

Versicherung von Steuerrisiken

Praxishinweise für steuerliche Berater beim Einsatz von Steuerversicherungen

Martina Sradj*

Die Versicherung von Steuerrisiken kann je nach Art des Risikos durch zwei verschiedene Spezialversicherungen als Alternative zur vertraglichen Garantie oder der verbindlichen Auskunft abgedeckt werden: einerseits durch die transaktionsbezogene W&I-Versicherung und andererseits durch die universeller einsetzbare Steuerversicherung. Der Beitrag stellt Grundlagen der Versicherung von Steuerrisiken und Einsatzmöglichkeiten dar sowie die Rolle des steuerlichen Beraters bei der Versicherung von Steuerrisiken.

1. Einleitung

Die stetig zunehmende Komplexität des Steuerrechts birgt naturgemäß Rechtsunsicherheiten, die einhergehen mit zunehmenden Verschärfungen durch Betriebsprüfungen. Rechtsunsicherheiten führen vielfach zu Risiken bei Transaktionen oder (Re-)Strukturierungen, sowohl bei rein nationalen als auch insbes. bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Der Identifizierung von Steuerrisiken kommt große Bedeutung zu, wenn und soweit diese eine effiziente Umsetzung von Transaktionen oder (Re-)Strukturierungen behindern oder im Extremfall auch vollständig verhindern. In erster Linie soll die Identifizierung von Steuerrisiken dazu beitragen, größtmögliche Planungssicherheit in Bezug auf die (ergebniswirksamen) Liquiditätsauswirkungen von unternehmerischen Entscheidungen zu erreichen, ua über die Höhe eines zu erzielenden Verkaufserlöses, die Höhe ggf. künftiger finanzieller Belastungen und nicht zuletzt auch mögliche steuerstrafrechtliche Konsequenzen mit entsprechenden Reputationsrisiken.

Die verbindliche Auskunft als bewährte Maßnahme zur Klärung steuerlicher Rechtsunsicherheiten ist allerdings nur eingeschränkt einsetzbar, insbes. wenn – wie in Transaktionen – Zeitdruck besteht. Insofern hat sich die Steuerversicherung in den letzten Jahren als alternative Maßnahme zur finanziellen Absicherung gegen Steuerrisiken etabliert, mit der das Risiko einer Steuerzahlung gegen einmalige Zahlung einer Prämie auf einen Versicherer übergeht. Die Steuerversicherung (Tax Risk Insurance, Tax Liability Insurance) ist dabei zu unterscheiden von der in Transaktionen eingesetzten Gewährleistungs- und Freistellungsversicherung (sog. Warranty & Indemnity Insurance oder W&I-Versicherung), unter der ebenfalls bestimmte steuerliche Risiken erfasst werden können.

2. Steuerrisiken und Möglichkeiten zur Verminderung von Steuerrisiken

2.1 Definition der Steuerrisiken

Unter dem Begriff der Steuerrisiken lassen sich grundsätzlich alle Unsicherheiten zusammenfassen, die sich negativ auf Steuerzahlungen auswirken bzw. auswirken können.¹ (S. Übersicht auf Folgeseite)

Die Ursachen dieser Unsicherheiten sind vielschichtig und können bspw. in der begrenzten Kenntnis über künftige ökonomische und steuerliche Entwicklungen bestehen, der Mehrdeutigkeit bei der Ermittlung und dem Ausmaß der Steuerbelastung, in Unsicherheiten bei der endgültigen zeitlichen Abwicklung oder in Auslegungs- und Gestaltungsmöglichkeiten, zB in Bezug auf Antrags- oder Wahlrechte, Grauzonen oder die Gewährung von Steuervergünstigungen.

Steuerrisiken können zum einen aus **faktischen Risiken** resultieren, zB unklarem Sachverhalt oder Fehlverhalten von Personen, zum anderen aber aus **Rechtsrisiken**, dh Unsicherheiten in Bezug auf die Anwendung der Rechtsvorschriften auf einen Sachverhalt.

Weiter lassen sich Steuerrisiken unterteilen in

- **materielle Steuerrisiken**, dh Steuerrisiken in Bezug auf (i) die tatbestandlichen Voraussetzungen der Anwendung einer Steuer (Sachverhalt bzw. Implementierung eines Sachverhalts), (ii) in Bezug auf die Höhe einer Steuer bzw. deren Ermittlung und (iii) deren Fälligkeit (Frist/Termin),
- **formelle Steuerrisiken**, dh Steuerrisiken, die aus der (vollen oder teilweisen) Nichterfüllung von gesetzlich vorgesehenen Mitwirkungspflichten, Aufzeichnungspflichten oder Prozessabläufen entstehen können, zB bei steuerlichen Meldungen oder Anträgen, steuerlichen Aufzeichnungen oder Dokumentationen, Buchführungs- und Aufbewahrungspflichten sowie bei der Nichteinhaltung formaler Anforderungen bei der Durchsetzung von Steueransprüchen (va Form- und Fristerfordernisse).

Steuerrisiken können teils erhebliche finanzielle Risiken nach sich ziehen, die über Gewinnauswirkungen und Liquiditätsabflüsse infolge (ungeplanter) Steuerzahlungen oder Steuerrückstellungen hinaus auch Zinsen, Zuschläge, Strafen, Bußgelder, Prozesskosten und Beratungskosten in erheblichem Umfang auslösen. Sie können darüber hinaus Reputationsrisiken („negative Presse“) und schlimmstenfalls auch strafrechtliche Risiken nach sich ziehen.

2.2 Bewertung von Steuerrisiken und Einflussfaktoren auf die Versicherbarkeit

Steuerrisiken werden üblicherweise in steuerlichen Due Diligence Berichten nach dem Ampelsystem in die Risikokategorien „niedrig“, „mittel“ und „hoch“ unterteilt. Eine noch differenziertere Beurteilung des Risikos lässt sich durch weitere Unterteilungen oder Zwischenstufen erreichen, zB „niedrig bis mittel“, „sehr niedrig“ oder „Restrisiko“.

* Martina Sradj ist Syndikus-Steuerberaterin und Head of Tax Insurance DACH bei Howden M&A (Germany) GmbH, München.

1 Vgl. Weck-Hannemann in Dichtl/Issing, Vahlens Großes Wirtschaftslexikon, 1987, „Steuerliche Risiken“.

AUFSATZ

2.3 Möglichkeiten zur Absicherung gegen Steuerrisiken

Die Absicherung gegen bekannte bzw. identifizierte Steuerrisiken kann grundsätzlich auf drei verschiedene Arten erreicht werden:

- 1) Vereinbarung von Garantien oder Freistellungen,
- 2) Einholung einer verbindlichen Auskunft oder
- 3) Abschluss einer Steuerver sicherung.

Ob und welche Art der Absicherung für den Einzelfall geeignet ist, hängt insbes. von folgenden Kriterien ab:

- Art des Steuerrisikos, dh, ob es sich um ein transaktions-

bezogenes Steuerrisiko oder ein nicht-transaktionsbezogenes Risiko handelt,

- Zeitbezug des Risikos, dh, ob es sich um ein historisches Steuerrisiko handelt, ein laufendes oder ein künftiges Steuerrisiko,
- Voraussetzungen der jeweiligen Absicherung,
- Umfang der Risikoabdeckung,
- Sicherheit,
- Bindungswirkung,
- Ergebnisauswirkungen,
- Offenlegung und
- Kosten.

2.3.1 Vertragliche Garantie oder Freistellung

Die Absicherung von Steuerrisiken durch vertragliche Garantien oder entsprechende Kaufpreisminderungen setzt naturgemäß voraus, dass es eine kooperationsbereite Vertragspartei gibt, und ist daher bei Transaktionen das Instrument der ersten Wahl. Sofern dies durchsetzbar ist, dürfte es sich zwar in Bezug auf Kosten und Zeit um eine sehr effiziente Maßnahme zur Verminderung eines Steuerrisikos handeln. In Bezug auf die Liquidität kann die vertragliche Garantie aber insofern nachteilig sein, weil Beträge auf einem Treuhandkonto hinterlegt werden müssen und bis zum Ablauf der vereinbarten Frist dort verbleiben und dementsprechend nicht für die Ausschüttung an Anteilseigner oder Anleger zur Verfügung stehen.

Es besteht zudem das Risiko, dass die Verhandlung von Garantien für Steuerrisiken die Durchführung der Transaktion selbst gefährden, zu zeitlichen Verzögerungen oder gar zum Abbruch der Transaktion führen kann.

Einer Verhandlungslösung kann auch entgegenstehen, dass im derzeit starken Verkäufermarkt immer mehr Verkäufer dazu übergehen, Garantien und Freistellungen auf das geringstmögliche Maß zu begrenzen oder auszuschließen und diese über eine W&I-Versicherung absichern zu lassen. Gerade Verkäufer aus dem Investmentfonds-, Immobilien- oder Private Equity-Sektor begrenzen aktuell ihre vertraglichen Gewährleistungen und Freistellungen auf 1 EUR und sehen bereits im ersten Vertragsentwurf den Abschluss einer W&I-Versicherung (idR durch den Käufer) vor.

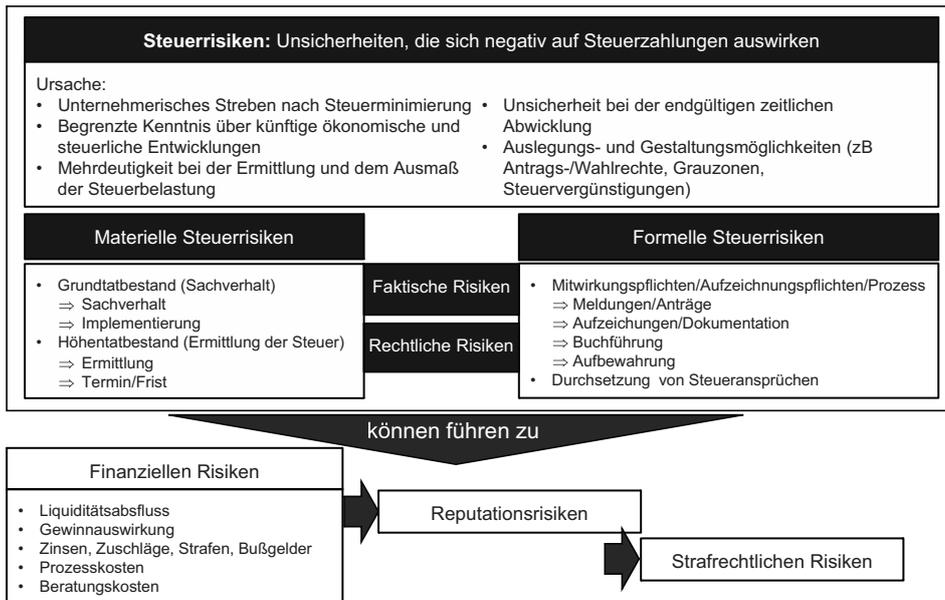


Abb. 1: Arten von Steuerrisiken

Grundsätzlich setzt sich die Beurteilung eines Steuerrisikos aus zwei Komponenten zusammen, nämlich zum einen aus der Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos und zum anderen aus der absoluten Höhe des möglichen Steuerschadens, sofern sich dieser auf Grundlage der vorhandenen Unterlagen berechnen lässt, ggf. unterteilt nach möglichen Eintrittswahrscheinlichkeiten (zB Worst-Case- und/oder Best-Case-Szenarien).

Bei der Prüfung der Versicherbarkeit von (identifizierten) Steuerrisiken spielen weitere Aspekte eine Rolle und können auch im Einzelfall zu einer anderen Risikoeinstufung seitens des Versicherers führen, wie ua

- Ursache des Risikos, zB Sachverhaltsrisiko, Dokumentationsrisiko, Umsetzung steuerlicher Vorgaben,
- Umfang und Qualität der vorhandenen Dokumentation,
- Komplexität, zB des Sachverhalts, der geplanten Maßnahmen oder des Vertragswerks,
- Rechtslage bzw. Rechtssicherheit, zB (geplante) Änderungen des Steuerrechts oder Auslegung des Steuerrechts durch Finanzverwaltung, Gerichte und Literatur,
- beteiligte Jurisdiktionen, ua auch im Hinblick auf das dort geltende Gerichtssystem und die Finanzverwaltungspraxis sowie die Möglichkeit des Steuerpflichtigen, sich selbst zu verteidigen,
- Art und Umfang der steuerlichen Beratung, zB Qualität und Umfang der Analyse, der Risikobewertung und der Darstellung strittiger Aspekte sowie möglicher Verteidigungspositionen,
- mögliche Annahme eines Missbrauchs steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die gewählte Steuerposition (dies führt grundsätzlich zur Nicht-Versicherbarkeit),
- Zeitpunkt/ Zeitraum,
- Art und Höhe möglicher Sanktionen,
- Stand der Betriebsprüfung, va Ausmaß der (erwarteten) Berichtigungen bei Betriebsprüfungen, und
- Aufdeckungswahrscheinlichkeit.

AUFSATZ

Allerdings ist hierbei zu beachten, dass die W&I-Versicherung grundsätzlich nur unbekannte Risiken umfasst und bekannte Steuerrisiken hierin nicht oder nur in geringem Umfang erfasst werden können (s. dazu Abschn. 3.1).

2.3.2 Verbindliche Auskunft

Die bisher am weitesten verbreitete Möglichkeit zur Absicherung von Steuerrisiken ist die verbindliche Auskunft (§ 89 Abs. 2 AO).² Diese ist insbes. nur für die Absicherung künftiger Steuerrisiken einsetzbar und setzt einen formalen Antrag voraus. Je nach Fragestellung und Finanzbehörde können bis zur Erteilung einer verbindlichen Auskunft mehrere Monate vergehen, so dass sie bei zeitkritischen Projekten weniger geeignet ist. Insbes. muss damit gerechnet werden, dass der Antrag auf verbindliche Auskunft auch negativ beschieden werden kann – und trotzdem Gebühren anfallen, die bei einem Gegenstandswert von mehr als 10.000 EUR und max. 30 Mio. EUR aktuell bis zu 120.721 EUR betragen können (§ 89 Abs. 4, 5 iVm § 34, 39 Abs. 2 GKG).

2.3.3 Steuerversicherung

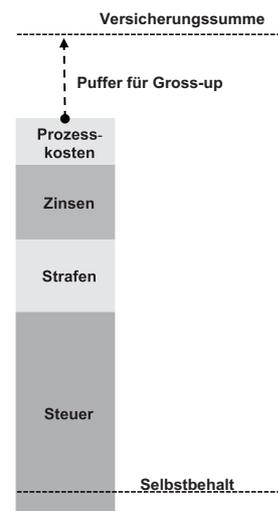
Eine Steuerversicherung bietet den Vorteil, dass sie für ein konkret benanntes Steuerrisiko abgeschlossen werden kann, bei dem es sich um ein historisches, laufendes oder auch künftiges Risiko handeln kann. Sie kann liquiditätsschonend und schnell potenzielle Steuerrisiken abdecken, die in einer Transaktion keine Vertragspartei übernehmen will, die den Kaufpreis beeinflussen oder den Verkaufsprozess verzögern können und insbes. zu materiellen Zahlungsabflüssen führen können. Außerhalb von Transaktionen deckt die Steuerversicherung solche Risiken ab, die aus unterschiedlichen Auslegungen zu einer Rechtsfrage resultieren und für die keine Klärung durch verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung möglich ist oder bei der Präzedenzfälle oder Richtlinien zur Auslegung von Gesetzen fehlen. Grundsätzlich werden keine Sachverhalts-, Umsetzungs- oder Verhaltensrisiken versichert.

Versicherungssumme	Wird zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer vereinbart
Laufzeit	In der Regel sieben Jahre, im Einzelfall auch zehn Jahre
Selbstbehalt	Bei niedrigen Risiken grds. weniger als 50.000 EUR mit Anrechnung nur gegen die Prozesskosten Bei komplexeren Risiken (mit höheren Prämien) kann eine höhere Selbstbeteiligung empfehlenswert sein.
Prämie	In der Regel zwischen 2 %–5 % der Versicherungssumme bei niedrigen Risiken
Versicherungsumfang	Maßgeschneiderte Definition des Steuerrisikos (ggf. inklusive Zinsen, Strafen, Prozesskosten und Gross-up)
Mitteilungspflichten	Die Police deckt nur solche Schäden ab, die dem Versicherer während der Laufzeit gemeldet werden.
Mitwirkungsrechte	Der Versicherer wird sich für den Fall der Veranlagung oder Betriebsprüfung Mitwirkungsrechte einräumen lassen. Diese Mitwirkungsrechte können bei einem höheren Selbstbehalt auch weniger umfassend sein.
Ausschlüsse	Gesetzesänderungen, vorsätzlich falsche Angaben und Abgabe falscher Erklärungen seitens des Versicherungsnehmers

Abb. 2: Wesentliche Parameter einer Steuerversicherung

Im Versicherungsumfang können über das Steuerrisiko hinaus auch Zinsen und Strafen (zB Verspätungs- und Säumniszuschläge gemäß §§ 152, 233 ff. AO), Prozess- und Verteidigungskosten sowie eventuelle Steuern abgedeckt werden, die beim Versicherungsnehmer anfallen, weil die Zahlung der Versicherung im Schadensfall als steuerpflichtiger Ertrag zu erfassen ist (sog. „Gross up“).

Das Verfahren der Risikoprüfung durch den Versicherer bis zum Abschluss der Versicherungspolice (sog. „Underwriting“) kann üblicherweise in einem Zeitraum von fünf bis zehn Tagen abgeschlossen werden und ist damit vergleichsweise schnell umsetzbar. Der Beginn des Verfahrens ist zeitlich flexibel und kann grundsätzlich auch vor, während und nach Transaktionen oder Umstrukturierungen erfolgen. Sofern es sich aber bei Transaktionen und Umstrukturierungen abzeichnet, dass Steuerrisiken durch eine Steuerversicherung abgedeckt werden sollen, ist es aus praktischer Sicht empfehlenswert, den Broker bzw. die Versicherung frühestmöglich einzubinden, bevor die Vertragsunterlagen endverhandelt sind. Amerikanische und britische Investoren benennen vor Beginn von Transaktionen aus diesem Grunde zeitgleich mit den rechtlichen und steuerlichen Beratern auch den Spezialversicherungsmakler. Denn um einen bestmöglichen Versicherungsschutz zu erreichen, muss vor allem in den Vertragswerken sichergestellt sein, dass der künftige Versicherungsnehmer ausreichende Möglichkeiten hat, auf das dem Steuerrisiko zu Grunde liegende Steuerverfahren Einfluss zu nehmen und dies zu steuern. Andernfalls kann nicht sichergestellt werden, dass die üblicherweise im Versicherungsvertrag vom Versicherungsnehmer geforderten Mitwirkungs- und Mitteilungsverpflichtungen hinreichend erfüllt werden können (sog. „Conduct“). Da viele Rechtsberater inzwischen zwar sehr erfahren sind mit W&I-Versicherungen, nicht aber den Besonderheiten von Steuerversicherungen, werden deren Anforderungen va in Kaufverträgen nicht oder nicht hinreichend umgesetzt, was den Abschluss einer Steuerversicherung nach Abschluss des Kaufvertrags erschweren bis verhindern kann.



Im Gegensatz zur verbindlichen Auskunft sind bei Steuerversicherungen Änderungen des Sachverhalts möglich, sofern sie zu keiner anderen Risikobeurteilung führen. Weiterhin können gegen die Zahlung einer Einmalprämie sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Steuerrisiko abgedeckt werden, so dass hierfür grundsätzlich keine weiteren Rückstellungen zu bilden sind oder Hinterlegungen auf Treuhandkonten erforderlich werden. Ein Verkäufer kann damit den Verkauf erheblich schneller abwickeln und Erlöse an die Anleger oder Anteilseigner ausschütten, ohne den Ablauf von Verjährungsfristen beachten zu müssen.

2 Vgl. dazu auch Skuratovski BB 2021, 2395 (2398).

AUFSATZ

	vertragliche Garantie	verbindliche Auskunft	Steuerversicherung
Art des Risikos			
transaktionsbezogen	ja	ja	ja
nicht-transaktionsbezogen	nein	ja	ja
Zeitbezug des Risikos	historisch/laufend/künftig	nur künftig	historisch/laufend/künftig
Voraussetzungen	Verhandlung mit Vertragspartner	Erfüllung formaler Anforderungen; keine Umsetzung bis zur Erteilung der verbindlichen Auskunft	verhandelbar
Umfang der Risikoabdeckung	grds. Verhandelbar	nicht verhandelbar	verhandelbar
Stuerrisiko	abgedeckt	abgedeckt	abgedeckt
Zinsen und Strafen	nicht abgedeckt	nicht abgedeckt	abgedeckt
Verteidigungskosten	nicht abgedeckt	nicht abgedeckt	abgedeckt
„Gross-up“	nicht abgedeckt	nicht abgedeckt	abgedeckt
Sicherheit	mittel bis hoch	niedrig (ggf. Ablehnung!)	hoch
Bindungswirkung	begrenzt auf die Vereinbarung	begrenzt auf Sachverhalt lt. Antrag	Abweichungen vom Sachverhalt möglich, sofern keine andere Risikobewertung
Zeitraumen	parallel zu Vertragsverhandlungen	ca. 3–6 Monate	ca. 5–10 Tage
Offenlegung des Risikos	nein	ja (ggü. Finanzamt)	nur in Einzelfällen
Kosten	grds. keine (ggf. Auswirkungen auf Kaufpreis)	bis zu 120.791 EUR (auch bei Ablehnung)	Prämie ca. 2 %–5 % des Risikos

Abb. 3: Übersicht der Lösungsmöglichkeiten zur Absicherung gegen Steuerrisiken

Die Versicherungsprämien für Steuerrisiken liegen aktuell zwischen ca. 2 % und 5 % der Versicherungssumme, je nach Art des Sachverhalts und des Risikos sowie der Höhe des Selbstbehalts. Die üblichen Versicherungssummen bewegen sich überwiegend im ein- oder mehrstelligen Millionenbereich. Bei kleineren Versicherungssummen ist damit zu rechnen, dass die Versicherer Mindestprämien ansetzen, die derzeit ca. 100.000 EUR bis 150.000 EUR betragen können. Hinzu kommt die sog. Underwriting Fee, die Versicherer im Rahmen der Risikoprüfung vor allem für bei ihnen entstehende Drittkosten erheben und die üblicherweise bei ca. 20.000 bis 50.000 EUR liegt.

Die Steuerversicherung wird grundsätzlich vertraulich behandelt und nicht offengelegt. Dies setzt voraus, dass der Sachverhalt noch nicht einer Finanzbehörde offengelegt wurde und insbes. kein Antrag auf verbindliche Auskunft eingereicht worden ist. Damit kann ua auch sichergestellt werden, dass aus Sicht eines Käufers als risikobehaftet bewertete Sachverhalte sich nicht zum Nachteil des Verkäufers auswirken. Denn in die Risikobeurteilung fließt insbes. das subjektive Risikobewusstsein ein, das je nach Investorentyp und dessen Erfahrungsgrad oder aus der Verhandlungsposition heraus dem der anderen Vertragspartei diametral gegenüberstehen kann. Die Steuerversicherung ist hingegen kein Ersatz für eine gesetzlich verpflichtende Offenlegung eines Sachverhalts gegenüber einer Steuerbehörde; vielmehr wird in den Steuerversicherungen vorausgesetzt, dass alle erforderlichen Meldepflichten eingehalten und alle Steuererklärungen fristgemäß eingereicht worden sind bzw. werden. Die Steuerversicherung ersetzt weder eine umfassende steuerliche Beratung des Versicherungsnehmers noch deckt sie Fälle missbräuchlicher Steuergestaltungen ab.

Ebenso wie bei der verbindlichen Auskunft sind auch unter der Steuerversicherung grundsätzlich Rechtsänderungen ausgeschlossen. Bei einer Versicherung umfasst das jedoch nur die Änderung des Gesetzes, nicht aber dessen Auslegung durch die Finanzbehörden oder Gerichte. Zu einem Verlust des Versicherungsschutzes führen überdies

wissentlich falsche Angaben oder die Abgabe falscher Erklärungen gegenüber dem Versicherer in der Police.

Steuerversicherungen haben üblicherweise eine Laufzeit von sieben Jahren, die im Einzelfall auch verlängert werden kann auf in der Regel maximal zehn Jahre.

3. Versicherbarkeit von Steuerrisiken

3.1 Transaktionsbezogene Steuerrisiken

Transaktionsbezogene Steuerrisiken treten typischerweise bei

Erwerb und Verkauf eines Vermögenswerts auf. Solche Steuerrisiken lassen sich grundsätzlich in unbekannte und bekannte Risiken unterteilen, für die es dementsprechend auch unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten zur Risikoverminderung gibt.

Unbekannte Steuerrisiken können in einer Transaktion generell durch eine sog. Gewährleistungs- und Freistellungsversicherung („W&I“-Versicherung) mit abgedeckt werden. Hiervon sind üblicherweise und grundsätzlich folgende Steuerrisiken ausgeschlossen:

- sekundäre Steuerschulden (beim Asset Deal kann eine Steuerfreistellung nach § 75 AO mitversichert werden),
- Verrechnungspreise,
- der Verlust von Steueransprüchen (zB Untergang von Verlustvorträgen),
- verdeckte Gewinnausschüttungen und
- Mehrsteuern während der Locked-Box Period, wenn die Vertragsparteien einen Festkaufpreis vereinbart haben, der auf Grundlage eines in der Vergangenheit liegenden Jahresabschlusses ermittelt wurde.

Da in aller Regel ein Käufer oder Verkäufer beim Erwerb bzw. Verkauf die Vermögenswerte im Rahmen von Due Diligence-Prüfungen von seinen Beratern eingehend auf Risiken hin überprüfen lässt, gelten alle in diesem Rahmen identifizierten Risiken als bekannte Risiken, wenn sie nach dem Maßstab der W&I-Police als offengelegt gelten. Diese sind daher grundsätzlich nicht von der W&I-Versicherung abgedeckt. Es hängt vielmehr vom Verhandlungsgeschick und der Erfahrung des Brokers und der Unterstützung der beteiligten Berater ab, ob identifizierte Steuerrisiken **affirmativ** in die W&I-Versicherung aufgenommen werden können, ggf. auch gegen Zahlung einer zusätzlichen Versicherungsprämie. Der Versicherer führt seine Prüfung auf Grundlage des Tax Due Diligence Berichts durch, ggf. unter Anforderung weiterer Unterlagen und Informationen.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Deckungsumfang bei der W&I-Versicherung grundsätzlich nur den Betrag der Garantie/Freistellung für das betreffende Steuerrisiko umfasst, während bei der Steuerversicherung darüber hinaus auch Zinsen, Prozesskosten und auch der Gross-up (vgl.

AUFSATZ

Abschn. 2.3.3) mitversichert werden können. Gerade bei betragsmäßig hohen Steuerrisiken kann dies in Bezug auf die Finanz- und Liquiditätslage ein relevanter Aspekt sein.

Bekannte Risiken können grundsätzlich durch vertragliche Gewährleistungen im Kaufvertrag, durch verbindliche Auskünfte oder – sofern sie nicht **affirmativ** unter der W&I-Police erfasst werden können – durch eine separate Steuerpolice abgesichert werden (vgl. Einzeldarstellung Abschn. 2.3).

In Transaktionen gehören zu den unter einer separaten Steuerpolice versicherten Steuerrisiken³ ua:

- Risiken in Bezug auf die steuerliche Ansässigkeit wie zB Gewerbesteuererisiken bei Immobiliengesellschaften im Zusammenhang mit der Begründung einer deutschen Betriebsstätte oder schädlichen gewerblichen Tätigkeiten im Rahmen der erweiterten Kürzung,
- Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung bzw. Aufdeckung stiller Reserven, ua auch die Begünstigung von Betriebsaufgaben (§§ 16, 34 EStG),
- Risiken aus der Umqualifizierung von Einkünften, zB von vermögensverwaltenden in gewerbliche Vermietungseinkünfte,
- Qualifizierung von hybriden Finanzierungen als Eigen- oder Fremdkapital,
- innerkonzernliche Zahlungen und Repatriierung von Einkünften,
- Grunderwerbsteuererisiken (zB Bewertungsfragen, Share Deals),
- Haftung aus § 75 AO (bei Asset Deals),
- Management-Beteiligungsprogramme und
- Verrechnungspreis-Risiken.

bindliche Auskunft oder durch eine Steuerversicherung abzudecken. Zu solchen Risiken gehören in der Regel Steuererisiken im Zusammenhang mit Umstrukturierungen oder Reorganisationen, die insbes. Unsicherheiten in Bezug auf das UmwStG, Ertragsteuern/Quellensteuern, Grunderwerbsteuer oder Umsatzsteuer betreffen.⁴ Darüber hinaus können unter einer Steuerversicherung auch Risiken im Zusammenhang mit Betriebsprüfungen abgedeckt werden.

4. Ablauf und Kosten einer Steuerversicherung

4.1 Beteiligte im Versicherungsprozess

Die relevanten Beteiligten im Versicherungsprozess sind der Kunde (Versicherungsnehmer), der Broker und der Versicherer bzw. dessen eventuell vorgelagerter Risikoprüfer (Underwriter).

Der **Kunde** kann dabei selbst als Käufer oder Verkäufer Versicherungsnehmer sein oder aber für einen anderen Versicherungsnehmer auftreten, zB die Zielgesellschaft(en). Zum überwiegenden Teil handelt es sich bei den Versicherungsnehmern um Gesellschaften und nur in Ausnahmefällen um natürliche Personen. Bei Transaktionen, in denen Zielgesellschaften ggf. im Zeitpunkt des Abschlusses der Police noch nicht rechtswirksam gegründet sind oder die Anteile an Zielgesellschaften noch nicht übertragen worden sind, werden in den meisten Fällen die Käufer Versicherungsnehmer und die Zielgesellschaften (nach deren Übernahme) in den Versicherungsumfang aufgenommen.

Grundsätzlich benötigt der Kunde immer einen **steuerlichen Berater**, der ihn idealerweise bei der Transaktion oder der zu Grunde liegenden steuerlichen Frage berät und bei der Verhandlung der Steuerpolice unterstützt.

Das aktuelle Marktumfeld ist gekennzeichnet von einer steigenden Nachfrage bei den Spezialversicherungen, insbes. den Steuerversicherungen. Das spiegelt sich wider im zunehmenden Interesse der Versicherer an solchen Steuerrisiken, die hierfür entweder eine Steuerexpertise aufgebaut haben oder sich diese zukaufen bzw. sie auf spezialisierte sog. Managing General Agents („MGA“) bzw. Managing General Underwriter („MGU“) als externe Risikoprüfer auslagern. MGAs sind lizenzierte Unternehmen, die für grundsätzlich A/A+-geratete Versicherungskonsortien oder Lloyds-Syndikate

(Risikokapitalgeber) Steuerpolice zeichnen. Die wesentlichen Unterschiede im Versicherungsmarkt bestehen im sog. Risikoappetit, den maximal versicherbaren Summen von ca. 20 Mio. EUR bis knapp 600 Mio. EUR und der verfügbaren Steuerexpertise insbes. bei der Versicherung deutscher Steuerrisiken, die bei zeitkritischen Prozessen bedeutsam sein kann.

Aktuell sind ca. zehn bis 15 Spezialversicherer am Markt tätig, von denen der überwiegende Teil aus dem britischen

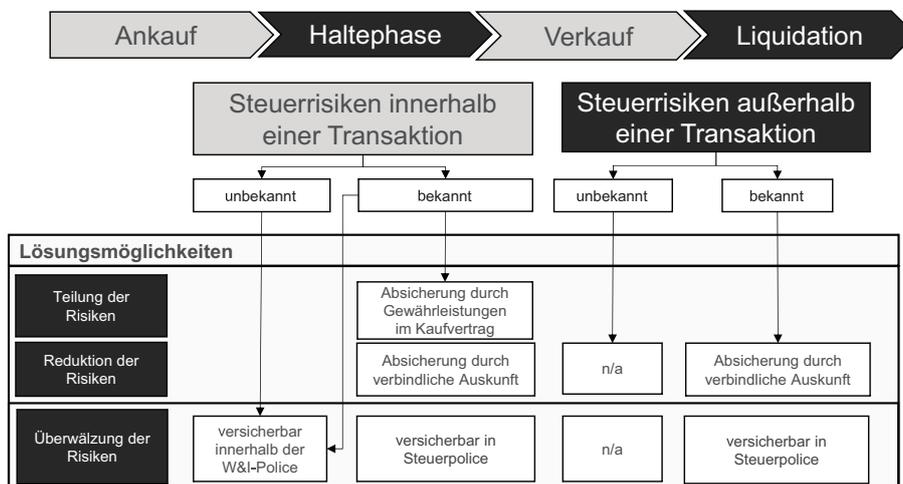


Abb. 4: Steuerrisiken in Investmentzyklus und Lösungsmöglichkeiten

3.2 Nicht-transaktionsbezogene Steuerrisiken

Nicht-transaktionsbezogene Steuerrisiken entstehen typischerweise in der Haltephase eines Vermögenswertes oder im Zusammenhang mit der Abwicklung des Investments (Liquidation). Mangels Vertragspartei besteht hierbei nur die Möglichkeit, bekannte Risiken entweder durch eine ver-

³ Zu weiteren Anwendungsbereichen vgl. Skuratovski BB 2021, 2395 (2396 ff.).

⁴ Zu weiteren Anwendungsfällen vgl. Skuratovski BB 2021, 2395 (2396 ff.).

AUFSATZ

oder amerikanischen Versicherungsmarkt stammt. Die zunehmende Konkurrenz hat sich dabei zum Vorteil der Versicherungsnehmer auf tendenziell sinkende Prämien ausgewirkt.

4.2 Rolle des Brokers

In Deutschland tätige Broker sind idR Versicherungsmakler nach § 59 VVG und übernehmen grundsätzlich gewerbsmäßig für ihren Auftraggeber die Vermittlung von Versicherungsverträgen. Sie werden ausschließlich im Interesse ihrer Kunden tätig, ohne von einem Versicherer oder von einem Versicherungsvertreter beauftragt zu sein. Für ihre Tätigkeit benötigen sie eine Erlaubnis nach § 34d Abs. 1 GewO und unterliegen grundsätzlich der fachlichen Aufsicht der zuständigen Industrie- und Handelskammer.

Für die Platzierung von Steuerpolicen haben einige Broker eigene Steuerexperten angestellt. Ihr steuerliches Fachwissen wird benötigt, um die Kunden schon bei der Anfrage zur Versicherbarkeit eines Steuerrisikos beraten zu können und auch später bei den Verhandlungen der Versicherer die Police fachlich zu prüfen. Dabei ist hervorzuheben, dass der Broker keine steuerliche oder rechtliche Beratung erbringt; vielmehr erfolgt die steuerliche Beratung ausschließlich durch den steuerlichen Berater des Kunden. Der Broker kann jedoch je nach Erfahrungsgrad die steuerlichen Beratungsergebnisse plausibilisieren bzw. eine fachliche Zweitprüfung durchführen und in Bezug auf die Versicherbarkeit des Steuerrisikos Empfehlungen abgeben, um zur Darstellung des Risikos oder der Verteidigungsargumente, um so die Verhandlungsposition des Kunden gegenüber der Versicherung zu verbessern. Der Broker strukturiert Versicherungslösungen und unterstützt maßgeblich bei den Verhandlungen. Ihm obliegt die Koordination der Rückfragen des Versicherers mit dem Kunden (bzw. späteren Versicherungsnehmer) und aller damit zusammenhängenden Kommunikation. Sofern der Kunde über den Broker sowohl eine W&I-Versicherung als auch eine Steuerpolice für eine Transaktion abschließt, können hier Synergien genutzt werden, um sicherzustellen, dass die beiden Policen inhaltlich und von den Formulierungen her abgestimmt sind und den gewünschten Versicherungsumfang abdecken. Der Abschluss der Steuerpolice erfolgt zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer, dh, der Broker vermittelt lediglich den Abschluss, tritt aber weder als Vertreter noch als steuerlicher Berater des Versicherungsnehmers auf.

Im Idealfall begleitet der Broker den Versicherungsnehmer über die gesamte Laufzeit der Steuerpolice, dh unterstützt insbes. im Schadensfall bei der Geltendmachung und auch der Abwicklung des Schadens.

4.3 Ablauf und Kosten

Grundsätzlich wird für die Anfrage einer Steuerversicherung bei einem Broker ein Steuergutachten oder Tax Due Diligence Report eines externen Steuer- oder Rechtsberaters benötigt, in dem das Steuerrisiko analysiert und bewertet wird. Der Broker prüft diese Unterlagen und kann auf dieser Grundlage eine erste Einschätzung zur Versicherbarkeit des Risikos geben.

Der Broker holt für das Risiko dann bei geeigneten Versicherern Angebote ein, wertet diese auf Grundlage einer vergleichenden Übersicht der Versicherungskonditionen aus und gibt eine Empfehlung ab. Der Broker sollte hierbei sicherstel-

len, dass alle für das Angebot relevanten Informationen vorliegen und insbes. das Verständnis des Risikos, die getroffenen Annahmen und angebotenen Konditionen der Versicherer sachgerecht sind. Die Ansprache verschiedener Versicherer erhöht dabei den Preiswettbewerb zum Vorteil des Versicherungsnehmers. Wesentlich ist für den Versicherungsnehmer, dass alle Kostenbestandteile enthalten sind, dh insbes. auch die anfallende Versicherungssteuer sowie ggf. auf die Underwriting Fee anfallende, für den Versicherer nicht abzugsfähige Vorsteuern.

Kosten entstehen erstmals ab dem Zeitpunkt, in dem der Kunde (Versicherungsnehmer) einen Versicherer ausgewählt hat und mit ihm eine Kostenvereinbarung für das sog. Underwriting abschließt. Mit der Underwriting Fee deckt der Versicherer üblicherweise seine Kosten ab, die ihm für die Hinzuziehung externer Berater im Rahmen der Risikoprüfung entstehen.

Der Prozess der Risikoprüfung (Underwriting) läuft bei den meisten Versicherern parallel zur Ausarbeitung der Versicherungspolice. In diesem Rahmen fordert der Versicherer meist weitere Unterlagen und Informationen vom Kunden bzw. dessen steuerlichen Beratern an, deren zeitnahe Beantwortung wesentlich zur Einhaltung von zeitlichen Vorgaben beiträgt. Durch die Rückfragen verifizieren die Versicherer bestimmte Annahmen oder Einzelaspekte, die Grundlage des Angebots waren. Der Broker unterstützt den Kunden bei den Verhandlungen, insbes. dem Wortlaut der Police und dem Umfang des Versicherungsschutzes.

Der Prozess endet schließlich mit dem Abschluss der Police und deren Inkrafttreten. Ab diesem Zeitpunkt ist grundsätzlich auch die Versicherungsprämie zu leisten, ebenso wie die fristgerechte Zuleitung ggf. weiterer, in der Police vorgesehener Unterlagen und Informationen (zB unterzeichnete Fassungen des Kaufvertrags, Unterlagen aus dem Datenraum). Hierbei ist es wichtig, entsprechende Unterstützung durch den Broker zu erhalten, da bei Nichteinhaltung in der Police vereinbarter Fristen für die Zulieferung bestimmter Unterlagen der Versicherer berechtigt sein kann, vom Vertrag zurückzutreten, und damit der Versicherungsschutz entfällt.

Sofern es während der Laufzeit der Police zu einem Schadensfall kommt, sollte der Broker bzw. Versicherer entsprechend der Vereinbarungen in der Police zeitnah informiert werden.⁵ In den Steuerpolicen sind meist umfassende Mitwirkungsrechte für den Versicherer vorgesehen, die der Versicherungsnehmer einhalten muss, um den Versicherungsschutz zu erhalten. Hierzu zählen üblicherweise die Zusendung von Steuerbescheiden innerhalb fester Fristen, die Einbindung des Versicherers in Rechtsbehelfs- und Klageverfahren sowie weitere Verhaltensregeln. Der Umfang solcher Mitwirkungsrechte des Versicherers kann in Abhängigkeit von der Höhe des vereinbarten Selbstbehalts oder eventueller (kauf-)vertraglich geregelter Mitwirkungsrechte des Steuerpflichtigen im Einzelfall auch geringer ausfallen. In der Police können idR Vorauszahlungen vereinbart werden, die bei positivem Verfahrensausgang an den Versicherer zurückzuerstatten sind.

⁵ Vgl. dazu auch Bhoma, Tax liability insurance: dealing with tax risks in M&A and other commercial transactions, Thomson Reuters 2021, abrufbar unter: uk.practicallaw.tr.com/6-543-2265.

5. Die Rolle des steuerlichen Beraters bei der Versicherung von Steuerrisiken

5.1 Bedeutung des steuerlichen Beraters

Der steuerliche Berater kann maßgeblich zur Versicherbarkeit von Steuerrisiken beitragen, da seine Beurteilungen und Analysen von Steuerrisiken dem Versicherten vorgelegt werden und Grundlage für dessen Risikobeurteilung sind.

Insofern sollte schon bei einer Beauftragung mit dem Mandanten abgeklärt werden, ob bspw. bei einer Transaktion die Möglichkeit der Versicherung von Risiken, sei es über eine W&I-Versicherung oder eine separate Steuerversicherung, in Erwägung gezogen wird. Auch im Rahmen der Steuerplanung oder der steuerlichen Strukturierung können im Rahmen der steuerlichen Begutachtung Risiken auftreten, zu deren Verminderung auch über eine Steuerversicherung nachgedacht werden kann. In solchen Fällen kann es sich anbieten, dass der steuerliche Berater proaktiv das Gespräch mit einem Broker sucht, um auf anonymer Basis ggf. vorab eine Einschätzung zu erhalten, ob das identifizierte Risiko versicherbar ist und bejahendenfalls auf welche Aspekte bei der Begutachtung eingegangen werden sollte. Auf dieser Grundlage kann zeit- und kostensparend eine weitere Abstimmung über die weitere Vorgehensweise mit dem Mandanten erfolgen.

Im Verlauf des Versicherungsprozesses kann der steuerliche Berater erheblich zum effizienten Ablauf beitragen, wenn die Klärung von Fragen der Versicherten zeitnah erfolgt sowie Informationen vollständig und ggf. mit Erläuterungen bereitgestellt werden. Dabei sollte berücksichtigt werden, dass der Versicherte sich ausschließlich auf die bereitgestellten Informationen und Unterlagen beziehen kann und ihm typischerweise sämtliche Details, die dem steuerlichen Berater aus dem Umfeld des Mandanten oder der Transaktion aus anderen Quellen selbstverständlich scheinen und daher keine Erwähnung gefunden haben, nicht zur Verfügung stehen. Ein wesentlicher Aspekt sämtlicher Arbeitsergebnisse des steuerlichen Beraters ist, dass diese einem fachkundigen Dritten wie dem Versicherten innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über den Sachverhalt und dessen steuerliche Beurteilung geben können.

5.2 Hinweise für Tax Due Diligence Berichte und steuerliche Stellungnahmen

Um bei einer Transaktion die potenzielle (Mit-)Versicherung von steuerlichen Risiken zu verbessern, sollten beim Verfassen einer Tax Due Diligence bzw. einer steuerlichen Stellungnahme idealerweise folgende Aspekte enthalten sein bzw. berücksichtigt werden:

- Beschreibung des mit dem Mandanten vereinbarten **Auftragsumfangs** („Scope of Work“), ggf. Anlage der Mandatsvereinbarung (in Auszügen ausreichend),
- die **Darstellung** der durchgeführten Prüfungshandlungen sollte tabellarisch sein, idealerweise mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Risiken („Red Flag“) sowie einer detaillierteren Darstellung und Analyse aller untersuchten Prüfungsfelder und der Bewertung der in diesem Zusammenhang identifizierten Risiken. Bei größeren Transaktionen können darüber hinaus Übersichten aufschlussreich sein, in denen relevante Informationen zu Finanzierungen, Historien von Gesellschaften oder Gesellschafterwechseln,

Stand der Veranlagungen und Betriebsprüfungen, Stand der Verlustvorträge etc enthalten sind,

- Beschreibung der zu Grunde liegenden Transaktion und ggf. deren Finanzierung (Sachverhalt):
 - Hier sind **Schaubilder bzw. Strukturskizzen** zur Ausgangs-, Transaktions- und Zielstruktur hilfreich bzw. **Übersichten mit den Finanzierungsverhältnissen** oder Liquiditätsströmen.
 - Auch die genaue und vollständige **Beschreibung des Prüfungsgegenstands** (zB Vermögenswerte, Name, Rechtsform und Sitz von Gesellschaften),
 - die Angabe des genauen **Prüfungszeitraums**,
 - Angaben zum **Stand und zur Vollständigkeit der geprüften Unterlagen** bzw. der im Datenraum bereitgestellten Informationen sollten enthalten sein.

Hintergrund ist, dass diese Angaben von der Versicherung exakt reflektiert werden, dh, wird der Prüfungszeitraum beschränkt auf die letzten erhaltenen Steuererklärungen, nicht aber auf die Prüfung einer Summen- und Saldenliste oder anderer Unterlagen des laufenden Jahres, werden potenzielle Risiken für den laufenden Veranlagungszeitraum im Erwerbs- oder Verkaufszeitpunkt ausgeschlossen vom Versicherungsschutz. Selbiges gilt für unvollständige Daten und Informationen oder nicht geprüfte Gesellschaften oder Vermögenswerte.

Sofern bei der Prüfung ein Schwellenwert bzw. eine Aufgriffsgrenze für Risiken („Materiality Threshold“) angesetzt wurde, wird dieser von den Versicherungen grundsätzlich als de minimis definiert.⁶ Da in vielen Berichten zwar ein solcher Schwellenwert festgelegt wird, im Bericht dann aber davon abweichend geringere Risiken angesetzt werden, kann es im Hinblick auf einen möglichst umfassenden Versicherungsschutz vorteilhafter sein, keinen oder nur einen geringen Schwellenwert festzulegen.

Die identifizierten Risiken sollten kurz und prägnant beschrieben werden, qualitativ bewertet werden (zB niedrig, mittel, hoch) und – soweit möglich – auch quantitativ bewertet bzw. geschätzt werden.⁷

Bei der Risikobewertung können zudem sämtliche Zwischenstufen angesetzt werden (zB Restrisiko (remote), sehr niedrig, niedrig bis mittel), was bspw. sinnvoll sein kann, da aus Versicherungssicht eine granuliertere Bewertung des Risikogehalts sich auf die Versicherbarkeit und die Prämien niederschlagen kann.

Sofern für bestimmte Steuerrisiken eine Abdeckung durch eine Versicherung gewünscht ist, muss hierfür zumindest eine schätzweise und nachvollziehbare Berechnung des potenziellen Steuerrisikos erfolgen. Nicht quantifizierbare Risiken können zwar in Einzelfällen unter einer W&I-Versicherung erfasst werden, hingegen nicht in einer Steuerversicherung.

Auch sollte für identifizierte Risiken eine **steuerliche Würdigung** enthalten sein, die bei strittigen oder unklaren Aspekten auch Argumente anführt, die für oder gegen die getroffene Risikobeurteilung sprechen, um so mögliche Verteidigungslinien anzudeuten. Letzterer Aspekt ist im Rah-

⁶ Bei W&I-Versicherungen werden unbekannte Risiken erst ab diesem De-minimis-Wert erfasst, unabhängig von einem ggf. vereinbarten Selbstbehalt.

⁷ Vgl. Abschn. 2.2.

AUFSATZ

men von Tax Due Diligence Reports üblicherweise in der gebotenen Kürze enthalten. Hingegen sollte in steuerlichen Stellungnahmen eine ausführlichere Diskussion von strittigen Aspekten steuerlicher Einzelfragen erfolgen unter Heranziehung der relevanten Gesetze, deren Auslegung durch die Finanzverwaltung und der dazu ergangenen Rechtsprechung sowie der einschlägigen Literatur.

6. Zusammenfassung und Ausblick

Stuerrisiken können je nach Art unter einer W&I-Versicherung oder einer separaten Steuerversicherung versichert

werden. Die beiden Versicherungstypen unterscheiden sich dabei jedoch in Bezug auf ihre Einsatzmöglichkeiten, die Zielsetzung, den Versicherungsumfang und die Höhe der Prämien.

Die Steuerversicherung, mit der konkrete Stuerrisiken versichert werden können, ist universell und flexibel über Transaktionen hinaus auch bei transaktionsunabhängigen Vorgängen einsetzbar, wie zB Reorganisationen und Umstrukturierungen. Damit kann sie insbes. im Rahmen des Stuerrisikomanagements als eigenständige effiziente Absicherung gegen Verluste aus Stuerrisiken eingesetzt werden oder auch als Alternative zur verbindlichen Auskunft.