freistellungen: sechs Monate nach Bestandskraft der jeweiligen Steuerforderung; seltener festes Long stop date (z.B. 10 Jahre nach Effective Date oder Closing).
- Marktstandard für Steueransprüche unter einer W&I-Versicherung: 7 Jahre (in bestimmten Fällen verlängerbar auf zehn Jahre).
- Grds. Geltendmachung eines potenziellen Anspruchs innerhalb des Verjährungszeitraums der Police ausreichend.
- Häufig wird Mitteilung über erfolgte Betriebsprüfungsankündigung akzeptiert (konkreter Wortlaut der Police entscheidend).

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

Einfluss auf den Transaktionsprozess

- Frühzeitige Integration der Versicherung in den M&A Prozess.
- Interaktion zwischen Versicherungsumfang und Scope of Work beachten.
- Bei der Zeitplanung ist zu berücksichtigen, dass die Versicherung eigene Informationsanforderungen und ggf. Rückfragen an den Tax DD-Bericht hat.
 - Je enger der Untersuchungsumfang der Tax DD gewesen ist, desto mehr „Nacharbeiten“ sind ggf. erforderlich, wenn eine Versicherung erst spät in den Prozess einbezogen wird.
- Versicherungsbedingungen sollten vorliegen, bevor das SPA verhandelt wird.

2. STEUERLICHE BEHANDLUNG VON VERSICHERUNGSLEISTUNGEN UND -PRÄMIEN

STEUERLICHE BEHANDLUNG DER VERSICHERUNGSPRÄMIEN

Versicherungsprämie

CRI

- Abziehbare Betriebsausgabe.

Sell-Side W&I Insurance

- Versicherungsprämie stellt wohl Veräußerungskosten dar und reduziert den Veräußerungsgewinn (§8b KStG).

Buy-side W&I Insurance

- Versicherungsprämie als aktivierungspflichtige Anschaffungsnebenkosten oder Betriebsausgabe?

BESTEUERUNG DER VERSICHERUNGSLEISTUNGEN

Versicherungsleistungen

CRI

- Voll steuerpflichtig.

W&I Insurance

- Target-Gesellschaft ist Begünstigter: voll steuerpflichtig.
 - Verkäufer ist Begünstigter: voll steuerpflichtig.
 - Käufer ist Begünstigter: voll steuerpflichtig oder als Kaufpreisanpassung gestaltbar?
- ⇒ Erfordernis einer Tax gross-up Regelung in der Versicherungspolice!

SCHWERPUNKT W&I INSURANCE

- Eine W&I Versicherung unterliegt der Versicherungssteuer
- Es handelt sich um eine Vermögensversicherung des Versicherungsnehmers (i.d.R. des Käufers)
- Auch bei grenzüberschreitenden Transaktionen fällt daher die Versicherung grds. im Land des Versicherungsnehmers an
- Der Steuersatz in Deutschland beträgt 19%
- Steuerpflichtiger ist Versicherungsnehmer
- Steuerschuldner ist die Versicherung
 - Beide sind Gesamtschuldner

VIELEN DANK

