

VwGH: Offene Verbindlichkeiten kein körperschaftsteuerlicher Liquidationserlös

» RdW 2019/570

Das BFG hatte entschieden, dass Verbindlichkeiten einer GmbH, die bei der Liquidation (bzw. Auflösung einer GmbH durch Konkursöffnung) offenbleiben, nicht im Rahmen des Abwicklungs-Endvermögens iSd § 19 KStG 1988 zu berücksichtigen sind (vgl. RdW 2018, 816; hierzu *Beiser*, SWK 2017, 378, und *Kanduth-Kristen*, SWK 2017, 371). Dies bedeutete, dass diese offenen Verbindlichkeiten einen steuerpflichtigen Liquidationsgewinn darstellen, den das BFG im Rahmen der Gruppenbesteuerung beim Gruppenträger besteuerte.

Mit Erk 4. 9. 2019, Ro 2017/13/0009, 0010, hat der VwGH nunmehr über eine Revision der GmbH sowie des Gruppenträgers

entschieden und ist dabei dieser Rechtsansicht entgegengetreten: Die Liquidationsbesteuerung nach § 19 KStG ordnet auf Ebene der Körperschaft eine Schlussbesteuerung in Form einer finalen Besteuerung der im Betriebsvermögen angesammelten stillen Reserven an. Die darüber hinausgehende Besteuerung einer gar nicht eingetretenen Vermögensmehrung ergibt sich daraus nicht. Daher sind die offenen Verbindlichkeiten der GmbH nicht gewinnerhöhend zu erfassen.

NZ

Dr. Peter Ratz/Mag. Gerhard Heidrich • Frankfurt am Main/Linz

W&I-Versicherungen: Begriff, Vor- und Nachteile, Prozess und steuerliche Aspekte

» RdW 2019/571

International ist seit längerem ein Trend zum Abschluss von W&I-Versicherungen zu beobachten. Auch in Österreich wächst das Interesse an diesen Produkten. Dieser Beitrag stellt den Begriff und die wesentlichen Vor- und Nachteile von W&I-Versicherungen sowie den dem Abschluss solcher Versicherungen vorgelagerten Prozess dar. Dabei wird der Fokus auf die Versicherung steuerlicher Risiken sowie die steuerliche Absetzbarkeit von W&I-Prämien gelegt.

1. Einleitung

Sogenannte *Warranty-and-Indemnity*-Versicherungen (W&I-Versicherungen, deutsch: Gewährleistungsversicherungen) sind im angelsächsischen Raum seit langer Zeit weit verbreitet.¹ Seit einigen Jahren greift auch die deutsche M&A-Praxis zunehmend auf W&I-Versicherungen zurück.² In *Private Equity*-Transaktionen

sind W&I-Versicherungen in Deutschland schon seit Jahren ein fester Bestandteil.³

In Österreich werden W&I-Versicherungen noch vergleichsweise selten abgeschlossen.⁴ Der international seit Jahren anhaltende Trend zur Absicherung von Transaktionsrisiken durch W&I-Versicherungen lässt jedoch erwarten, dass auch in Österreich in Zukunft zunehmend W&I-Versicherungen abgeschlossen werden.

Dieser Artikel soll daher dem österreichischen Leser einen Überblick über den Begriff, den Prozess und die wesentlichen Vor- und Nachteile von W&I-Versicherungen geben. Dabei wird ein Fokus auf die Versicherungen steuerlicher Risiken und die steuerliche Abzugsfähigkeit von W&I-Prämien gelegt.

2. Begriff der W&I-Versicherung

W&I-Versicherungen „betreffen ... die Versicherung gegen das mit dem Wert der Aktien und der Berechtigung des vom Käufer gezahlten Kaufpreises verbundene vertragliche Risiko“.⁵ Versichert

¹ Im Jahr 2017 wurde der Versicherungsmarkt in ca. einem Viertel aller britischen M&A-Transaktionen angesprochen. Dies schließt *Private Equity*-, *Real Estate*- und *Corporate*-Transaktionen ein (*Howden*, *The In-House-Lawyer* 2018, 22).

² *Hoening/Klingen*, NZG 2016, 1244; siehe auch *Hoger/Baumann*, NZG 2017, 811: „W&I-Versicherungen, ..., erfreuen sich in der Praxis zunehmender Beliebtheit.“

³ *Daghles/Haßler*, GWR 2016, 455.

⁴ *Kary*, *Die Presse*, 2017: „Dass man sich gegen Gewährleistungsansprüche aus M&A-Transaktionen versichern lassen kann, war in Österreich bis vor kurzem weitgehend unbekannt.“

⁵ EuGH Rs C-74/18 Rz 36.



wird „die Verringerung des Werts der Aktien, die durch Umstände verursacht wird, die Gegenstand von gesonderten Zusicherungen des Verkäufers beim Abschluss des Kaufvertrags waren“.⁶

W&I-Versicherungen dienen daher „der Abdeckung von Risiken, die durch etwaige Garantieverletzungen im Rahmen von Unternehmenstransaktionen entstehen“.⁷ Versichert wird das Risiko von Gewährleistungsverstößen, die sich vor dem Abschluss der Transaktion ereignet haben und danach entdeckt werden.⁸ Bekannte bzw. entsprechend offengelegte Umstände sind daher in aller Regel vom Versicherungsschutz ausgenommen.^{9,10,11}

Die W&I-Versicherung dient daher der Versicherung der sogenannten *unknown unknowns*.

2.1. Rechtliche Qualifikation von W&I-Versicherungen

2.1.1. Käufer- und Verkäuferpolizzen

W&I-Versicherungen können als Käufer- und Verkäuferpolizzen abgeschlossen werden, wobei in der Versicherungspraxis die ganz überwiegende Mehrheit der W&I-Polizzen als Käuferpolizzen abgeschlossen werden.^{12,13}

Bei der Käuferpolizze ist idR der Käufer sowohl Versicherungsnehmer als auch Bezugsberechtigter. Bei der Verkäuferpolizze wird idR der Verkäufer sowohl Versicherungsnehmer als auch Bezugsberechtigter.

2.1.2. Rechtliche Qualifikation der Käuferpolizze

Ihrem Charakter nach werden Käufer-Polizzen in der Literatur teilweise als Betriebsunterbrechungsversicherungen¹⁴ oder – und

mittlerweile wohl überwiegend^{15,16} – als Vermögensschadensversicherungen bzw. Eigenschadensversicherung¹⁷ gewertet.^{18,19}

Bei der Vermögensschadensversicherung ist die Versicherungsleistung dazu bestimmt, einen Schaden auszugleichen, der als Folge des versicherten Ereignisses eintritt und der eine selbstständige Voraussetzung der Leistungspflicht und gleichzeitig das Kriterium für die Bemessung der Leistung ist.²⁰ Versichertes Ereignis ist die Unrichtigkeit oder Verletzung einer vom Verkäufer im Kaufvertrag abgegebenen Gewährleistung.^{21,22}

Das Argument, Käufer-Polizzen seien als Betriebsunterbrechungsversicherungen zu werten, da sie kein eigenes Risiko des Käufers, sondern ein von einem Dritten verursachtes Risiko absichern,²³ überzeugt nicht. Der Käufer versichert sich im Grunde dagegen, im Zuge seiner Due Diligence Risiken nicht erkannt bzw. eine fehlerhafte Kaufpreiskalkulation angestellt zu haben.²⁴ Insofern sind die versicherten Risiken sehr wohl von ihm „verursacht“.²⁵

Vor diesem Hintergrund trifft es nur bedingt zu, dass das Objekt des Versicherungsschutzes der versicherte Betrieb ist und sich das versicherte Interesse auf das Nutzungspotenzial und die Erlöskraft des betrieblichen Leistungsprozesses, nicht aber auf den Substanzwert selbst bezieht.²⁶ Bei einer Verletzung von vielen häufig versicherten Garantien (zB Garantien zu Rechtsstreitigkeiten oder geistigem Eigentum) kommt es hingegen gerade nicht zu einer Betriebsunterbrechung oder zu einer unmittelbaren Minderung der Ertragskraft des Unternehmens.²⁷

Im Ergebnis erscheint daher die Einordnung als Vermögensschadensversicherung überzeugender als eine Wertung als Betriebsunterbrechungsversicherung.²⁸

Gemeinsam haben die Wertung als Vermögensschadensversicherung und als Betriebsunterbrechungsversicherung, dass sie im Grunde an die Kaufpreiskalkulation des Käufers anknüpfen. Die Wertung als Betriebsunterbrechungsversicherung knüpft an

⁶ EuGH Rs C-74/18 Rz 36.

⁷ Franz/Keune, VersR 2013, 1371. Siehe auch Engelhardt in Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁵ 243: „Das Risiko einer Haftung für Garantieverletzungen sowie der Inanspruchnahme aus Freistellungen auf Grundlage des Unternehmenskaufvertrages lässt sich im Grundsatz versichern.“ In diesem Sinne auch Becker/Voß/Matzen in Knott, Unternehmenskauf⁵ 41: „... sog. Warranty & Indemnity Insurances (W&I Versicherungen), bieten Absicherung für finanzielle Verluste, die den Parteien des Unternehmenskaufvertrages aus der Verletzung eines darin abgegebenen Garantieverprechens oder aus der Inanspruchnahme einer übernommenen Freistellungsverpflichtung entstehen können.“

⁸ Becker/Voß/Matzen in Knott, Unternehmenskauf⁵ 42.

⁹ Rakosi/Oberlechner, ecoloex 2016, 2; Mannsdorfer, INF 2011, 184. Zur Offenlegung von Risiken und Umständen: Hoening/Klingen, NZG 2016, 1246 f.

¹⁰ Der Ausdruck „Warranty and Indemnity“-Versicherung ist insofern irreführend, als Freistellungen zur Schadloshaltung des Begünstigten aus bekannten Sachverhalten dienen (siehe auch Hasselbach/Reichel, ZIP 9/2005, 378). W&I-Versicherungen dienen jedoch systematisch nicht der Versicherung von Verlusten bzw. Schäden aus bekannten Sachverhalten.

¹¹ Ratz/Steffens, BB 2018, 2397.

¹² Hoening/Klingen, NZG 2016, 1245: „Während vor einigen Jahren in der Praxis noch Verkäuferpolizzen dominierten, hat sich mittlerweile die Käuferpolizze mit einem Marktanteil von über 75 % durchgesetzt.“ Lanschützer, wirtschaftsanwalte.at, 2018: „Über 90 % aller W&I Versicherungen werden vom Käufer abgeschlossen ...“

¹³ Eine dritte Variante, nämlich der Abschluss einer Verkäuferpolizze, wobei der Käufer als Mitversicherter in den Versicherungsschutz einbezogen wird oder der Verkäufer ihm seine Ansprüche aus der Polizze abtritt, hat sich nicht durchsetzen können (Hasselbach/Reichel, ZIP 9/2005, 377).

¹⁴ Vgl. Kränzlin/Otte/Fassbach, BB 2013, 2315; Hasselbach/Reichel, ZIP 9/2005, 378; Franz/Keune, VersR 2013, 1374.

¹⁵ Vgl. Hensel/Namislo, BB 2018, 1476.

¹⁶ In diesem Sinne auch EuGH in Rs C-74/18 Rz 11: „Der Zweck dieser Versicherung besteht darin, ... einen [dem Versicherungsnehmer] entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen.“

¹⁷ Vgl. Rakosi/Oberlechner, ecoloex 2016, 2; Walker/Mannsdorfer, M&A Review 2012, 208; Daghles/Haßler, GWR 2016, 455; Hensel/Namislo, BB 2018, 1476.

¹⁸ Nach einer Mindermeinung soll das versicherte Risiko bei der W&I-Versicherung das Insolvenzrisiko des Verkäufers sein. Vgl. hierzu Metz, NJW 2010, 813 FN 3.

¹⁹ Ratz/Steffens, BB 2018, 2397.

²⁰ Vgl. Walker/Mannsdorfer, M&A Review 2012, 208.

²¹ Vgl. Walker/Mannsdorfer, M&A Review 2012, 208

²² Ratz/Steffens, BB 2018, 2397.

²³ Vgl. Hasselbach/Reichel, ZIP 9/2005, 378; Kränzlin/Otte/Fassbach, BB 2013, 2315.

²⁴ EuGH Rs C-74/18 Rz 13: Bei einer W&I-Käuferpolizze „geht es um das mit dem Wert der Aktien verbundene vertragliche Risiko und um die Berechtigung des vom Käufer gezahlten Kaufpreises“.

²⁵ Ratz/Steffens, BB 2018, 2397.

²⁶ Vgl. Franz/Keune, VersR 2013, 1374. Vgl. auch EuGH in Rs C-74/18 Rz 37: „Denn weder die ‚Warranty & Indemnity‘-Versicherungen noch ... sollen die Risiken eventueller Schäden oder finanzieller Verluste im Zusammenhang mit dem Betrieb der Zielgesellschaft oder ihrem reibungslosen Funktionieren abdecken.“

²⁷ Ratz/Steffens, BB 2018, 2397 f.

²⁸ Ratz/Steffens, BB 2018, 2398.

die Ertragskraft des Betriebs an, während die Wertung als Vermögensschadensversicherung an den Substanzwert bzw. Wiederverkaufswert des Unternehmens anknüpft.^{29,30}

2.1.3. Rechtliche Qualifikation der Verkäuferpolizze

Verkäuferpolizzen werden in der Literatur – soweit ersichtlich einhellig – als Haftpflichtversicherungen des Verkäufers gewertet.^{31,32}

2.2. Gründe für die zunehmende Beliebtheit von W&I-Versicherungen

Wesentliche Gründe für die zunehmende Beliebtheit von W&I-Versicherungen sind insb:

- 2.2.1. Dem Käufer steht mit dem W&I-Versicherer ein **solventer Anspruchsgegner** zu, über den – unabhängig von der Liquiditätssituation des Verkäufers – Garantie- und Freistellungsansprüche unmittelbar durchgesetzt werden können.³³ Der Kaufpreis steht dem Verkäufer sofort und uneingeschränkt zur Verfügung.³⁴ W&I-Versicherungen sind somit eine kostengünstige Alternative zu anderen Möglichkeiten der Besicherung wie insb der Hinterlegung eines Teils des Kaufpreises auf einem Treuhandkonto.^{35,36}
- 2.2.2. W&I-Versicherungen erlauben es, die **Haftung des Verkäufers für Gewährleistungsverletzungen** in gewissem Umfang **auszuschließen**³⁷ und den Haftungshöchstbetrag auf das von der Käuferseite gewünschte Niveau hinaufzusetzen.³⁸ Die Verkäufer können sogar einen sogenannten *clean exit* erreichen,³⁹ dh, ihr Risiko, aus dem Verkaufsprozess später in Anspruch genommen zu werden, bis auf null reduzieren.⁴⁰

- 2.2.3. W&I-Versicherungen können die **Vertragsverhandlungen zwischen der Verkäufer- und der Käuferseite wesentlich vereinfachen** (*Deal Facilitation*),⁴¹ da sie unbekannte Risiken auf den Versicherer überwälzen und daher eine Einigung zwischen den Parteien über die Allokation und „Bepreisung“ dieser Risiken unnötig machen.⁴²
- 2.2.4. Dem Käufer steht mit dem W&I-Versicherer ein **Anspruchsgegner** zur Verfügung, der idR in **Deutschland, England** oder einer anderen Jurisdiktion mit einem zuverlässigen und effizienten Rechtssystem **seinen Sitz hat**⁴³ und zudem ein Interesse hat, im Markt als Versicherer mit einer professionellen *claims handling practice* wahrgenommen zu werden.
- 2.2.5. W&I-Versicherungen empfehlen sich auch dann, wenn **Verkäufer und Käufer auch zukünftig zusammenarbeiten** wollen und das Risiko einer Belastung ihrer Geschäftsbeziehung durch Schadensfälle ausschließen möchten.^{44,45}
- 2.2.6. Im Markt wird ein **niedriges Prämienniveau bei niedrigen Selbstbehalten** angeboten: Im Jahr 2017 waren im Durchschnitt bei *Operational Deals* in der DACH-Region 1,42 % und bei *Real Estate Deals* 1,12 % der Deckungssumme als Prämie zu bezahlen.^{46,47} Im Jahr 2018 lag der durchschnittliche Selbstbehalt bei allen vom international tätigen, auf W&I-Versicherungen spezialisierten Makler Howden platzierten Polizzen für *Operational Deals* bei 0,68 % und bei *Real Estate Deals* bei 0,1 % vom *Enterprise Value* bzw *Asset Value*.^{48,49,50}

29 Es trifft auch nicht zu, dass der Kaufpreis in M&A-Transaktionen stets auf der Grundlage des Nutzungspotenzials bzw der Ertragskraft des Betriebs berechnet wird (Franz/Keune, VersR 2013, 1374).

30 Ratz/Steffens, BB 2018, 2398.

31 Vgl Rakosi/Oberlechner, *ecolex* 2016, 2 f; Hasselbach/Reichel, ZIP 9/2005, 377; Mannsdorfer, W&I-Versicherung – Versicherung für Gewährleistungen und Freistellungen im Unternehmenskaufvertrag, INF 2011, 184; Franz/Keune, VersR 2013, 1374; Metz, NJW 2010, 814; Kränzlin/Otte/Fassbach, BB 2013, 2315; Daghles/Haßler, GWR 2016, 455; Kaufhold, BB 2016, 394; Walker/Mannsdorfer, M&A Review 2012, 208; Hensel/Namislo, BB 2018, 1476.

32 Ratz/Steffens, BB 2018, 2398.

33 Hensel/Namislo, BB 2018, 1475.

34 Rakosi/Oberlechner, *ecolex* 2016, 3; Mannsdorfer, INF 2011, 187; Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² (2014) 17; Lanschützer, *wirtschaftsanwalte.at*, 2018.

35 Der für den Versicherungsschutz zu bezahlenden Prämie sind in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung der Transaktion daher die Zinsen bzw Kapitalkosten entgegenzuhalten, die im Falle einer Escrow-Lösung getragen werden müssten.

36 Durch den Verzicht auf vom Verkäufer zu bestellende Sicherheiten kann der Käufer sein Angebot in Bieterverfahren von den Angeboten anderer Bieter positiv abheben (*Deal Differentiation*) (Kränzlin/Otte/Fassbach, BB 2013, 2315; Lanschützer, *wirtschaftsanwalte.at*, 2018).

37 Hoger/Baumann, NZG 2017, 811.

38 Hasselbach/Reichel, ZIP 9/2005, 378.

39 Rakosi/Oberlechner, *ecolex* 2016, 3; Mannsdorfer, INF 2011, 187; Lanschützer, *wirtschaftsanwalte.at*, 2018.

40 Dies ist insb für *Private Equity*-Investoren attraktiv, da sie am Ertrag auf Zeit (*Internal Rate of Return*) gemessen werden (Ratz/Steffens, BB 2018, 2398; Rakosi/Oberlechner, *ecolex* 2016, 1; Althuber/Schopper, Handbuch

Unternehmenskauf und Due Diligence² [2014] 17; Fromholzer, Der Betrieb 48/2016, M5; Engelhardt in Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis¹⁵ [2017] 243; Walker/Mannsdorfer, M&A Review 2012, 207; siehe auch Metz, NJW 2010, 813).

41 Rakosi/Oberlechner, *ecolex* 2016, 3; Mannsdorfer, INF 2011, 187; Kränzlin/Otte/Fassbach, BB 2013, 2314; Franz/Keune, VersR 2013, 1371.

42 W&I-Versicherungen ermöglichen somit auch eine „sauberere“ und genauere Kaufpreisbestimmung: Die *unknown unknowns* können in der Kaufpreisformel mit dem Betrag der Versicherungsprämie angesetzt werden. Den Parteien wird es hingegen aufgrund der Natur dieser Risiken kaum möglich sein, sie finanziell präzise zu bewerten (Ratz/Steffens, BB 2018, 2397).

43 Rakosi/Oberlechner, *ecolex* 2016, 3; Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² (2014) 17; Franz/Keune, VersR 2013, 1373.

44 Rakosi/Oberlechner, *ecolex* 2016, 3; Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² (2014) 17.

45 Auch dieser Faktor spielt insb in einem Private-Equity-Kontext eine besonders große Rolle, wo Garantien zT vom Management abgegeben werden.

46 Howden, Howden M&A Annual Review 2017, 4.

47 Hasselbach/Reichel schätzten im Jahr 2005, dass im Durchschnitt 3 % bis 6 % der Deckungssumme als Prämie zu bezahlen waren (ZIP 9/2005, 381).

48 Howden, Howden M&A Annual Review 2018, 5.

49 Kränzlin/Otte hatten den „Standard-Selbstbehalt bei europäischen Transaktionen“ im Jahr 2013 mit 1 % des Unternehmenswerts angegeben (BB 2013, 2316).

50 Dem niedrigen Prämienniveau steht ein relativ hoher Prozentsatz von 24 % der versicherten Transaktionen entgegen, in denen eine Schadensmeldung abgegeben wird (Prozentsatz für Deutschland, siehe Howden, Howden M&A Annual Review 2017, 10; weltweit: 19,4 %, siehe Froneberg/Kafka, M&A Review 2018, 235). Die abgegebenen Schadensmeldungen führen in 27,3 % der Fälle zu einem Absinken des Selbstbehalts. In 45,5 %



Aus den genannten Gründen ist ein angemessener W&I-Versicherungsschutz teilweise bereits Voraussetzung für die Gewährung einer Bankfinanzierung oder die Genehmigung einer Transaktion durch *Investment Committees*.⁵¹

Zu beachten ist jedoch, dass der Abschluss einer W&I-Versicherung (abhängig von den Mindestprämien der Versicherer) erst ab einer Mindest-Deckungssumme von ca 5–6 Mio € wirtschaftlich sinnvoll ist.⁵² Der Abschluss einer Käufer-Polize wird ferner wirtschaftlich keinen Mehrwert schaffen, wenn der Verkäufer sich so komfortabel fühlt, das Risiko aus einer Haftung aus den Garantien selbst zu tragen, dass ihm die Risikoübernahme durch den Versicherer keinen Abzug vom Kaufpreis in der Kaufpreisberechnung (auch nicht iHv 75 % der Versicherungsprämie)⁵³ wert ist und der Käufer nicht (zB aus Gründen der *Bid Differentiation*) bereit ist, die Versicherungsprämie (zT) selbst zu tragen.⁵⁴

2.3. Prozess

Im derzeitigen Marktumfeld hat sich in der Praxis der sogenannte *Soft stapled-Ansatz* zur Erstellung von W&I-Polizzen weitgehend durchgesetzt.⁵⁵ Dies bedeutet, dass die Verkäuferseite bereits über entsprechend spezialisierte Makler den Versicherermarkt anspricht^{56,57} und erste Angebote einholt, ohne aber bereits auf der *Sellside* die zu versichernden Risiken vom Versicherer prüfen zu lassen und die Polize für den Käufer weitgehend unterschriftsreif vorzuverhandeln (hierunter versteht man den *Hard stapled-Ansatz*).

Das indikative Feedback des Versicherermarktes fasst der Makler in einem sogenannten *Non-Binding Indication* (NBI) Report zusammen,⁵⁸ der den interessierten Käufern zur Verfügung gestellt wird. Im NBI-Report wird insb das von den Versicherern

angebotene *Pricing* sowie die Anmerkungen der Versicherer zu den zu versichernden Garantien (noch lediglich auf der Grundlage der Formulierung der Garantien, ohne Berücksichtigung der [Vendor] Due Diligence-Materialien) zusammengefasst.

Die Käufer sprechen sohin – jeder für sich – den Makler an (*Seller-Buyer-Flip*).⁵⁹ Der Makler weist jedem Bieter ein eigenes Team von Brokern zu und die Bieter wählen jeweils den Versicherer aus, mit dem sie zusammenarbeiten wollen. Die konkrete Prüfung der zu versichernden Risiken durch den Versicherer beginnt idR erst, nachdem zwischen dem jeweiligen Bieter und dem Versicherer ein *Expense Agreement* abgeschlossen worden ist. Dieses regelt die internen (*Break Fee*)⁶⁰ und externen Kosten (*Legal Fees*)^{61,62} des Versicherers.

Nach Abschluss des *Expense Agreements* steigt der Versicherer in das *Underwriting* der zu versichernden Risiken ein. Er sieht alle Due Diligence Reports durch, sichtet den Datenraum (insb im Hinblick auf die Robustheit der *Disclosure* des Verkäufers) und übermittelt Fragen zur Transaktion im Allgemeinen (*Tranche I Questionnaire*) und Due-Diligence-spezifische Fragen (*Tranche II Questionnaire*) an den Käufer und seine Berater. Diese Fragebögen sind in aller Regel schriftlich, aber auf einer *Non-Reliance-Basis* zu beantworten.⁶³ In einer Telefonkonferenz, an der neben dem Käufer alle relevanten *Due Diligence Provider* teilnehmen (*Underwriting Call*), stellt der Versicherer ergänzende Fragen.⁶⁴

Entscheidend für den Versicherer ist, ob alle Umstände, die zu einem Verstoß gegen die zu versichernden Garantien führen können, professionell geprüft worden sind und ob dieser Prüfung alle relevanten Informationen zugrunde gelegt werden konnten (Robustheit der *Disclosure*). Zweck des *Underwritings* ist es daher, die Due Diligence des Käufers zu plausibilisieren⁶⁵ oder eine „Due Diligence auf die Due Diligence“⁶⁶ zu machen und insb, etwaige Lücken zu identifizieren. Konzeptionell setzt die W&I-Versicherung auf die Due Diligence des Käufers auf, sie ist keinesfalls

der Fälle zahlt der Versicherer aus. Nur in 9 % der Fälle wird der Schadensanspruch abgelehnt (*Howden*, *Howden M&A Claims Statistics 2018*, 6.).

⁵¹ *Rakosi/Oberlechner*, *ecolex 2016*, 3.

⁵² Bei einer niedrigeren Deckungssumme wäre jedenfalls die Mindestprämie, die von zahlreichen Versicherern verlangt wird, zu bezahlen.

⁵³ Wie unten dargelegt, sind W&I-Versicherungsprämien uE steuerlich absetzbar. Dies reduziert die wirtschaftliche Belastung des Versicherungsnehmers aus der Zahlung der Versicherungsprämie – in Ansehung der Körperschaftsteuer, die in Österreich 25 % beträgt – auf 75 % der Versicherungsprämie.

⁵⁴ Vom Abschluss einer W&I-Versicherung wird auch abzuraten sein, wenn sämtliche Garantien von Standard-Ausschlüssen erfasst sind, was allerdings praktisch nur denkbar erscheint, wenn eine Auszahlung durch den Versicherer gegen völkerrechtliche Sanktionen verstoßen würde.

⁵⁵ Da in der Praxis fast ausschließlich Käuferpolizzen abgeschlossen werden, wird auf die prozessualen Besonderheiten von Verkäuferpolizzen hier nicht eingegangen.

⁵⁶ *Hoger/Baumann*, *NZG 2017*, 811.

⁵⁷ Der Makler benötigt zur Ansprache der Versicherer idR lediglich einen Entwurf des Kaufvertrags (inkl der zu versichernden Garantien und des Haftungsregimes [Haftungsobergrenze, *De Minimis* etc]), allgemeine Informationen über das zu verkaufende Unternehmen (*Information Memorandum*) und eine Indikation zur *Range* des *Enterprise Values* (*Hoger/Baumann*, *NZG 2017*, 811; *Hoening/Klingen*, *NZG 2016*, 1248; *Franz/Keune*, *VersR 2013*, 1375). Der von der Verkäuferseite angenommene *Enterprise Value* wird der Käuferseite naturgemäß nicht mitgeteilt.

⁵⁸ Ein NBI-Report kann häufig innerhalb einer Woche erstellt werden (*Rakosi/Oberlechner*, *ecolex 2016*, 4).

⁵⁹ *Hoger/Baumann*, *NZG 2017*, 811.

⁶⁰ Die *Break Fee* soll den Versicherer in dem Fall, dass die Transaktion abgebrochen wird oder der jeweilige Bieter zwar das Zielunternehmen erwirbt, aber nicht die Polize abschließt, für seine internen Kosten sowie seine *Opportunity Costs* entschädigen. Die *Break Fee* beträgt idR maximal 50.000 €, wird aber nicht in allen Transaktionen verlangt.

⁶¹ *Althuber/Schopper*, *Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence*² (2014) 17.

⁶² Die *Legal Fees*, dh die Kosten der vom Versicherer zugezogenen externen rechtlichen und steuerlichen Berater, schwanken abhängig vom Umfang der Due Diligence-Materialien und der Komplexität der Transaktion zwischen ca 25.000 € und 100.000 € (*Hasselbach/Reichel*, *ZIP 9/2005*, 382; noch für 50.000 € bis 200.000 €), werden aber zT nicht in Rechnung gestellt bzw von der Prämie abgezogen, wenn die Versicherungspolize letztlich gekauft wird.

⁶³ Der mit der Beantwortung dieser Fragebögen verbundene Arbeitsaufwand ist idR überschaubar. Erfahrene Berater können die an sie in einem marktüblichen *Tranche II-Fragebogen* gerichteten Fragen – parallel zur Begleitung der laufenden Transaktion – innerhalb von maximal zwei Tagen beantworten.

⁶⁴ *Rakosi/Oberlechner*, *ecolex 2016*, 4; *Hoening/Klingen*, *NZG 2016*, 1248.

⁶⁵ *Rakosi/Oberlechner*, *ecolex 2016*, 4; *Franz/Keune*, *VersR 2013*, 1375.

⁶⁶ *Cancola/Hoflehner*, *Der Standard*, 2010; *Hasselbach/Reichel*, *ZIP 9/2005*, 382.

ein Ersatz für eine käuferseitige Due Diligence.⁶⁷ Die Versicherer prüfen die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Transaktion nicht (wenngleich auch die *Financial* und *Commercial Due Diligence* durchgesehen wird), ihre Gesamt-Risikobewertung der Transaktion ist allerdings idR wesentlich positiver, wenn aufgrund plausibler, nachvollziehbarer wirtschaftlicher Annahmen und Bewertungen zu erwarten ist, dass die Transaktion nach dem *Closing* den wirtschaftlichen Erwartungen der Parteien in der Verhandlungsphase entsprechen wird (maW: dass die Transaktion „ein Erfolg wird“). Für diesen Fall wird die Wahrscheinlichkeit, dass Garantieverstöße geltend gemacht (bzw gezielt „gesucht“) werden, als geringer eingeschätzt.

Die Länge der *Underwriting*-Phase ist stark von der Komplexität der Transaktion und dem Volumen der Due Diligence-Materialien abhängig, kann aber in aller Regel in maximal vier Werktagen abgeschlossen werden.^{68,69} Nach dem Ende der *Underwriting*-Phase (dh idR nach dem *Underwriting Call*) teilt der Versicherer dem Bieter seine finale *Coverage Position* mit, dh, er bestätigt, welche Garantien er versichern kann und welche Risiken explizit ausgeschlossen werden. Nur sehr selten revidieren die Versicherer ihr ursprünglich angebotenes *Pricing* (dh, der Käufer kann sich in aller Regel auf das im NBI-Report angegebene Prämienniveau verlassen).

Im Anschluss wird die Versicherungspolize zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer verhandelt, wobei die Versicherer naturgemäß bestrebt sind, Abweichungen gegenüber ihren Muster-Polizzen gering zu halten. Es empfiehlt sich auch, Abweichungen zwischen der Versicherungspolize und dem Kaufvertrag (etwa in Bezug auf Streitbeilegungsmechanismen und das anwendbare Recht) nach Möglichkeit zu vermeiden.^{70,71}

Versicherungsschutz besteht unter der W&I-Polize in aller Regel nur, wenn (i) zum Vollzug der Transaktion die Versicherungsprämie bezahlt wird^{72,73} und (ii) der Käufer schriftlich bestätigt, dass ihm zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags keine Garantieverletzungen bekannt sind (*No Claims Declaration*; NCD). Es ist häufig ausreichend, dass die NCD von einer Person – unter Ausschluss der persönlichen Haftung – unterzeichnet wird, wobei diese Person Mitglied des *Deal Teams* des Käufers sein muss (dh zum Kern-Projektteam, das die Transaktion und den Due Diligence-Prozess begleitet hat, zählen muss), vor der Abgabe der NCD mit den anderen Mitgliedern des *Deal*

Teams Rücksprache gehalten haben muss und die NCD auch im Namen des Käufers abgibt.⁷⁴

Soll die Richtigkeit der Garantien nicht nur zum *Signing* des Kaufvertrags, sondern auch zum Vollzug des Kaufvertrags versichert werden, so ist eine erneute *Disclosure* des Verkäufers zum Vollzug sowie eine zweite NCD des Käufers zum Vollzug erforderlich.⁷⁵

2.4. Besonderheiten in Bezug auf Steuer-Risiken

Neben der Möglichkeit, klassische Steuer-Garantien⁷⁶ zu versichern,^{77,78} besteht auch die Möglichkeit, Steuerfreistellungsklauseln zu versichern.⁷⁹ Auch in Bezug auf die Steuerfreistellung gilt allerdings der allgemeine Grundsatz, dass Risiken, die bekannt bzw *disclosed* sind, nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind.⁸⁰

Von vielen Versicherern wird zudem gegen Aufpreis ein sogenannter „synthetischer“ Versicherungsschutz für Steuerfreistellungsklauseln angeboten. Die synthetische Steuerfreistellungsklausel wird (nur) in der Versicherungspolize zwischen dem Käufer als Versicherungsnehmer und dem Versicherer vereinbart, nicht (auch) im Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer. Die synthetische Steuerfreistellung erfasst nur Steuerjahre und -arten, die von der *Tax Due Diligence* erfasst waren, und auch in diesem Fall werden Risiken, die bekannt bzw *disclosed* sind, nicht versichert. Synthetische Steuerfreistellungen sind derzeit das einzige standardmäßig im Markt angebotene W&I-Versi-

67 Entgegen *Cancola/Hoflehner*, *Der Standard*, 2010, ist die W&I-Versicherung daher keineswegs ein adäquates Mittel in Transaktionen „bei denen es aus Zeitgründen oder auch aufgrund einer Konkurrenzsituation nicht möglich ist, tiefere Einblicke in das Unternehmen zu gewinnen“.

68 *Rakosi/Oberlechner*, *ecolex* 2016, 4: ca sieben bis 15 Werktage.

69 Zum Teil bieten die Versicherer auch ein besonders beschleunigtes *Underwriting* gegen Aufpreis an (*speedy fee*).

70 *Franz/Keune*, *VersR* 2013, 1375.

71 Alle im deutschen Markt tätigen Versicherer fertigen idR problemlos Polizzen nach österreichischem Recht aus.

72 *Hasselbach/Reichel*, *ZIP* 9/2005, 381.

73 Kann die Transaktion nicht vollzogen werden, muss der Versicherungsnehmer idR nur eine Art Bereitstellungsgebühr an den Versicherer entrichten (*Hasselbach/Reichel*, *ZIP* 9/2005, 381).

74 *Hoenig/Klingen*, *NZG* 2016, 1248; *Franz/Keune*, *VersR* 2013, 1375.

75 Werden lediglich *Fundamental Warranties* zum Vollzug versichert, ist eine erneute *Disclosure* zT nicht erforderlich, wobei die in öffentlichen Registern (Firmenbuch, Handelsregister etc) einsehbaren Informationen als dem Käufer bekannt gelten (und somit nicht zu versicherten Garantiefällen führen können).

76 Unter Steuer-Garantien wird idR insb garantiert, dass Steuererklärungen fristgerecht eingereicht worden sind oder dass festgesetzte Steuern bezahlt worden sind.

77 Steuer-Garantien zählen zu den Garantien, zu denen am häufigsten Schadensmeldungen abgegeben werden: Die meisten Schadensmeldungen betreffen Jahresabschluss-Garantien (20 %), Steuer-Garantien (15 %) und *Material Contracts*-Garantien (14 %) (*Howden*, *Howden M&A Claims Statistics* 2018, 8). *Froneberg/Kafka*, *M&A Review* 2018, 237: Jahresabschluss-Garantien 18 %, Steuern 16 %, Einhaltung von Gesetzen 15 %, Wesentliche Verträge 14 %. Im sogenannten EMEA-Raum werden sogar die meisten Schadensmeldungen zu Steuergarantien bzw -freistellungen abgegeben (*AIG*, *Claims Intelligence Series* 2019, 5: 25 %). Dies kann durch die hohe Häufigkeit von Betriebsprüfungen in einigen europäischen Ländern (insb Deutschland) erklärt werden, wo Unternehmen ab einer bestimmten Größe mit regelmäßigen Betriebsprüfungen rechnen müssen (ebenda).

78 34 % aller Schadensmeldungen zu Steuern betreffen Körperschaftsteuer-Themen, 23 % Verstöße gegen Lohnsteuer-/sozialversicherungsrechtliche Vorgaben und 17 % umsatzsteuerliche bzw *Sales Tax*-Vorgaben (*AIG*, *Claims Intelligence Series* 2019, 7).

79 Die Versicherung von Steuerfreistellungsklauseln wird entgegen *Fromholzer* (*Der Betrieb* 48/2016: „Die Versicherung von Steuerfreistellungen ... ist schwierig, im Einzelfall sind jedoch Speziallösungen möglich.“) inzwischen bei entsprechender *Tax Due Diligence* standardmäßig angeboten.

80 Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu einer Steuerfreistellung, die vom Verkäufer im SPA abgegeben wird.



cherungsprodukt,⁸¹ das keine Verankerung der versicherten Anspruchsgrundlage im Kaufvertrag voraussetzt.

Im steuerlichen Bereich gibt es neben der synthetischen Versicherung von Steuerfreistellungen noch eine zweite Besonderheit. Wie oben dargelegt, werden in W&I-Versicherungen grundsätzlich nur unbekannte Risiken versichert. Risiken, die bekannt bzw. *disclosed* sind, sind als Kaufpreisabzugsposten oder anderweitig in der Transaktion zu berücksichtigen.^{82,83} Im Steuerbereich besteht hingegen die Möglichkeit, bekannte Risiken, die mit geringer Wahrscheinlichkeit eintreten werden,⁸⁴ zu versichern. Die Beliebtheit von derartigen Steuer-Polizzen hat in den vergangenen Jahren stark zugenommen,⁸⁵ was mit dem stark gefallenem Prämienniveau^{86,87} sowie dem Umstand, dass Steuer-Polizzen mittlerweile schneller abgeschlossen werden können,⁸⁸ erklärt werden kann.

Versicherbare Steuerrisiken sind ua Schenkungssteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuer-Risiken⁸⁹ sowie *Tax Residency Risks*,⁹⁰ das Risiko des Bestehens ständiger Betriebsstätten im Ausland, historische Grunderwerbsteuerrisiken⁹¹ sowie im Einzelfall auch *Transfer Pricing*-Risiken.⁹² Versicherbar sind bekannte Steuerrisiken zT auch bei internen Unternehmensreorganisationen (Verschmelzungen, Abspaltungen oder Einbringun-

gen).⁹³ Die Versicherungslösung kann hier eine verbindliche Auskunft bei den Steuerbehörden entbehrlich machen.⁹⁴ Separate Steuer-Polizzen können auch außerhalb eines M&A-Kontextes zur Absicherung von Risiken, die ansonsten in der Bilanz abzubilden wären, abgeschlossen werden.⁹⁵

Nicht versicherbar sind faktische Risiken (dh, Risiken, die nicht rechtlicher Natur sind und daher rechtlich nicht geprüft werden können, wie insb Sachverhaltsfragen).⁹⁶ Die Versicherer verlangen daher idR, dass der der steuerrechtlichen Bewertung zugrunde liegende Sachverhalt vom Versicherten in einem *Representation Letter* garantiert wird.^{97,98} Weiters nicht versicherbar sind idR Risiken, die aus von den Finanzbehörden bereits aufgegriffenen Sachverhalten, aus Steuersparmodellen⁹⁹ oder aus der Transaktion selbst resultieren, sowie idR auch Strafen und Bußgelder. Bei der Bewertung der Versicherbarkeit von Steuer-Risiken ist für die Versicherer wichtig, ob eine fundierte und belastbare steuerrechtliche Analyse vorliegt, wie hoch die Aufgriffswahrscheinlichkeit ist, ob im Falle eines Aufgriffs durch die Steuerbehörden Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen¹⁰⁰ sowie das Renommee der Berater des Versicherungsnehmers.¹⁰¹ Wichtig ist auch die Jurisdiktion, in der sich das Steuerrisiko materialisieren könnte.¹⁰²

Vertragstechnisch wird entweder in der W&I-Polizze ausdrücklich klargestellt, dass das relevante Risiko nicht als *disclosed* (und somit als versichert) gilt (*affirmative coverage*) oder es wird eine separate Steuer-Polizze abgeschlossen, in der die Definition des zu ersetzenden Schadens so gefasst wird, dass sie das relevante Steuerrisiko explizit umfasst.¹⁰³ In Steuer-Polizzen lassen sich die Versicherer detaillierte Informations- und Mitwirkungsrechte im Schadensfall (und zT auch bereits im Vorfeld, wie bei der Ankündigung einer Betriebsprüfung) einräumen. Ein Vergleich oder ein Anerkenntnis ist in aller Regel nur mit Zustimmung des Versicherers möglich, ansonsten entfällt der Versicherungsschutz.¹⁰⁴ Steuer-Polizzen enthalten auch regelmäßig eine

81 Einzelne Versicherer sind bereit, die synthetische Versicherung von Garantien beim Verkauf aus der Insolvenz heraus (vgl. *Bressler/Kleinschmidt*, Börsenzeitung vom 27. 10. 2018, sowie *Tasma/Burmeister*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12. 6. 2019) sowie die synthetische Versicherung von Bilanzgarantien zu prüfen (wobei hierfür höhere Prämien verlangt werden als bei im Kaufvertrag verankerten Garantien). Ansonsten sind Garantien und Freistellungen in aller Regel nicht synthetisch versicherbar.

82 *Rakosi/Oberlechner*, *ecolx* 2016, 2.

83 Es ergibt wirtschaftlich keinen Sinn, ein Risiko versichern zu lassen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich das Risiko materialisieren wird. In diesem Fall müsste der Versicherer zumindest den zu erwartenden Schaden zuzüglich seiner eigenen Kosten als Prämie verlangen. Weiterhin lässt sich die exakte Wahrscheinlichkeit, mit der ein Risiko eintreten wird, häufig nicht zuverlässig bestimmen und seriös diskutieren.

84 *Klöppel/Froneberg/Löffler*, *Unternehmeredition* 4/2018, 42: „Typischerweise sollte die Eintrittswahrscheinlichkeit unter 30 % liegen.“ Vgl. auch *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 441.

85 Die Anzahl der abgeschlossenen Steuer-Polizzen hat sich europaweit von 2016 bis 2017 verdoppelt. Steuer-Polizzen deckten im Jahr 2017 ca 1,5 Mrd € an potenziellen Steuerverbindlichkeiten ab (*Howden*, *Howden M&A Annual Review* 2017, 8).

86 Im Jahr 2015 waren im Durchschnitt noch 8 % von der Deckungssumme unter Steuer-Polizzen als Prämie zu bezahlen. Mittlerweile bewegt sich die Prämie idR zwischen 2 % und 6 % (*Howden*, *The In-House-Lawyer* 2018, 24; *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 440: für 3 % bis 10 %); im Durchschnitt waren im Jahr 2018 3,3 % zu bezahlen (*Howden*, *Howden M&A Annual Review* 2018, 7).

87 Mit einem Prämieniveau von ca 2 % bis 5 % von der Deckungssumme ist das *Pricing* allerdings (noch) signifikant höher als bei „klassischen“ W&I-Versicherungen.

88 Einige Versicherer haben spezialisierte Steuer-Expertise aufgebaut, sodass eine Steuerpolizze häufig innerhalb von ca zwei Wochen abgeschlossen werden kann.

89 *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 438.

90 *Yogendra/Boundy*, *Tax Journal* 2018, 16.

91 *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 438.

92 *Howden*, *M&A Annual Review* 2018, 7.

93 *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 439.

94 *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 439.

95 *Howden*, *The In-House-Lawyer* 2018, 24.

96 *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 439. „Gemischte Risiken“ können im Einzelfall versicherbar sein (ebenda).

97 *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 440.

98 Der *Representation Letter* dient der Abgrenzung des rechtlichen Risikos vom faktischen Risiko. Eine Qualifikation des *Representation Letters* mit dem Wissen des Versicherungsnehmers wird nur teilweise von den Versicherern akzeptiert.

99 *Bohma*, *Practical Law UK* 2017, 4.

100 *Howden*, *M&A Annual Review* 2018, 7. Hier sind neben juristischen auch praktische Gesichtspunkte (Vorliegen entsprechender Dokumentation, Sitzungsprotokolle etc) wichtig.

101 *Bohma*, *Practical Law UK* 2017, 4.

102 Steuer-Risiken werden idR nur in Jurisdiktionen angeboten, die über ein stabiles, verlässliches Rechtssystem verfügen und in denen nicht zu erwarten ist, dass der Gesetzgeber die steuerliche Rechtslage rückwirkend verändert (*Bohma*, *Practical Law UK* 2017, 4).

103 Die Schadensdefinition kann auch Zinsen und Rechtsberatungskosten umfassen (*Howden*, *The In-House-Lawyer* 2018, 24).

104 *Froneberg/Löffler/Harlacher*, *M&A Review* 12/2018, 440. Offenbar nur für Informationsrechte: *Bohma*, *Practical Law UK* 2017, 6.

Verpflichtung zur Schadensminderung.¹⁰⁵ In Steuer-Polizzen sind, ebenso wie in „klassischen“ W&I-Polizzen, Standard-Ausschlüsse enthalten,¹⁰⁶ die allerdings im Einzelfall mit dem Versicherer diskutiert werden sollten. Die Laufzeit derartiger Polizzen beträgt regelmäßig sieben Jahre.¹⁰⁷ Ein Selbstbehalt ist bei Steuer-Polizzen (im Gegensatz zu klassischen W&I-Polizzen) nicht zwingend erforderlich.¹⁰⁸

3. Steuerliche Abzugsfähigkeit von W&I-Versicherungen in Österreich

3.1. Steuerliche Abzugsfähigkeit der Versicherungsprämie im Zusammenhang mit einer Käufer-Polizze

Vor dem Hintergrund, dass gegenwärtig nahezu ausschließlich Käufer-Polizzen von Kapitalgesellschaften zum Erwerb von Beteiligungen (*Share Deals*) abgeschlossen werden, soll sich die folgende Analyse auf diese Sachverhalte beschränken.

Fernerhin wird im Lichte der aktuellen EuGH-Rechtsprechung sowie der mittlerweile wohl überwiegenderen Literaturmeinung (vgl. oben unter 2.1.2.) der folgenden Analyse die Wertung von W&I-Versicherungen als Vermögensschadensversicherung bzw. Eigenschadensversicherung zugrunde gelegt.

3.1.1. W&I-Versicherungen versichern betriebliches Vermögen; Ausgaben für Versicherungen von betrieblichem Vermögen sind Betriebsausgaben

Kapitalgesellschaften ermitteln ihren Gewinn nach § 7 Abs 3 KStG. Sämtliche Einkünfte der Gesellschaft sind den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzurechnen.

Wirtschaftsgüter, die der Einkünfteerzielung dienen, sind wiederum entweder dem notwendigen oder dem gewillkürten Betriebsvermögen zuzuordnen.^{109,110} Die für den Erwerb von Beteiligungen investierten Mittel stellen daher – sofern sie der Einkünfteerzielung dienen, wovon hier in weiterer Folge ausgegangen wird – ebenso wie die erworbenen Beteiligungen selbst, Betriebsvermögen dar.

Nach stRsp des VwGH sind Versicherungsentschädigungen als steuerrelevante Einnahmen zu behandeln, sofern die Versicherung im Interesse des Betriebes abgeschlossen wurde bzw

die Prämien für Betriebsvermögen geleistet wurden.^{111,112} Wie oben unter 2.1.2. dargelegt, wird im Falle von W&I-Versicherungen im Grunde das Risiko einer zu hohen Kaufpreiszahlung versichert, dh, es wird das Risiko versichert, dass Betriebsvermögen (die für den Erwerb der Beteiligung aufgewandten Mittel) ohne entsprechende Gegenleistung hingegeben wurde. Dass mit W&I-Versicherungen Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft versichert wird, dürfte somit wohl außer Zweifel stehen.

Aufwendungen, die eine Kapitalgesellschaft für Prämien für W&I-Versicherungen leistet, stehen daher im Zusammenhang mit Betriebsvermögen und sind somit prinzipiell Betriebsausgaben.

3.1.2. Abzugsverbot für Aufwendungen im Zusammenhang mit steuerfreien Beteiligungserträgen

Zu klären ist in einem zweiten Schritt, ob diese Aufwendungen allenfalls einem Abzugsverbot gem § 12 KStG unterliegen. In Betracht kommt hier insb § 12 Abs 2 1. Spiegelstrich KStG. Nach dieser Bestimmung unterliegen bei der Ermittlung der Einkünfte jene Ausgaben oder Aufwendungen einem Abzugsverbot, die (i) mit nicht steuerpflichtigen oder nicht steuerbaren Vermögensmehrungen und Einnahmen (ii) in einem unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen und (iii) nicht unter § 11 Abs 1 KStG fallen.¹¹³

Ad (i) sind inländische und unter bestimmten Voraussetzungen auch ausländische Beteiligungserträge,¹¹⁴ wie insb Gewinnausschüttungen aus Kapitalgesellschaften, gem § 10 Abs 1 KStG steuerfrei. Darüber hinaus sind gem § 10 Abs 3 KStG Wertänderungen an internationalen Schachtelbeteiligungen¹¹⁵ steuerneutral, sofern nicht gem § 10 Abs 3 Z 1 KStG zur Steuerwirksamkeit optiert wurde. Ad (iii) fallen W&I-Versicherungsprämien nicht unter § 11 Abs 1 KStG. Sollte auch (ii) ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen W&I-Versicherungsprämien und steuerfreien Beteiligungserträgen bestehen, wäre daher die Abzugsfähigkeit zu verneinen.

¹⁰⁵ Bohma, Practical Law UK 2017, 6.

¹⁰⁶ Standard-Ausschlüsse in Steuer-Polizzen sind zB *Transfer Pricing, Secondary Tax Liabilities* und *Non-availability of Tax Reliefs* (Yogendra/Boundy, Tax Journal 2018, 16 f).

¹⁰⁷ Klöppel/Froneberg/Löffler, Unternehmerration 4/2018, 42. Manche Versicherer bieten eine Verlängerung auf zehn Jahre an (ebenda); siehe auch Froneberg/Löffler/Harlacher, M&A Review 12/2018, 440.

¹⁰⁸ Nach Froneberg/Löffler/Harlacher, M&A Review 12/2018, 441, wird ein Selbstbehalt grundsätzlich vereinbart.

¹⁰⁹ KStR Rz 435.

¹¹⁰ Kapitalgesellschaften können aus steuerlicher Sicht nur in Sonderfällen „außerbetriebliches“ Vermögen haben. Die KStR (Rz 436) sprechen hier von Wirtschaftsgütern, die nicht der Einkünfteerzielung dienen (insb Wirtschaftsgüter im Zusammenhang mit Liebhabereitigkeit) oder Wirtschaftsgüter, die Repräsentationszwecken dienen.

¹¹¹ EStR Rz 1072; VwGH 11. 12. 1978, 0094/77; 20. 2. 1991, 90/13/0210.

¹¹² Entsprechend auch das BFG in seiner Entscheidung vom 10. 10. 2017 (RV/7101949/2016), wonach Leistungen aus einer Feuerversicherung für Betriebsvermögen als steuerpflichtige Einnahmen zu behandeln sind.

¹¹³ § 11 Abs 1 KStG lässt ausdrücklich Aufwendungen und Ausgaben zum Abzug zu, die ansonsten nicht abzugsfähig wären. Zu nennen ist hier insb die ausdrücklich zugelassene Abzugsfähigkeit von Zinsen iZm der Fremdfinanzierung des Erwerbs von Kapitalanteilen iSd § 10 KStG.

¹¹⁴ Darunter fallen insb Gewinnanteile aus EU-Körperschaften gem Anlage 2 zum Einkommensteuergesetz und ausländischen Körperschaften, die inländischen, unter § 7 Abs 3 KStG fallenden Körperschaften vergleichbar sind und mit deren Ansässigkeitsstaat eine umfassende Amtshilfe besteht, wenn sie nicht ohnehin die Voraussetzungen für internationale Schachtelbeteiligungen erfüllen.

¹¹⁵ Eine internationale Schachtelbeteiligung liegt gem § 10 Abs 2 KStG dann vor, wenn ua eine inländische, unter § 7 Abs 3 KStG fallende Körperschaft (also insb auch Kapitalgesellschaften) an ausländischen Körperschaften, die wiederum inländischen § 7 Abs 3-Körperschaften vergleichbar sein müssen, mit mindestens 10 % und mindestens für einen ununterbrochenen Zeitraum von einem Jahr in Form von Kapitalanteilen beteiligt ist.



3.1.3. Abzugsverbot bei Bestehen eines „unmittelbaren“ wirtschaftlichen Zusammenhangs mit steuerfreien Beteiligungserträgen

Betroffen vom Abzugsverbot im Zusammenhang mit Beteiligungen sind seit der Normierung der Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen für zum Betriebsvermögen gehörende Beteiligungen¹¹⁶ vor allem Kosten der Beteiligungsverwaltung (zB Bankspesen).¹¹⁷ Aber auch andere Aufwendungen können dem Abzugsverbot im Zusammenhang mit Beteiligungen unterliegen, wobei vom VwGH der Begriff „unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang“ sehr weit gesehen wird. So verneinte der VwGH in seiner Entscheidung vom 6. 7. 2011 (VwGH 6. 7. 2011, 2008/13/0234) die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen iZm Nutzungseinlagen aufgrund eines unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs mit endbesteuerten Beteiligungserträgen.^{118,119}

Ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang liegt vor, wenn ein klar abgrenzbarer, objektiver wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und den steuerbefreiten Einkünften besteht – einer finalen Verknüpfung zwischen den Einnahmen und den Ausgaben bedarf es nicht.¹²⁰

In seinen beiden (vor Normierung der Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen ergangenen)¹²¹ Entscheidungen vom 16. 2. 1988¹²² und 10. 10. 1996¹²³ etwa hat der VwGH näher ausgeführt, wann ein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen steuerbefreiten Einnahmen gem § 10 KStG und Ausgaben besteht: In diesen beiden Entscheidungen begründete der VwGH den unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang damit, dass die Zinsen, die den Bezug von steuerfreien Gewinnanteilen aus Schachtelbeteiligungen ermöglichen, mit keinen anderen Einnahmen in einem engeren Zusammenhang stehen als mit den Schachtelgewinnen.

3.1.4. Kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen W&I-Versicherungsprämien und steuerfreien Beteiligungserträgen

Ein solcher unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang besteht uE zwischen Aufwendungen für W&I-Versicherungen und steuerbefreiten Beteiligungserträgen schon allein deshalb nicht, weil W&I-Versicherungsprämien mit anderen als mit steuerfreien

Erträgen gem § 10 KStG in einem (engeren) Zusammenhang stehen, nämlich mit im Schadensfall seitens des Versicherers zu leistenden steuerpflichtigen Versicherungszahlungen.¹²⁴

Selbst wenn man einen objektiven wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen steuerbefreiten Beteiligungserträgen und W&I-Versicherungsprämien bejaht,¹²⁵ so ist dieser Zusammenhang vom Zusammenhang zwischen den W&I-Versicherungsprämien und nicht steuerbefreiten Einkünften (W&I-Versicherungsleistungen) jedenfalls nicht klar abgrenzbar.

UE sind daher Aufwendungen für W&I-Versicherungen (Käufer-Polizzen) steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben.

Würde man die steuerliche Abzugsfähigkeit der W&I-Versicherungsprämien verneinen, würde dies im Übrigen zu einer – uE systemwidrigen – Doppelbelastung des Versicherungsnehmers führen.

3.2. W&I-Versicherungsprämien als Anschaffungskosten?

Wie das deutsche Steuerrecht kennt auch das österreichische Steuerrecht keine gesonderte Definition des Begriffs „Anschaffungskosten“. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung und der zwischen Unternehmensrecht und Steuerrecht bestehenden Übereinstimmung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung gilt auch im Steuerrecht der unternehmensrechtliche Anschaffungskostenbegriff.¹²⁶

Anschaffungskosten sind Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einem betriebsbereiten Zustand zu versetzen, soweit sie dem Vermögensgegenstand einzeln zugeordnet werden können. Zu den Anschaffungskosten gehören auch die Nebenkosten sowie die nachträglichen Anschaffungskosten. Anschaffungspreisminderungen sind abzusetzen (§ 203 Abs 2 UBG). Die Definition wurde wortwörtlich aus § 255 Abs 1 dHGB übernommen.¹²⁷ Auf die deutsche Rechtsprechung kann daher Bezug genommen werden.

Der Anschaffungskostenbegriff ist final zu interpretieren. Um Aufwendungen den Anschaffungskosten zuordnen zu können, müssen sie daher zweckgerichtet auf die Anschaffung anfallen. Ein lediglich kausaler oder zeitlicher Zusammenhang reicht nicht

116 Mit der mit dem StRefG 2005 eingeführten Bestimmung in § 11 Abs 1 Z 4 KStG wurde die Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen für zum Betriebsvermögen gehörende Beteiligungen normiert. Bis zur Normierung der Abzugsfähigkeit hatte sich – basierend auf Entscheidungen des VfGH – die letztlich durch den VwGH bestätigte Auffassung herausgebildet (VwGH 22. 12. 2005, 2004/15/0142), dass Zinsaufwendungen insoweit abzugsfähig sind, als sie Ausschüttungen übersteigen. Zur Darstellung dieser Rechtsentwicklung siehe etwa *Blasina in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG § 12 Rz 137 f.

117 Vgl *Blasina in Renner/Strimitzer/Vock*, KStG § 12 Rz 136.

118 Die Bezugnahme des VwGH erfolgt hier zur Bestimmung des § 20 Abs 2 EStG. § 20 Abs 2 EStG entspricht hier § 12 Abs 2 KStG.

119 Vgl dazu insb auch *Wild*, taxlex 2012, 142.

120 Vgl *Marchgraber/Plansky in Lang/Rust/Schuch/Staringer* (Hrsg), KStG² § 12 Rz 246.

121 Vgl FN 116.

122 VwGH 16. 2. 1988, 87/14/0051.

123 VwGH 10. 10. 1996, 94/15/0187.

124 Siehe oben sowie FN 111, 112

125 Ein solcher Zusammenhang kann uE kaum angenommen werden: In W&I-Polizzen werden zwar häufig auch Garantien versichert, die eine reduzierte Ertragskraft der relevanten Beteiligung betreffen. Die Versicherungsleistung ersetzt aber in keinem Fall Dividenden oder sonstige Erträge, die das Unternehmen bei Nichteintritt des Versicherungsfalles erwirtschaftet hätte, sondern stets nur den Schaden, der dem Versicherungsnehmer durch den geringeren Wert der Anteile (dh durch die „Überzahlung“/den zu hohen Kaufpreis) entstanden ist. Der Versicherungsfall kann zudem nie nach dem *Closing* (dh dem Zeitpunkt, zu dem die Beteiligung frühestens Beteiligungserträge für den Käufer generieren könnte) eintreten.

126 Vgl *Jakom/Laudacher*, EStG (2018) § 6 Rz 25; *Doralt/Mayr*, EStG § 6 Rz 64; EStR Rz 2162.

127 Vgl *Urnik/Urtz in Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch II/Rechnungslegung³ § 203 Rz 7.

aus.¹²⁸ Um Aufwendungen den Anschaffungskosten zuordnen zu können, müssen sie geleistet werden, „um ein Wirtschaftsgut zu erwerben“ (und in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen).¹²⁹ Zweifellos steht der Abschluss einer W&I-Versicherung in einem Zusammenhang mit dem Erwerb von Anteilen. Darüber hinaus wird eine W&I-Versicherung auch regelmäßig vor Abschluss einer Transaktion abgeschlossen. Beides, der kausale sowie der zeitliche Zusammenhang mit dem Anteilserwerb, reicht aber, wie erwähnt, infolge des finalen Anschaffungskostenbegriffs nicht aus, um Aufwendungen für W&I-Versicherungen den Anschaffungskosten zuzuordnen: W&I-Versicherungsprämien werden nicht bezahlt, um die erworbene Gesellschaft zu erwerben oder „in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen“. Der Abschluss einer W&I-Versicherung ist keine für die eigentliche Durchführung des Anteilskaufvertrags notwendige Voraussetzung; auch ohne den Abschluss der W&I-Versicherung ist die Transaktion – wenn auch unter anderen Rahmenbedingungen – dem Grunde nach denkbar.¹³⁰

Auch für die Anschaffungsnebenkosten sowie für nachträgliche Anschaffungskosten ist ein kausaler oder zeitlicher Zusammenhang nicht ausreichend. Dieser Umstand lässt sich schon allein aus der Formulierung des § 203 Abs 2 UGB ableiten, wonach auch Nebenkosten sowie nachträgliche Anschaffungskosten „zu den Anschaffungskosten“ gehören und somit begrifflich davon umfasst sind.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Aufwendungen für W&I-Versicherungen im Zusammenhang mit Anteilserwerben nicht zu den Anschaffungskosten für die Anteile gehören und damit nicht aktivierungspflichtig sind.

Als abschließendes Fazit ist daher festzuhalten, dass sich eine Abzugsfähigkeit von Aufwendungen für W&I-Versicherungen im Zusammenhang mit Käuferpolizzen in Österreich mit guten Gründen vertreten lässt.¹³¹

128 Vgl etwa BFH 3. 8. 2005 (I R 36/04) BStBl 2006 II S 369 zu nachträglichen Anschaffungskosten iZm einem Grundstückserwerb mit Verweis ua auf BFH-Urteile vom 13. 10. 1983, IV R 160/78, BFHE 139, 273, BStBl II 1984, 101.

129 Vgl dazu etwa VwGH 20. 5. 2010, 2007/15/0153.

130 Ratz/Steffens, BB 2018, 2400.

131 Da der Abschluss von W&I-Versicherungen im österreichischen M&A-Markt noch relativ unüblich ist, fehlt es hierzu jedoch noch an einschlägiger Rechtsprechung. Es verbleibt daher ein gewisses Restrisiko der Nichtanerkennung der Absetzbarkeit durch die österreichischen Finanzbehörden. Im Versicherermarkt besteht jedoch Bereitschaft, die Absicherung derartiger Risiken in Steuer-Spezial-Polizzen im Einzelfall zu prüfen.

4. Conclusio

Der Abschluss von W&I-Versicherungen bietet echte Vorteile in der Transaktionsstrukturierung (insb: *Deal Facilitation* durch Haftungsentlastung des Verkäufers und Versicherung von bestimmten identifizierten Steuer-Risiken, attraktives Prämien- und Selbstbehaltensniveau, solventer und professioneller Anspruchsgegner) und der dem Abschluss von W&I-Polizzen vorgelagerte Prozess ist inzwischen auch mit dynamischen M&A-Prozessen kompatibel. Dies hat international und insb auch in Deutschland zu einem Trend zum zunehmenden Abschluss von W&I-Polizzen geführt.

Es ist damit zu rechnen, dass zukünftig auch in Österreich zunehmend W&I-Versicherungen abgeschlossen werden, zumal sich die steuerliche Absetzbarkeit von Versicherungsprämien für W&I-Käuferpolizzen auch in Österreich mit guten Gründen vertreten lässt.



Der Autor:

Dr. **Peter Ratz** war als Associate bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP und Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien tätig. Derzeit ist er als Associate Director bei Howden, einem international tätigen, auf W&I-Versicherungen spezialisierten Berater und Broker in Frankfurt am Main tätig.

Publikationen (ua):

Steuerliche Behandlung von W&I-Versicherungsprämien (Ratz/Steffens, Betriebsberater 2018).

✉ peter.ratz@howdengroup.com

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Ratz/Peter

Foto: privat



Der Autor:

Mag. **Gerhard Heidrich** ist Steuerberater und als Head of Mergers & Acquisitions bei ICON Wirtschaftstreuhand GmbH in Linz tätig. Er verfügt über langjährige Erfahrung in den Bereichen M&A, Tax Due Diligence, Umgründungen, Konzernsteuerrecht und Unternehmensbewertung.

Publikationen:

Ablauf eines Unternehmensverkaufs (Heidrich/Mitterlehner, WT 2014), Erstmalige Ermittlung des Standes der Innenfinanzierung (Heidrich/Wallner, SWK 2017).

✉ gerhard.heidrich@icon.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Heidrich/Gerhard

Foto: ICON

Die ÖStZ
Österreichische Steuerzeitung

Der „Klassiker“ unter den steuerrechtlichen Zeitschriften versorgt die gesamte Steuerbranche aktuell, verlässlich und aus erster Hand [BMF] mit aktuellen Beiträgen und Entscheidungsbesprechungen.



Jetzt einsteigen:
oestz.lexisnexis.at

LexisNexis®