

Transaktionsversicherungen

Lüttringhaus / Korch

2022

ISBN 978-3-406-75293-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

des *Due Diligence*-Berichts berücksichtigt werden. Darin benannte Risiken sollten daher so präzise wie möglich beschrieben werden. Mit abstrakten Ausführungen und Hinweisen auf potentiell oder latent bestehende Risiken sollte dagegen zurückhaltend umgegangen werden, da dies die Deckung der W&I-Police schmälert.

2. Fair-Disclosure-Konzept

Ebenso wie die meisten Unternehmenskaufverträge folgt die W&I-Police einem *Fair Disclosure*-Konzept.¹¹ Es finden dieselben Grundsätze Anwendung wie auf den Unternehmenskaufvertrag (→ auch § 7 Rn. 142 ff. mit einer Beispielsklausel). Nach dem *Fair Disclosure*-Konzept gelten im Hinblick auf den Datenraum lediglich solche Tatsachen und Umstände als offengelegt, die in **angemessener** und **hinreichend klarer Weise offengelegt** werden,¹² sofern die spezifische Offenlegung zudem in einer Art erfolgte, dass sich daraus eine konkrete Garantieverletzung ableiten lässt.¹³ Allgemeine Hinweise auf möglicherweise existierende Risiken genügen nicht.¹⁴ Bei der Beurteilung der Erkennbarkeit offengelegter Tatsachen und Umstände spielen die **Person und Erfahrung des Käufers**¹⁵ und seiner Berater ebenso eine Rolle wie die **Intensität und Dauer** der *Due Diligence*. Im Hinblick auf den Datenraum ist insbesondere relevant, an welcher Stelle und in welcher Weise eine Information offengelegt wird.¹⁶

Die Definition der *Fair Disclosure* ist regelmäßig **Gegenstand intensiver Verhandlungen** mit dem Versicherer. Dabei stehen zwei Aspekte im Vordergrund: Zum einen sind Versicherer oftmals nicht bereit, über die im Unternehmenskaufvertrag enthaltene Definition der *Fair Disclosure* hinauszugehen. Dies wird seitens der Versicherer damit begründet, dass der Verkäufer bei seiner Offenlegung lediglich den im Unternehmenskaufvertrag verhandelten Maßstab anwende und dieser auch für die Police gelten müsse, da der Versicherer sonst ein unangemessen hohes Risiko trage, dass bestimmte Sachverhalte nicht ordnungsgemäß offengelegt würden. Diesbezüglich bleibt dem Käufer oftmals nur als Ausweg, eine engere Definition der *Fair Disclosure* mit dem Verkäufer im Kaufvertrag zu verhandeln. Zum anderen tun sich die Versicherer regelmäßig schwer damit, eine Definition zu akzeptieren, die für die Offenlegung einen **Rückschluss auf die Höhe des potenziellen Schadens** voraussetzt, etwa bei folgender exemplarischer Klausel:

Disclosed means fairly disclosed in such a manner and in such detail that allows a reasonably diligent purchaser to, on the face of relevant documents, make an informed assessment of the nature, scope and quantum of the matter disclosed and the consequences thereof.

Dies ist darin begründet, dass die käuferseitigen *Due Diligence*-Berichte nur sehr bedingt Aussagen zur Quantifizierung von Risiken und zur möglichen Höhe eines potentiellen Schadens enthalten, auch wenn konkrete Risiken identifiziert werden. Die käuferseitige *Due Diligence* ist jedoch das zentrale Element, auf dessen Basis der Versicherer seine Risikoeinschätzung im Underwriting trifft. Wird beispielsweise das Risiko des Nichtbestehens einer steuerrechtlichen Organschaft im *Due Diligence Report* identifiziert, so ist meist keine Aussage dazu enthalten, wie hoch ein potentieller Schaden ausfiele, wenn die Organschaft

¹¹ Hoyer/Baumann NZG 2017, 811 (816); Hoenig/Klingen NZG 2016, 1244 (1247).

¹² Weber in Hölterers Unternehmenskauf-HdB Rn. 9.61; Meyer-Sparenberg in BeckHdB M&A, § 45 Rn. 83; Boche in Veith/Gräfe/Gebert PHdB-VersProz § 25 Rn. 136.

¹³ Meyer-Sparenberg in BeckHdB M&A § 45 Rn. 84; Boche in Veith/Gräfe/Gebert PHdB-VersProz § 25 Rn. 137.

¹⁴ Meyer-Sparenberg in BeckHdB M&A, 2017, § 45 Rn. 84; Boche in Veith/Gräfe/Gebert PHdB-VersProz § 25 Rn. 137.

¹⁵ Vgl. Rotthege in Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 182.

¹⁶ Meyer/Löwe in Mehrbrey Unternehmenskauf-HdB § 19 Rn. 130; Weber in Hölterers Unternehmenskauf-HdB Rn. 9.61.

von den Steuerbehörden nicht anerkannt würde. Aus Sicht der Versicherer wird das Risiko des Nichtbestehens einer steuerrechtlichen Organschaft dennoch identifiziert und muss für Zwecke der Police als offengelegt gelten.

3. Besondere Vereinbarungen zum Deckungsausschluss

- 26 Einige W&I-Policen sind konzeptionell derart aufgebaut, dass sie kein eigenes Regime für die Offenlegung enthalten, sondern vollumfänglich den Regelungen zur Offenlegung im Unternehmenskaufvertrag folgen. Diese Policen-Struktur ist an das US-amerikanische Modell des Unternehmenskaufvertrags bzw. seinem Offenlegungskonzept angelehnt. Die **Due Diligence-Berichte** sind in solchen Policen nicht ausdrücklich als offengelegt bezeichnet. Stattdessen bestätigt das Transaktionsteam des Käufers in der *No Claims Declaration*, dass es die *Due Diligence*-Berichte gelesen und verstanden hat. Im Schadensfall kann sich der Versicherer dann allenfalls auf den Ausschluss eines Versicherungsfalles wegen der Kenntnis des Transaktionsteams des Käufers über die Garantieverletzung (→ Rn. 7) berufen, für die er aber die Darlegungs- und Beweislast trägt.
- 27 Neben der Offenlegung der *Due Diligence*-Berichte stellt sich in der Transaktionspraxis oftmals die Frage, ob der **Inhalt des Datenraums** für die Frage der Offenlegung unter der W&I-Police unberücksichtigt bleiben kann. Die meisten Versicherer können diesem Konzept nur dann folgen, wenn der Unternehmenskaufvertrag ebenfalls keine Offenlegung des Datenraums vorsieht. Dies setzt ferner voraus, dass der Verkäufer eine erhöhte Sorgfalt bei der Offenlegung unter dem Unternehmenskaufvertrag anlegt und eine umfassende Offenlegung nach dem Vorbild der US-amerikanischen Unternehmenskaufverträge im Rahmen der Vertragsanlagen durchführt. Folgen Versicherer diesem Konzept in der Police, erhöht sich wegen der geänderten Risikolage die Versicherungsprämie nicht unwesentlich und kann sich im Einzelfall den im US-amerikanischen Markt üblichen Prämien von über 2,5 % der Deckungssumme annähern. Gilt der Datenraum im Unternehmenskaufvertrag hingegen als offengelegt (was die Regel bei M&A-Transaktionen in Deutschland und in Kontinentaleuropa ist), ist ein Abbedingen des Deckungsausschlusses für im Datenraum offengelegte Sachverhalte mit den Versicherern in aller Regel nicht verhandelbar. Eine Ausnahme gilt für einfach strukturierte Transaktionen mit einem überschaubaren Umfang an notwendiger Offenlegung. Neben der oben genannten erhöhten Prämie verlangen Versicherer, dass die *Due Diligence*-Berater (wenigstens mündlich) bestätigen, den Inhalt des Datenraums (im Wesentlichen) vollständig analysiert zu haben.

III. Freistellungen und damit im Zusammenhang stehende Sachverhalte

- 28 Gemäß dem Konzept der W&I-Police, Schutz vor unbekanntem Risiken zu bieten, werden im Unternehmenskaufvertrag enthaltene **Freistellungen** – mit Ausnahme der Steuerfreistellung (→ § 7 Rn. 68 f.) – sowie die einer Freistellung zugrundeliegenden Sachverhalte nicht gedeckt, da Freistellungen in der Vertragspraxis **identifizierten Risiken** betreffen. Derartige Risiken lassen sich gegebenenfalls im Wege einer speziellen **Contingency Risk Police** versichern (→ § 14 Rn. 1 ff.).
- 29 Ein typischer Ausschluss zu Freistellungen des Kaufvertrags lautet in der Police:

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of, based upon or increased by the subject matter of the specific indemnity in section (...) of the Purchase Agreement; (...).

- 30 Für die Risikolage des Versicherers ist dieser Ausschluss eigentlich überflüssig, sofern die Freistellung in den *Due Diligence*-Berichten identifizierte bzw. vom Verkäufer offengelegte Risiken betreffen, da derartige Risiken bereits durch standardmäßige Deckungsausschlüsse

erfasst werden (→ Rn. 7, 19). In diesem Fall hat dieser Ausschluss einen bloß klarstellenden Charakter und ist damit vergleichbar mit dem transaktionsspezifischen Ausschluss für in der *Due Diligence* erkannte Risiken (→ Rn. 77).

Versicherer tendieren dazu, die einer **Freistellung** zugrundeliegenden bzw. davon **erfassten Sachverhalte möglichst umfassend auszuschließen**, unabhängig davon, ob eine Freistellung in Bezug auf ein konkret identifiziertes und bekanntes Risiko in den Unternehmenskaufvertrag aufgenommen wird oder ob lediglich unbekannte Risiken in einem bestimmten Bereich von der Freistellung erfasst werden. Dies bedeutet für die Verhandlungspraxis, dass Freistellungen nur dann in den Unternehmenskaufvertrag aufgenommen werden sollten, wenn feststeht, dass die jeweilige Freistellung wegen eines konkreten und identifizierten Risikos erforderlich ist. In der Freistellung sollte das Risiko dann so konkret wie möglich definiert werden, um die Gefahr einer weiten Auslegung im Schadensfalls zu vermindern.

IV. Kaufpreisanpassungen und Leakage

Die W&I-Versicherung schützt den Käufer vor unbekanntem Risiken. Sie dient jedoch nicht dazu, die zwischen den Parteien ausgehandelte Methode zur Kaufpreisfindung in irgendeiner Weise zu modifizieren oder unerlaubte Mittelabflüsse bei Zielgesellschaften zu kompensieren.

Ist im Unternehmenskaufvertrag ein variabler Kaufpreis vereinbart, enthält der Vertrag einen meist detaillierten **Kaufpreisanpassungsmechanismus** auf Basis einer Stichtagsbilanz zum Closing (*Closing Accounts*).¹⁷ Die W&I-Police schließt in diesem Fall im Wege eines Deckungsausschlusses solche Schäden aus, die der Käufer nach dem Kaufvertrag über eine Kaufpreisanpassungsregelung geltend machen müsste. Ein typischer Ausschluss betreffend Kaufpreisanpassungen lautet in der Praxis wie folgt:

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of any purchase price adjustment pursuant to the Purchase Agreement; (...).

Bei der Verhandlung dieses Ausschlusses sollte darauf abgezielt werden, den Ausschluss **möglichst konkret** zu formulieren und auf konkrete Regelungen des Unternehmenskaufvertrags Bezug zu nehmen. Nicht von diesem Ausschluss erfasst sind Kaufpreisminderungen, die sich infolge einer Garantieverletzung ergeben. Hierbei handelt es sich um Sachverhalte, die gerade nicht schon bei der Kaufpreisfindung berücksichtigt wurden, weshalb sie vom Versicherer zu ersetzen sind, wenn und soweit die Schadensdefinition diese Schadenskomponente mit umfasst. Eine entsprechende Klarstellung ist häufig bereits im Unternehmenskaufvertrag enthalten. Gegebenenfalls sollte dies noch in der W&I-Police klargestellt werden.

Im Falle eines vereinbarten Festkaufpreises, der meist auf Basis einer Stichtagsbilanz nach der **Locked-Box-Methode** ermittelt wird,¹⁸ geht das Risiko von Wertveränderungen ab dem wirtschaftlichen Stichtag auf den Käufer über. Zum Schutz des Käufers vor unzulässigen Mittelabflüssen zugunsten des Verkäufers enthält der Unternehmenskaufvertrag im Falle der *Locked-Box-Methode* sogenannte *Leakage*-Vorschriften, die meist aus einer Kombination aus Garantien und *Covenants* ausgestaltet werden. Der Verkäufer garantiert dabei, dass zwischen dem wirtschaftlichen Stichtag des Vertrags und dem Unterzeichnungstag keine unzulässigen Mittelabflüsse erfolgt sind und verpflichtet sich im Rahmen eines *Covenants* dazu, im Zeitraum vom Unterzeichnungstag bis zum Vollzug der Transaktion derartige Maßnahmen zu unterlassen.¹⁹ Als *Leakage* gelten unzulässige

¹⁷ Ziegenhain in BeckHdB M&A § 13 Rn. 13; Stauder/Schürer in Mehrbrey Unternehmenskauf-HdB § 13 Rn. 36.

¹⁸ Stauder/Schürer in Mehrbrey Unternehmenskauf-HdB § 13 Rn. 97.

¹⁹ Bergjan in Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 15. Aufl. 2016, VII. Rn. 804; Ziegenhain in BeckHdB M&A § 13 Rn. 18.

Cash-Entnahmen, Kapitalherabsetzungen, Ausschüttungen von Dividenden und vergleichbare Fälle.

- 36 In der W&I-Police werden jegliche Schäden des Käufers oder der Zielgesellschaften im Zusammenhang mit solchen **unzulässigen Mittelabflüssen (Leakage) ausgeschlossen**. Technisch verweist die Police auf die im Unternehmenskaufvertrag enthaltene Definition von *Leakage* und schließt diese vollständig aus:

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of Leakage (as defined in the Purchase Agreement); (...).

- 37 Ein wesentlicher Grund für diesen Ausschluss liegt in der *Due Diligence*. *Leakage*-Sachverhalte können in der Regel im Rahmen der käuferseitigen *Due Diligence* nur bedingt bzw. nur mit sehr großem Aufwand geprüft werden. In der *Due Diligence*-Prüfung müsste die Abwesenheit sämtlicher im Unternehmenskaufvertrag als unzulässiger Mittelabfluss definierter Maßnahmen im relevanten Zeitraum geprüft werden. Die Prüfung negativer Tatsachen erweist sich naturgemäß als schwierig und ist mit Unsicherheiten behaftet. Faktisch müssten unter anderem sämtliche Zahlungsströme im genannten Zeitraum näher untersucht werden, um final feststellen zu können, dass keine unzulässigen Mittelabflüsse erfolgt sind. Aus diesem Grunde wird dieser Bereich von den Versicherern stets ausgeschlossen. Dieser Ausschluss ist in der Praxis nicht verhandelbar.

V. Zukunftsgerichtete Aussagen

- 38 Die W&I-Versicherung schützt vor Risiken, die aus Sachverhalten resultieren, die sich bis zum Closing vollzogen haben. **Zukunftsgerichtete Aussagen** und **nach Closing liegende Sachverhalte** werden von der W&I-Versicherung nicht gedeckt. Diesem Deckungskonzept wird oftmals durch einen generellen Ausschluss Rechnung getragen, der in der Praxis exemplarisch wie folgt lautet:

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of any projection or forward-looking statement in the Data Room or an Insured Warranty (a) relating to future events to occur in relation to the Insured Signing Warranties, after the Signing Date, or (b) relating to future events to occur in relation to the Insured Closing Warranties, after the Closing Date; (...).

- 39 In der Praxis kommt diesem Deckungsausschluss **nur wenig Bedeutung** zu, da Verkäufer wegen überbordender Haftungsträchtigkeit ohnehin nicht bereit sind, in der Zukunft liegende Sachverhalte wie beispielsweise Prognosen und Schätzungen (zB den Verlauf der Geschäftstätigkeit oder eines Projektes) zu garantieren. Vor diesem Hintergrund verzichten W&I-Versicherer zunehmend auf einen generellen Ausschluss von zukunftsgerichteten Aussagen in der Police und **schließen stattdessen bestimmte einzelne Garantien (oder Teile davon) über das Warranty Spreadsheet aus**, sollten diese ausnahmsweise zukunftsgerichtet sein.

C. Standardmäßige bereichsspezifische Ausschlüsse

I. Bußgelder und Geldstrafen

- 40 Zu den standardmäßig in W&I-Policen ausgeschlossenen Bereichen gehören Schäden, die aus Zahlungen von Bußgeld und Geldstrafen resultieren. Der Ausschluss lautet typischerweise wie folgt:

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of any fines or penalties, to the extent that such fines or penalties are uninsurable by law; (...).

Unter die Begriffe „*finés*“ und „*penalties*“ fallen sämtliche Zahlungen mit sanktionsrechtlichem Charakter, mithin **Gelstrafen, Bußgelder, Ordnungsgelder und Reugelder**, unabhängig davon auf welcher rechtlichen Grundlage sie erhoben werden. Solche Schäden sind nach dem Wortlaut des Ausschlusses üblicherweise nur dann von der Deckung unter der Police ausgeschlossen, wenn sie **gesetzlich nicht versicherbar** sind. Letztlich handelt es sich hierbei zumindest aus deutschrechtlicher Perspektive lediglich um eine Klarstellung und Schaffung von Transparenz, da eine aus einem Gesetz folgende Nichtversicherbarkeit in der Regel die Nichtigkeit einer entsprechenden Abrede gem. § 134 BGB oder § 138 BGB zur Folge hat.²⁰

Die Frage, ob Schäden aus einem Bußgeld zulässigerweise versicherbar sind, lässt sich pauschal nicht beantworten. Dies hängt von zahlreichen Faktoren ab. In erster Linie hängt dies davon an, welchem Recht das jeweilige Bußgeld unterliegt, da die Frage, ob eine Geldbuße versichert werden kann, in jeder Rechtsordnung gesondert behandelt wird. Ferner ist entscheidend um welche Art von Bußgeld es sich handelt und welche Rechtsgrundlage anwendbar ist. Für die Beurteilung, ob ein Bußgeld oder eine Geldstrafe in einer bestimmten Rechtsordnung versicherbar ist, dürfte in den meisten Rechtsordnungen vor allem aber der Zweck entscheidend sein, der mit der Verhängung eines Bußgelds verfolgt wird.²¹

Ein zentraler Aspekt für die Frage der Anwendbarkeit dieses Deckungsausschlusses dürfte wohl darin liegen, dass die W&I-Police mit dem Käufer eines Unternehmens abgeschlossen wird und diesen vor Schäden aus einer Garantieverletzung des Verkäufers schützen soll, die im Zusammenhang mit einer Geldstrafe bzw. mit einem Bußgeld relevanten Schäden jedoch in der Regel auf Ebene der Zielgesellschaft entstehen. Entweder hat die jeweilige Gesellschaft selbst einen entsprechenden Bußgeldtatbestand erfüllt oder die Gesellschaft wird für ein Verhalten eines seiner Organe in die Verantwortung genommen. Nach deutschem Recht dürfte daher eine Nichtigkeit nach § 134 BGB in den meisten Fällen ausscheiden, da kein expliziter Normverstoß des Käufers als Versicherungsnehmer vorliegen wird. Jedoch kann eine Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB vorliegen, wenn Sinn und Zweck der Norm oder übergeordnete Wertvorstellungen hingegen gleichwohl für eine Nichtigkeit des Vertrags sprechen. Dies kann der Fall sein, wenn sich der Sittenverstoß auf das versicherte Interesse bezieht.²²

II. Unterfinanzierung von Pensionsverpflichtungen

Einen weiteren standardmäßigen Ausschluss in der W&I-Police stellen Schäden im Zusammenhang mit der Unterfinanzierung von Pensionsverpflichtungen dar. Der typische Ausschluss lautet wie folgt:

²⁰ Vgl. hierzu ausführlich Armbrüster/Schilbach r+s 2016, 109; Malek in Herbert Frommes Versicherungsmonitor, 28.12.2020, abrufbar unter <https://versicherungsmonitor.de/2020/12/28/cyberpolicen-sinddsgvo-geldbussen-versicherbar/> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

²¹ Malek in Herbert Frommes Versicherungsmonitor, 28.12.2020, abrufbar unter <https://versicherungsmonitor.de/2020/12/28/cyberpolicen-sinddsgvo-geldbussen-versicherbar/> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021); allgemein zu Versicherbarkeit von Bußgeldern im Zusammenhang mit der europäischen Datenschutz-Grundverordnung: „GDPR Fines and Penalties: Insurability will Vary by Location, Policy Details, and More“, abrufbar unter <https://www.marsh.com/us/insights/research/gdpr-fines-and-penalties-insurability-will-vary-by-location-policy-and-law.html> (zuletzt abgerufen am 30.11.2021).

²² Armbrüster/Schilbach r+s 2016, 109 (117).

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of any unfunded or underfunded defined benefit pension plans.

- 45 Teilweise finden sich auch die folgenden Formulierungen in W&I-Policen:

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of any

- any actual funding deficit or breach of the Target Group's funding obligations under any defined benefit scheme or plan or employee benefit scheme or plan;
- any funding deficit or other breach of the Target Group's funding obligations under any pension scheme or any other arrangement (whether or not such arrangement is or has been maintained, sponsored or participated in by a member of the Target Group) for the purpose of providing benefits on retirement or death, or any liability or obligation imposed by the applicable pensions regulations.

- 46 Es handelt sich hierbei um einen **bereichsspezifischen Ausschluss**. Der Hintergrund für diesen Ausschluss ist, dass die Frage, ob und in welcher Höhe Pensionsverpflichtungen der Zielgruppe bestehen zum einen sehr komplex und mit **Bewertungsunsicherheiten** verbunden ist, und zum anderen von sich ständig verändernden Faktoren (etwa von der Entwicklung des Leitzinses) abhängt. Bewertungsfragen stellen aus Sicht des Versicherers ein erhöhtes Risiko dar, da sie sich selten eindeutig im Sinne von richtig oder falsch beantworten lassen und der *Due Diligence*-Prüfung kaum zugänglich sind. Daher schließen Versicherer solche Bewertungsfragen von der Deckung aus, nicht zuletzt auch wegen der moderaten Prämienhöhe einer W&I-Versicherung.
- 47 Sinn und Zweck des Ausschlusses betreffend die Unterfinanzierung von Pensionsverpflichtungen ist aus Sicht der Versicherer, Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Bewertung von Pensionsverpflichtungen zu vermeiden. Der Ausschluss ist demgemäß eng auszulegen in dem Sinne, dass dieser lediglich solche Schäden ausschließen soll, die aufgrund von Fehlern bei der Bewertung von Pensionsverpflichtungen entstehen. Erleidet der Käufer hingegen einen Schaden, weil der Verkäufer das Bestehen von bestehenden Pensionsverpflichtungen schlicht nicht offenlegt, darf dies nach der hier vertretenen Ansicht nicht ausgeschlossen sein. Denn zum einen hat die fehlende Offenlegung von bestehenden Pensionsverpflichtungen seitens des Verkäufers nichts mit Bewertungsfragen zu tun, weshalb es nicht vom Zweck dieses Ausschlusses erfasst ist. Zum anderen zielt die W&I-Versicherung darauf ab, den Käufer vor solchen Risiken zu schützen, die diesem bei Abschluss des Kaufvertrags trotz Durchführung einer *Due Diligence*-Prüfung unbekannt geblieben sind. Hierzu gehören in erster Linie Sachverhalte, die der Verkäufer gegenüber dem Käufer nicht offengelegt hat.
- 48 Dieser Aspekt sollte im Rahmen der Policen-Verhandlung klarstellend in den Ausschluss aufgenommen werden. Im Folgenden ein Beispiel aus der Praxis:

The Insurer shall not be liable to pay Loss to the extent arising out of any actual lack or inadequacy of funding of any defined benefit pension scheme or plan or employee benefit scheme or plan of the Target Group, provided that this clause shall not apply in case such scheme or plan has not been disclosed in or by any of the Disclosed Documents; (...)

III. Sanktionen

Sämtliche W&I-Policen enthalten eine Regelung, wonach der Versicherer keine Zahlungen schuldet bzw. keine Deckung besteht, wenn dadurch bestehende **sanktionsrechtliche Vorschriften** tangiert werden würden. Die Police enthält typischerweise die folgende Regelung:

The Insurer shall not be deemed to provide cover and shall not be liable to pay any loss or provide any benefit to the extent that (i) such loss is based upon, arising from or in consequence of any breach of any mandatory sanction, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws or regulations of the European Union, Federal Republic of Germany, United Kingdom or United States of America or (ii) the provision of such cover or payment of such benefit would adversely expose the Insurer to any mandatory sanction, prohibition or restriction under United Nations resolutions or the trade or economic sanctions, laws or regulations of the European Union, Federal Republic of Germany, United Kingdom or United States of America.

Dies sollte vor allem im Blick behalten werden, wenn die Zielgesellschaft Tochterunternehmen in solchen Ländern hat, die sanktionsrechtlichen Regelungen unterfallen. Der Anwendungsbereich dieses Ausschlusses ist zumindest dem Wortlaut nach begrenzt, da der Ausschluss nicht notwendigerweise eine Auszahlung eines Schadens an den Käufer oder die Zielgesellschaft erfasst, wenn diese selbst keinen Sanktionen unterliegen.

IV. Steuerauschlüsse in der W&I-Police

W&I-Policen enthalten auch in Bezug auf Steuerrisiken Standardausschlüsse, die in drei Kategorien unterteilt werden können. Diese Ausschlüsse betreffen **Verrechnungspreisrisiken** (*Transfer Pricing*), **Haftungsschulden** (*Secondary Tax Liability*) und **Steuerguthaben** (*Tax Assets*).

Die Gründe für und die Funktion des einzelnen Standardausschlusses sind unterschiedlich. Sie alle schränken allerdings die steuerliche Deckung der W&I-Police deutlich ein. Auch die **Steuerversicherung** (→ § 13 Rn. 1 ff.) schafft häufig keine Abhilfe, denn mit dieser können nur bekannte und gut abgrenzbare Steuerrisiken versichert werden.²³

Die Deckung in der W&I-Versicherung für Steuern richtet sich maßgeblich nach der im Einzelfall durchgeführten steuerlichen *Due Diligence*-Prüfung. Diese sollte keine gravierenden Lücken bei bestimmten Steuerarten, juristischen Personen oder Wirtschaftsjahren aufweisen, da anderenfalls Einschränkungen bei der Deckung durch die W&I-Versicherung zu erwarten sind.

1. Verrechnungspreisrisiken

Unter dem Begriff Verrechnungspreise (*Transfer Pricing*) wird im allgemeinen die Bestimmung eines **marktüblichen Preises für den Austausch von Waren oder Dienstleistungen jeder Art** zwischen rechtlich selbständigen, aber miteinander durch Beteiligungsbeziehungen direkt oder indirekt verbundenen Unternehmen verstanden. Nach dem **Dritt- bzw. Fremdvergleichsgrundsatz** müssen verbundene Unternehmen ihre Leistungen untereinander wie unter fremden Dritten abrechnen. Dieser Grundsatz gilt sowohl im nationalen Recht (unangemessene Verrechnungspreise führen in der Regel zur verdeckten Gewinnausschüttung bzw. zur verdeckten Einlage) als auch im grenzüberschreiten-

²³ Dazu Skuratovski BB 2001, 2395.

den Rahmen. So erlaubt Art. 9 des OECD-Musterabkommens für Doppelbesteuerungsabkommen²⁴ es den Vertragsstaaten, unangemessene Verrechnungspreise zu berichtigen.

- 55 Der Grund für den Verrechnungspreisausschluss liegt in der wirtschaftlichen Betrachtung der W&I-Police, die unbekannte Risiken für eine überschaubare Prämienhöhe absichert. Die Bestimmung des richtigen Verrechnungspreises ist wegen einer **Vielzahl möglicher Ermittlungsmethoden** und häufig fehlender **objektiver Vergleichsmaßstäbe** ein Dauerbrenner in der Betriebsprüfung und damit mit zu **hohem Risiko** behaftet.²⁵
- 56 Üblicherweise sehen die W&I-Policen folgenden Wortlaut vor:

Transfer Pricing means any (a) application of transfer pricing legislation or equivalent legislation relating to the legal and factual inter-company relationships between the Target Group Companies and/or their direct or indirect shareholders or related parties in respect of any Target Group Companies; (b) inability of the relevant Target Group Companies to substantiate a transfer pricing policy to the relevant taxation authority or to present the documentation in relation to the legal and factual inter-company relationships between the Target Group Companies and/or their direct or indirect or shareholders or related parties required under the laws of the relevant jurisdiction; and (c) hidden profit distributions, hidden contributions, contributions in kind or measures of the same or similar effect by the Target Group Companies.

- 57 Unter (a) der Beispielklausel werden Schäden aus der Anwendung der klassischen **Verrechnungspreisbestimmung** von der Deckung ausgeschlossen. Weicht somit die tatsächliche Vergütung für eine Lieferung oder Leistung von der fremdüblichen Vergütung ab und entstehen dadurch Mehrsteuern auf der Ebene einer Zielgesellschaft (insbes. nach §§ 4 Abs. 1 EStG, 8 Abs. 3 KStG und 1 Abs. 1 AStG), sind diese Mehrsteuern von der Deckung der Police ausgeschlossen. Mit der Regelung unter (b) der Beispielklausel erfolgt der Ausschuss aller Schäden, die im Zusammenhang mit der **Nichterfüllung der Dokumentationspflichten** nach § 90 Abs. 3 AO stehen. Das bedeutet, dass selbst im Falle eines fremdüblichen, jedoch nicht ausreichend dokumentierten Verrechnungspreises die daraus resultierenden Mehrsteuern oder anderen Kosten nicht vom Versicherungsschutz erfasst sind. Bei (c) der Beispielklausel handelt es sich um einen Auffangtatbestand, mit dem alle Formen der **verdeckten Gewinnausschüttung** sowie der verdeckten oder offenen Einlage und ähnliche Tatbestände ausgeschlossen werden sollen. Dieser Ausschluss ist sehr weit gestaltet und umfasst auch Tatbestände, die nicht zwingend unter das Thema Verrechnungspreise fallen.
- 58 In der Regel wird es nicht möglich sein, in der Policen-Verhandlung die Ausschlüsse (a) und (b) der Beispielklausel zu begrenzen. Die Regelung unter (c) der Beispielklausel kann dagegen durchaus diskutiert und in Abhängigkeit von der konkreten Situation reduziert oder ausgeschlossen werden. Insbesondere offene Formulierungen wie „*or measures of the same or similar effect (...)*“ sollten kritisch hinterfragt werden.

2. Haftungsschulden

- 59 Mit diesem Ausschluss werden steuerliche Haftungsschulden aller Art (insbes. nach §§ 69 bis 77 AO, § 25d UStG, § 20 Abs. 3 ErbStG und § 42d Abs. 3 S. 4 EStG) aus der Deckung der Police herausgenommen. Der Begriff Haftungsschuld bedeutet im Allgemeinen, dass jemand für eine **fremde Steuerschuld** einzustehen hat, der nicht der „eigentliche“

²⁴ Verfügbar unter www.oecd-ilibrary.org (abgerufen am 30.11.2021).

²⁵ Nach einer Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft PwC wurde das Thema Verrechnungspreise bei 89 % der international tätigen Unternehmen in der Betriebsprüfung aufgegriffen. Insgesamt resultierten über die Hälfte (59 %) aller steuerlichen Mehrbelastungen nach einer Betriebsprüfung aus Verrechnungspreisthemen (<https://www.pwc.de/de/steuerberatung/betriebspruefung-2018.html>; zuletzt abgerufen am 30.11.2021).