

Bialek, Karl H.; Grillet, Luc L.

**Working Paper**

## Captive-Versicherung im deutschen und US-amerikanischen Körperschaftssteuerrecht

Diskussionsbeiträge - Serie II, No. 169

**Provided in Cooperation with:**

Department of Economics, University of Konstanz

*Suggested Citation:* Bialek, Karl H.; Grillet, Luc L. (1992) : Captive-Versicherung im deutschen und US-amerikanischen Körperschaftssteuerrecht, Diskussionsbeiträge - Serie II, No. 169, Universität Konstanz, Sonderforschungsbereich 178 - Internationalisierung der Wirtschaft, Konstanz

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/101654>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

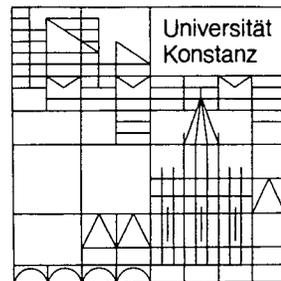
Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*



**Sonderforschungsbereich 178**  
**„Internationalisierung der Wirtschaft“**

Diskussionsbeiträge

Juristische  
Fakultät

Fakultät für Wirtschafts-  
wissenschaften und Statistik

Karl H. Bialek  
Luc L. Grillet

**Captive-Versicherung im  
deutschen und US-amerikanischen  
Körperschaftssteuerrecht**

24. MRZ. 1992 Weltwirtschaft  
Kiel

WS 113 - 169 *HT*

**CAPTIVE-VERSICHERUNG IM DEUTSCHEN UND  
US-AMERIKANISCHEN KÖRPERSCHAFTSSTEUERRECHT**

**Karl H. Bialek**

**Luc L. Grillet**

Serie II - Nr. 169

Februar 1992

## **ABSTRACT**

This paper develops a positive framework for studying the deductibility of premiums paid to captive insurers as business expenses in German and American tax law. A systematic analysis of the legal rules and judicial standards that have evolved during many years of corporate litigation and quarelling with the Internal Revenue Service is compared with the economic viability of captive insurance as a risk-transfer instrument. The analysis concludes that sound public policy requires tax deductions for commercial and captive insurance premiums to be treated equally if they are actuarially justified.

# Captive-Versicherung im deutschen und US-amerikanischen

## Körperschaftsteuerrecht

Von Wiss. Mitarb. Karl H. Bialek und Luc L. Grillet, Konstanz

### A. Einleitung

Jede Form wirtschaftlicher Betätigung birgt Risiken, deren Verwirklichung in der Regel mit statistischer Wahrscheinlichkeit zu Schäden führt. Sollen die Risiken versichert werden, wird grundsätzlich ein Versicherungsvertrag mit einem bestehenden Versicherungsunternehmen geschlossen werden. Insbesondere Konzerne haben jedoch auch die Möglichkeit, eine eigene Versicherungsgesellschaft zu gründen. In den 20er Jahren sahen sich Konzerne in Deutschland zu solchen Gründungen gezwungen. Die etablierten Versicherer waren während der Phasen galoppierender Inflation wegen restriktiver Vermögensanlagevorschriften nicht in der Lage, die Schäden der Versicherungsnehmer vollständig auszugleichen<sup>1</sup>. In den USA haben Konzerne in den 70er Jahren im Zuge der Krise des Versicherungsmarktes verstärkt begonnen, eigene Versicherungsgesellschaften zu gründen<sup>2</sup>. Für diese konzerneigenen Versicherungsgesellschaften hat sich der Name "Captive Insurance Company" oder kurz "Captive" durch-

---

<sup>1</sup> Siehe näher dazu Wätke, Die Captive Insurance Company - Ein Instrument des Risk Managements, Diss. 1982, S. 252.

<sup>2</sup> Eingehend dazu Porat, The Insurance Factor in the Captive Movement, National Underwriter 1984, 6-12. Zu den Gründen siehe nur Kleindorfer, Die Umweltschaden-Haftpflicht-Versicherung: Ein Ausblick auf die Krise in der US-Versicherungswirtschaft, ZVersWiss 1987, 1-23; Niquille, Risiko-Finanzierung - Ansätze zu einem Gesamtkonzept, 1987, S. 93-107; Viscusi, The Dimensions of the Product Liability Crisis, J.Legal Stud. 1991, 147-177.

gesetzt<sup>3</sup>. Sie haben typischerweise die Aufgabe, Risiken der konzernzugehörigen Gesellschaften zu versichern.

In den USA wurde die Frage des Betriebsausgabenabzugs von Captive-Prämien aufgeworfen. Bis heute wird darum gestritten, ob Prämien, die von einem konzernzugehörigen Versicherungsnehmer an die Captive geleistet werden, als Betriebsausgaben (ordinary and necessary business expenses) gem. § 162 (a) Internal Revenue Code (I.R.C.) abgezogen werden können<sup>4</sup>. Regelmäßig unterlagen die Versicherten vor den Gerichten mit der Begründung, daß die an die Captive geleisteten Beträge steuerrechtlich wie Zuführungen an interne Fonds zu bewerten sind. Die Verweigerung des Betriebsausgabenabzugs bedeutet für den Versicherungsnehmer, daß die Zahlungen an die Captive erfolglos sind.

In Deutschland wird - noch - nicht um den Betriebsausgabenabzug von Captive-Prämien gestritten. Das hat zwei Gründe. Der RFH hat in den 20er Jahren Entscheidungen im Zusammenhang mit konzern-eigenen Versicherungsgesellschaften veröffentlicht, die heute noch Gültigkeit beanspruchen<sup>5</sup>. Danach ist ein Betriebsausgabenabzug für Captive-Prämien grundsätzlich zulässig. Neuere Äußerungen der Rechtsprechung oder der Literatur liegen hierzu nicht vor. Zum anderen gehören deutschen Konzernen erst seit den

---

<sup>3</sup> "Captive" bedeutet allgemein "gefangen", als terminus technicus der US-amerikanischen Kaufleute: "für den Eigenbedarf, nicht für den Markt".

<sup>4</sup> Zu den Urteilen siehe unten C.; zur Literatur siehe Barker, Federal Income Taxation and Captive Insurance, Va.Tax Rev. 1986, 267-327; Bradley/Winslow, Self-Insurance Plans and Captive Insurance Companies - A Perspective on Recent Tax Developments, Am.J.Tax Pol. 1985, 217-258; Singer, When the Internal Revenue Service Abuses the System: Captive Insurance Companies and the Delusion of the Economic Family, Va.Tax Rev. 1990, 113-164; Taylor, Taxing Captive Insurance: A New Solution for an Old Problem, Tax Lawyer 1989, 859 .

<sup>5</sup> Siehe insbesondere RFHE 16, 31; 31, 297; siehe ferner Herrmann/Heuer/Raupach Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 19. Aufl. 1950/1982, § 5 EStG Anm. 2200 "Selbstversicherung".

70er Jahren wieder vereinzelt Captives an<sup>6</sup>. Die zunehmende Integration des Gemeinsamen Marktes führt jedoch dazu, daß deutsche Konzerne verstärkt die Captive als risikopolitisches Instrument in Betracht ziehen<sup>7</sup>.

In diesem Aufsatz werden neue Kriterien entwickelt, anhand deren für das deutsche und das US-amerikanische Rechtssystem überprüft werden kann, ob Prämien, die von einem konzernzugehörigen Versicherungsnehmer an eine Captive geleistet werden, als Betriebsausgaben anzuerkennen sind. Dazu werden eingangs betriebswirtschaftliche Grundlagen der Captive-Versicherung dargestellt (B.). Danach folgt eine systematische Zusammenstellung der Argumente, die in der US-amerikanischen Rechtsprechung zum Betriebsausgabenabzug von Captive-Prämien vorgebracht worden sind. Anschließend wird die entgegengesetzte RFH-Rechtsprechung kritisch überprüft. Im Ergebnis sollten sich die Voraussetzungen, unter denen Captive-Versicherung als Versicherung i.S.d. Steuerrechts betrachtet werden kann, ausschließlich an der ökonomischen Leistungsfähigkeit der Versicherung orientieren (C.). Dazu wird mit Hilfe einer ökonomischen Analyse herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen die Captive-Versicherung die wesentlichen Merkmale der Fremdversicherung duplizieren kann (D.).

## B. Grundlegendes

Die deutschsprachige ökonomische Literatur befaßt sich kaum mit

---

<sup>6</sup> Siehe zur aufsehenerregenden Gründung der Captive "Pallas Versicherungs AG" durch die Hoechst AG das Handelsblatt v. 14./15.12.1974, S. 6; siehe ferner die Zusammenstellung 13 deutscher Muttergesellschaften mit eigener Captive in Wätke (Fn. 1), Anhang.

<sup>7</sup> Siehe dazu die Gründung der Captive "Bavaria Insurance Co. Intl. Ltd" durch die BMW AG in Dublin/Irland, Nachweis in Ramming (Hrsg.), Captive Insurance Company Directory 1990, 1990, S. 33.

Captives als Versicherungsmöglichkeit<sup>8</sup>. Fast unbeachtet blieb die Captive bislang auch von der neueren deutschsprachigen juristischen Literatur<sup>9</sup>. Dieses anscheinend bestehende Nichtinteresse ist bemerkenswert, weil die Anzahl der Captives weltweit bei ca. 3000 liegt; ihr Prämienvolumen beträgt ca. \$ 9,5 Mrd<sup>10</sup>.

## I. Erscheinungsformen der Captive

Ursprünglich gab es nur einen Typ von Captive: Ein Unternehmen gründete eine Versicherungsgesellschaft, um die bei sich oder seinen Tochtergesellschaften auftretenden Risiken zu versichern. Im Laufe der Zeit sind eine ganze Reihe von Varianten hinzugekommen. Captives können nach verschiedenen Kriterien eingeteilt werden.

### 1. "Kapitalstreuung und Versicherte"

Zunächst kann die Einteilung danach vorgenommen werden, ob nur eine Gesellschaft oder mehrere Gesellschaften Anteile an der Captive halten. Weitere Unterschiede ergeben sich je nachdem, ob nur Risiken der Gesellschafter oder auch Risiken unverbundener Dritter übernommen werden. Ist nur ein Gesellschafter vorhanden, handelt es sich um eine "Single-parent Captive". Anderenfalls bezeichnet man die Captive als "Multiple Captive".

---

<sup>8</sup> Ackermann, Captive Insurance Company - Eine Versicherungsmöglichkeit für die Grossunternehmung, Diss. 1983; Meyer-Kahlen, Captive-Versicherung, in: Handwörterbuch der Versicherung, hrsg. von Farny u.a., 1988, S. 95-97; Wätke (Fn. 1). Andererseits gibt es eine Reihe unveröffentlichter Gutachten und Stellungnahmen.

<sup>9</sup> Jacobs (Hrsg.), Internationale Unternehmensbesteuerung, 2. Aufl. 1991, S. 609-611; Würfele, Steuerliche Aspekte einer Captive Insurance Company, IWB, Fach 3, Deutschland, Gruppe 1, S. 1241-1244.

<sup>10</sup> Siehe Ramming (Fn. 7), wo 2.984 Captives für 1989 nachgewiesen sind, ein Zuwachs von 10% gegenüber 1988; zu den Problemen der Zählung s. dort S. 3.

Regelmäßig versichert die "Single-parent Captive" nur Risiken, die bei der Muttergesellschaft bzw. in ihrem Konzern bestehen. Diese sog. "Pure Captive" ist der am meisten verbreitetste Captive-Typ. Werden auch Risiken unverbundener Dritter übernommen, so handelt es sich um eine "Open-market Captive". Oft gründen Unternehmen der gleichen Branche gemeinsam eine Versicherungsgesellschaft, um ihre Risiken zu decken; dann spricht man von einer "Industry Captive". Werden über die Risiken der beteiligten Gesellschaften hinaus Risiken branchenfremder Dritter versichert, handelt es sich um eine "Broad Captive".

## 2. Direktversicherung versus Rückversicherung

Captives werden sowohl als Direkt- als auch als Rückversicherer eingesetzt<sup>11</sup>. Als Direktversicherer ergeben sich zwei weitere Möglichkeiten. Die übernommenen Konzernrisiken verbleiben bei der Captive oder sie werden an einen Rückversicherer zediert. Eine ausschließlich Rückversicherung betreibende "Reinsurance Captive" benötigt einen vorzeichnenden Direktversicherer (Fronter), der den für dieses Land gültigen Versicherungsschein ausstellen kann<sup>12</sup>. Der Fronter zediert gegen Provision Risiko- und Prämienanteile an die Captive. Die "Reinsurance Captive" hat beim Fronting wiederum die Möglichkeit, die übernommenen Risiken einschließlich der Prämie zu sammeln oder Teile zu retrozedieren.

---

<sup>11</sup> Zum diesen Abschnitt siehe Kloman/Rosenbaum, The Captive Insurance Phenomenon: A Cautionary Tale?, The Geneva Papers on Risk and Insurance 1982, 135-142; Louisot, Un sujet captivant, L'assurance Fr. 1988, 622-624.

<sup>12</sup> Siehe Louisot (Fn. 11), S. 623: "La société mère demande alors à ses assureurs directs (ou à un fronteur choisi à cet effet) de se réassurer auprès de sa captive dans des proportions et conditions variables négociées à l'avance. C'est ainsi qu'une part significative des primes payées par la maison mère retrouve le chemin de la trésorerie du groupe (via la captive).".

### 3. "Domestic" versus "off-shore"

Ist das Sitzland der Captive mit dem des Mutterkonzerns identisch, handelt es sich um eine "Domestic Captive", ansonsten um eine "off-shore"-Captive. Direktversicherungscaptives werden regelmäßig im Sitzland der Konzernmutter gegründet, weil ein Direktversicherer bislang regelmäßig den aufsichts- und zulassungsrechtlichen Normen des Staates unterliegt, in dem das versicherte Risiko belegen ist<sup>13</sup>. Diese Normen beinhalten in den meisten Industrieländern strenge Vorschriften<sup>14</sup>. Die Mehrzahl von Captives wird deshalb als Rückversicherer in "off-shore"-Zentren gegründet. In diesen sogenannten "Steueroasen" bestehen vorteilhafte Rahmenbedingungen hinsichtlich Kapitalisierung und Besteuerung der Captive.

## **II. Standortbestimmung**

Die Captive stellt nicht nur ein vielseitig einsetzbares Instrument des Risk Managements dar. Sie erweitert auch die Systematik der Risikobewältigungsmöglichkeiten um ein weiteres Element.

### 1. Risk Management und Risiken: Abgrenzungen

---

<sup>13</sup> Vgl. § 105 i.V.m. § 1 II VAG; europarechtlich ergeben sich Änderungen durch die Umsetzung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 EWGV) sowie der Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EWGV). Siehe dazu für Nichtlebensversicherungen RL 73/239/EWG v. 24.7.1973 betreffend die Niederlassungsfreiheit; RL 88/357/EWG v. 22.6.1988 betreffend die Dienstleistungsfreiheit; RL-Vorschlag v. 18.7.1990, ABLEG Nr. C 244 v. 28.9.1990 zur Vollendung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit; EuGH v. 4.12.1986, VersR 1986, 1225; v. 27.1.1987, JZ 1987, 467.

<sup>14</sup> Vgl. nur §§ 5, 81 und 53 c VAG.

Systematisch gesehen bieten sich dem Risk Management neben der Risikoprävention drei grundsätzliche Möglichkeiten der Risikobewältigung: Nichtversicherung, Selbstversicherung und Fremdversicherung.

Nichtversicherung bedeutet, daß sich ein Wirtschaftssubjekt über mögliche Risiken überhaupt keine Gedanken macht. Damit verhält es sich passiv gegenüber möglicherweise eintretende Schäden. Sie werden aus den zur Verfügung stehenden Mitteln gedeckt. Unter Selbstversicherung versteht man den bewußten Verzicht eines Versicherungsinteressenten auf ein versicherungsrechtliches Verhältnis mit einem unverbundenen Versicherer in Lagen, in denen sich innerhalb des eigenen Unternehmens ein Risikoausgleich erzielen läßt. Der Begriff "Selbstversicherung" wurde teilweise heftig bekämpft<sup>15</sup>. Heute ist sein Vorteil offensichtlich. Zu unterscheiden ist die interne von der externen Selbstversicherung. Interne Selbstversicherung wird vom Wirtschaftssubjekt selbst durchgeführt; es fehlt an einer versicherungsvertraglichen Grundlage mit einem anderen Rechtssubjekt. Von Versicherung kann gesprochen werden, weil die Risikotragung durch Zusammenfassung vieler ausgleichsfähiger Einzelrisiken ermöglicht werden soll. Die interne Selbstversicherung umfaßt die Schadensfinanzierung aus dem Cash Flow sowie die Auflösung von Rücklagen und Rückstellungen. Diese Form von Selbstversicherung ist hinlänglich bekannt. Der externen Selbstversicherung wird dagegen weniger Aufmerksamkeit geschenkt. Sie liegt vor, wenn der Risikoträger durch den Versicherungsnehmer rechtlich verselbständigt wird. Hierzu zählt Versicherung mittels einer Captive. Zwischen dem Versicherungsnehmer und der Captive kann ein gegenseitiger Vertrag geschlossen werden, der alle Merkmale eines Versicherungsvertrages erfüllt. Fremdversicherung setzt voraus, daß ein Versicherungsvertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und einem traditionellen Versiche-

---

<sup>15</sup> Siehe den Vergleich mit einer "Selbstehe" durch Paul Braeß, die nicht möglich sei, Nachweis in Hitzig, Formen und Wirkungen des risikopolitischen Instruments der Selbstversicherung, 1977, Vorwort; Hess, Selbstversicherer in der Transportversicherung, VW 1958, 110.

rer besteht.

## 2. Captive - externe Selbstversicherung

Unbestritten ist, daß Beträge zur internen Selbstversicherung nicht als Betriebsausgabe abgezogen werden können, denn fiktive Zahlungen an sich selbst stellen keine Ausgabe dar<sup>16</sup>. Ebenso unbestritten ist die Abzugsfähigkeit der Prämien, die an einen unverbundenen Versicherer gezahlt werden. In diesem Fall besteht ein versicherungsrechtliches Verhältnis mit einem anderen Rechtssubjekt, so daß der für die Betriebsausgabe erforderliche Zahlungsempfänger (vgl. § 160 I 1 AO) vorhanden ist. Schwierigkeiten bereitet die Zuordnung der externen Selbstversicherung, der Captive-Versicherung. Sie vereinigt in sich Elemente sowohl der internen Selbstversicherung als auch der Fremdversicherung. Damit nimmt sie eine Zwitterstellung zwischen diesen beiden Versicherungsformen ein.

### **III. Finanzielle Auswirkungen**

Je nachdem, ob die Captive als interne Selbstversicherung oder Fremdversicherung behandelt wird, ergeben sich unterschiedliche finanzielle Auswirkungen. Der Versicherungsnehmer steuerrechtlich anerkannter Versicherungsverhältnisse hat mehrere Vorteile. Zum einen hat er eine gleichmäßig niedrigere Steuerlast, denn durch den Betriebsausgabenabzug (§ 4 IV EStG; vgl. § 162 (a) I.R.C.) wird der zu versteuernde Gewinn in Höhe der Prämien vermindert. Schadensfälle belasten das Betriebsergebnis nicht zufällig und nicht in unkalkulierbarer Höhe, weil der Versicherungsnehmer konstant Prämien leistet und im Schadensfall Ausgleichszahlungen von der Versicherung erhält. Decken sie den Schaden vollständig, so ist der Schadensfall neutral für das Betriebsergebnis. Dieses Unternehmensziel ist

---

<sup>16</sup> Siehe Herrmann/Heuer/Raupach (Fn. 5), § 4 EStG Rdnr. 48; vgl. FG Schleswig-Holstein v. 20.12.1965, EFG 1966, 335.

wegen der ansonsten negativen Auswirkung auf die Außendarstellung des Unternehmens nicht zu unterschätzen. Nicht durch die Entschädigungsleistung der Versicherung gedeckte Schäden sind betrieblicher Aufwand (vgl. § 165 I.R.C.). Den Schaden übersteigende Versicherungsleistungen stellen eine gewinnerhöhende Betriebseinnahme dar<sup>17</sup> (vgl. § 61 I.R.C.).

Interne Selbstversicherer bilden aus Vorsichtsgründen<sup>18</sup> zumindest für umfangreichere Risiken Rücklagen aus versteuertem Gewinn<sup>19</sup>. Eine Auflösung kann aber auch schon bei einer Häufung kleinerer Schäden notwendig werden, um das Betriebsergebnis nicht zu sehr zu belasten. Die Rücklagenauflösung führt zu einem Kostennachteil bei der Schadensbewältigung durch interne Selbstversicherung gegenüber der Fremdversicherung in der Höhe, in der bei der Rücklagenbildung Einkommensteuer abgeführt wurde<sup>20</sup>.

### C. Steuergerichtliche Beurteilung von Captives

Die versicherungssystematische Sonderstellung der Captive wirkt

---

<sup>17</sup> Siehe BFH BStBl. 1964 III, 271 (272), BStBl. 1965 III, 650 (651); Herrmann/Heuer/Raupach (Fn. 5), § 4 EStG Anm. 46 "Schadensersatz" und "Versicherungsleistung", soweit die Versicherungsprämien Betriebsausgaben waren.

<sup>18</sup> Vgl. auch das Vorsichtsprinzip gem. § 5 I EStG und § 141 I 2 AO i.V.m. § 252 I Nr. 4 HGB.

<sup>19</sup> Die erfolgswirksame Risikovorsorge über die Bildung von Rückstellungen ist nur in ganz begrenztem Rahmen zulässig (vgl. § 249 HGB), siehe dazu die Zusammenstellung bei Wöhe, Die Handels- und Steuerbilanz, 2. Aufl. 1990, S. 210 ff. Siehe aber auch Herzig, Rückstellungen als Instrument der Risikovorsorge in der Steuerbilanz in: DStJG Bd. 14 1991, S. 199-230 (208, 216 ff, 220), der anregt, wegen der veränderten Risikosituation der Unternehmen über gewisse pauschalierende Elemente bei der Rückstellungsbildung erneut nachzudenken.

<sup>20</sup> Dabei sind mögliche finanzielle Vorteile der Selbstversicherer wie Provisionswegfall und Zinsgewinne außer Betracht geblieben.

sich auch in der Körperschaftsteuerrechtlichen Behandlung von Captive-Prämien aus. Deshalb haben die US-amerikanischen Gerichte wie auch den RFH sich mehrfach mit konzerneigenen Versicherungsgesellschaften beschäftigt.

## **I. Situation in den USA**

In den USA wird im Zusammenhang mit Captives hauptsächlich darum gestritten, ob Captive-Prämien als Versicherungsprämien gewinnmindernd abzugsfähig sind (gem. § 162 (a) I.R.C.<sup>21</sup>.)<sup>22</sup>. 1972 äußerte die Finanzverwaltung (Internal Revenue Service) in einem internen Leitfaden<sup>23</sup>, daß die Absetzbarkeit von Prämienzahlungen an eine mit dem Versicherungsnehmer verbundene Captive nicht anzuerkennen ist. Damit begann der bis heute andauernde Streit um die Prämienabsetzbarkeit.

### **1. Grundlagen**

Grundlegend ist in diesem Zusammenhang zunächst der Begriff der Versicherung. Ferner stellt sich die Frage nach der Steuerrechtsfähigkeit verbundener Unternehmen.

#### a) Begriff der Versicherung

---

<sup>21</sup> § 162 (a) I.R.C. lautet: "There shall be allowed as a deduction all the ordinary and necessary expenses paid or incurred during the taxable year in carrying on any trade or business ..."

<sup>22</sup> Eng verbunden damit ist die Frage nach dem Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen (constructive dividends) an die Captive mittels überhöhter Prämien. Diese wurde von den Gerichten - im Gegensatz zur Finanzverwaltung - zu Recht verneint und soll hier deshalb nicht weiter betrachtet werden; siehe dazu zuletzt Gulf Oil Corp. v. Commissioner of Internal Revenue, 89 T.C. 1010, 1029f (1987).

<sup>23</sup> Internal Revenue Manual Supp. 42-G-256, Amend. 1 (10.1.1972).

Der Begriff der Versicherung ist zentral für die Frage nach der Abzugsfähigkeit von Prämien als Betriebsausgaben. Eine Legaldefinition von "Versicherung" ist im US-amerikanischen Bundessteuergesetz (I.R.C.) nicht enthalten. Grundlegend wurde deshalb die Entscheidung Helvering v. Le Gierse<sup>24</sup> des Supreme Court der USA von 1941: Eine 80-jährige Frau schloß mit einer Lebensversicherungsgesellschaft zwei Verträge. In dem einen Vertrag wurde vereinbart, daß sie gegen eine einmalige Zahlung lebenslang eine jährliche Rente erhalten sollte. Der andere Vertrag stellte eine Lebensversicherung auf den Todesfall mit einer Versicherungssumme i.H.v. \$ 25.000 dar, deren Begünstigte die Tochter der Versicherungsnehmerin war. Die Gegenleistung bestand in einer einmaligen Prämienzahlung. Bei Vertragsschluß erfüllte die Achtzigjährige ihre vertraglichen Verpflichtungen. Sie verstarb innerhalb des nächsten Monats. In diesem Fall ging es um die Frage, ob die Versicherungssumme i.H.v. \$ 25.000 in den Nachlaß des Erblassers fällt oder ob die Ausnahmeregelung des § 402 (g) des Revenue Act von 1926 anzuwenden ist. Nach dieser Ausnahmeregelung fallen Versicherungsforderungen nicht in den Nachlaß, sondern erbschaftsteuerfrei an den Begünstigten. Für den Supreme Court stellte sich mit Blick auf die erste Vereinbarung zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsunternehmen die Frage, ob die zweite Vereinbarung überhaupt einen Versicherungsvertrag darstellte. Das Gericht entschied, daß "Versicherung" Risikoverlagerung (risk-shifting) und Risikostreuung (risk-distributing) beinhaltet<sup>25</sup>.

#### b) Steuerrechtsfähigkeit verbundener Unternehmen

---

<sup>24</sup> 312 U.S. 531 (1941).

<sup>25</sup> 312 U.S. 531, 539 (1941): "Historically and commonly insurance involves risk-shifting and risk-distributing". Den Gebrauch dieser Versicherungsdefinition ablehnend Singer (Fn. 4), S. 120: "Interestingly, that case did not even involve an analysis of an insurance business."

Für die Frage der Abzugsfähigkeit von Versicherungsprämien im Konzern ist neben der Versicherungsdefinition von entscheidender Bedeutung, wie die Steuerrechtsfähigkeit verbundener Unternehmen zu beurteilen ist. Grundlegend ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung Moline Properties, Inc. v. Commissioner<sup>26</sup>. In diesem Fall ging es darum, ob die Einkünfte einer Gesellschaft zu versteuerndes Einkommen des Alleingesellschafters oder der Gesellschaft sind. Der Supreme Court entschied, daß die Gesellschaft solange als selbständiges Steuerrechtssubjekt zu behandeln ist, wie ihre Existenz durch echte Geschäftstätigkeit gerechtfertigt ist<sup>27</sup>.

### 3. Argumentationen

Vor diesem Hintergrund war die Frage zu klären, ob die von der Muttergesellschaft bzw. den Tochtergesellschaften an die Captive gezahlten Prämien als Betriebsausgaben (§ 162 (a) I.R.C.) abzugsfähig sind. Den Auftakt zu einer Reihe von Entscheidungen machte 1978 Carnation Co. v. Commissioner<sup>28</sup>. Hier lehnten die Gerichte eine Anerkennung der Zahlungen als Versicherungsprämien ab. Ebenso entschieden die Gerichte in fast allen<sup>29</sup> darauf fol-

---

<sup>26</sup> 319 U.S. 436 (1943); ebenso National Carbide Corp. v. Commissioner, 336 U.S. 422 (1949).

<sup>27</sup> 319 U.S. 436, 439 (1943): "... so long as [its] purpose is the equivalent of business activity or is followed by carrying on of business by the corporation, the corporation remains a separate taxable entity". Für 100%ige Tochtergesellschaften s. National Carbide v. Commissioner, 336 U.S. 422, 429f (1949).

<sup>28</sup> 71 T.C. 400 (1978); 640 F.2d 1010 (9th Cir. 1981); cert. denied 454 U.S. 965 (1981).

<sup>29</sup> Mit zwei Ausnahmen: Vollständige Anerkennung der Abzugsfähigkeit im Fall Crawford Fitting Co. v. United States, 606 F.Supp. 136 (D.C. Ohio 1985); der C.A. im Fall Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247 (6th Cir. 1989) erkennt nur die von den versicherten Tochtergesellschaften an die Captive gezahlten Prämien an; zur C.A.-Entscheidung siehe Ebke, Neuere Entwicklungen im US-amerikanischen Handels- und Wirtschaftsrecht, RIW 1990, 145 (150).

genden Fällen, die hinsichtlich des für diese Untersuchung maßgeblichen Teil des Tatbestandes identisch waren. Die Urteile waren damit im Ergebnis durchweg einheitlich. Die variierenden Begründungen der Mehrheit (majority opinion) sowie die kritischen Stellungnahmen in Sondervoten (concurring opinions und dissenting opinions) in den Kollegialgerichten sind umso aufschlußreicher. Gleiches gilt für die Äußerungen der Finanzverwaltung und der Literatur<sup>30</sup>. Die vorgebrachten Argumente lassen sich danach systematisieren, ob sie dem "economic family approach" folgen oder auf andere Weise den Konzern als Einheit betrachten oder auf die Zusammensetzung des Risikoportefeuilles der Captive abstellen.

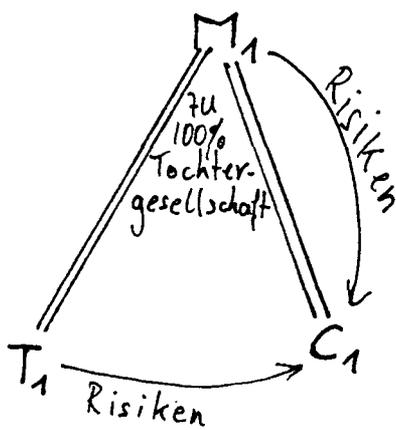
a) "economic family approach"

Die Finanzverwaltung entwickelte in der Verwaltungsverfügung 77-316<sup>31</sup> das Argument der "economic family", um die "economic reality" der verbundenen Unternehmen zu erfassen. Sie legte anhand von drei Fallkonstellationen ihre Ansicht zu den steuerlichen Konsequenzen der Prämienzahlungen innerhalb eines Konzerns dar. Gemeinsam ist den drei Fallgestaltungen, daß Mutter- und Tochtergesellschaften eines Konzerns in einem unmittelbaren (Direktversicherung) oder mittelbaren Versicherungsrechtsverhältnis (Fronting) mit der demselben Konzern 100%ig zugehörigen Captive stehen. Die Captive übernimmt nur Risiken dieses Konzerns.

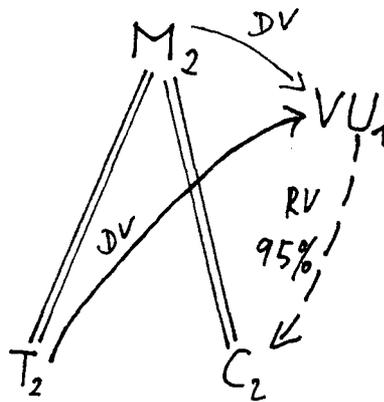
---

<sup>30</sup> Aus der Fülle der US-amerikanischen Literatur zu Captives siehe nur die unter Fn. 4 erwähnte.

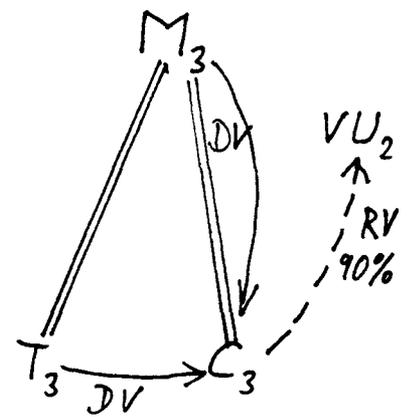
<sup>31</sup> Revenue Ruling 77-316, 1977-2 C.B. 53. Intern erstmalig im General Counsel Memorandum 35,340 (15.5.1973) entwickelt, neu formuliert im General Counsel Memorandum 37,040 (22.6.1977).



Fall 1



Fall 2



Fall 3

In Fall 1 übernimmt die Captive (C1) die Risiken der Muttergesellschaft (M1) und der Tochtergesellschaften (T1) gegen Prämie.

Fall 2 behandelt das Fronting: Ein unverbundenes Versicherungsunternehmen (VU1) übernimmt gegen Prämie die Risiken (DV) der Mutter- und Tochtergesellschaften (M2, T2); dabei wird vereinbart, daß 95% der Risiken mit der Captive rückzuversichern (RV) sind. Es besteht jedoch keine Vereinbarung, das unverbundene Versicherungsunternehmen aus seiner Haftung als Erstversicherer gegenüber den Konzerngesellschaften zu entlassen. Vereinbart ist auch nicht, daß die Versicherten gegenüber dem Erstversicherer erstattungspflichtig werden, wenn die Captive ihren Zahlungsverpflichtungen aus der Rückversicherungsverhältnis nicht nachkommt.

Fall 3 nimmt Fall 1 als Ausgangslage und wird erweitert um eine Vereinbarung zwischen den Versicherungsnehmern (M3, T3) und der Captive (C3), daß die Captive 90% der Risiken mit einem unverbundenen Versicherungsunternehmen (VU2) rückversichert (RV).

Nach Ansicht der Finanzverwaltung stellen die konzernzugehörigen Versicherungsnehmer und die Captive eine "economic family" dar. Ihre Rechtsstellung als selbständige Gesellschaft (separate corporate entity) werde dadurch nicht übergangen. Diese Betrachtungsweise zeige, daß diejenigen, die letztlich die

wirtschaftliche Last eines Schadensverlustes zu tragen haben, dieselben Personen seien, die den Schaden erlitten haben. In der Höhe, in der Verlustrisiken bei der Captive verbleiben (also bis auf 5% in Fall 2 und 90% in Fall 3), liege ökonomisch weder Risikoverlagerung noch Risikostreuung vor<sup>32</sup>. Neben der Finanzverwaltung gehen auch einzelne Gerichte in ihren Urteilen explizit<sup>33</sup> oder implizit<sup>34</sup> von der Lehre der "economic family" aus.

Die Mehrzahl der geäußerten Ansichten in den Urteilen steht dieser Argumentation der Finanzverwaltung skeptisch gegenüber. Abgelehnt wird das Argument der ökonomische Familie aus verschiedensten Gründen. Zum einen wird vorgebracht, es gebe andere Fälle von Risikoübertragung innerhalb verbundener Unternehmen, die steuerrechtlich anerkannt werden<sup>35</sup>. Zum anderen bestehen Bedenken, weil diese Lehre mit grundlegenden Steuerrechtsprinzipien kollidiere<sup>36</sup>, oder weil ansonsten einer Ausdehnung dieser Lehre auf andere Bereiche des Steuerrechts Vorschub geleistet werden würde<sup>37</sup>. Schließlich wird die Ansicht vertreten, daß bei Annahme dieses Arguments eine 100%ige Captive von vorn-

---

<sup>32</sup> Revenue Ruling 77-316 1977-2 C.B. 53, 54.

<sup>33</sup> Mobil Oil Corp. v. United States, 8 Cl.Ct. 555, 570 (1985); Stearns-Roger Corp. v. United States, 577 F.Supp 833, 838 (D.C. Colo. 1984); Beech Aircraft Corp. v. United States, 797 F.2d 920, 923 (10th Cir. 1986); ebenso Barker, Captive (Fn. 4), S. 283.

<sup>34</sup> Carnation Co. v. Commissioner, 640 F.2d 1010, 1013 (9th Cir. 1981); Stearns-Roger Corp. v. United States, 774 F.2d 414, 416 (9th Cir. 1985); Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 811 F.2d 1297, 1302 (9th Cir. 1987).

<sup>35</sup> In Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 84 T.C. 948, 957 (1985) der Steuerpflichtige und S. 968 Richter Gerber in seiner "dissenting opinion".

<sup>36</sup> Humana Inc. v. Commissioner, 88 T.C. 197, 219 (1987) im "concurring" von Richter Hamblen; sowie in der Revisionsentscheidung 881 F.2d 247, 256 (6th Cir. 1989); ebenso Bradley/Winslow (Fn. 4), S. 246.

<sup>37</sup> Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 84 T.C. 948, 959 (1985); Humana Inc. v. Commissioner, 88 T.C. 197, 224 (1987), "dissenting opinion" Richter Körner.

herein davon ausgeschlossen wäre, ein Versicherungsunternehmen zu sein, dessen - durch die Eigentümer veranlaßten - eingehenden Prämienzahlungen durch die Versicherungsnehmer abzugsfähig sind<sup>38</sup>. Außerhalb gerichtlicher Verfahren, im Revenue Ruling 78-338<sup>39</sup>, distanzierte sich die Finanzverwaltung von dem "economic family approach".

#### b) andere Betrachtungen des Konzerns als Einheit

Soweit sich die Urteile nicht auf den "economic family approach" der Finanzverwaltung stützen, werden andere Instrumente nutzbar gemacht, die zur Verweigerung der Prämienabzugsfähigkeit führen.

#### (aa) Umgehungsgeschäfte

Zum einen besteht aufgrund der §§ 267, 269, 482 I.R.C. die Möglichkeit, Umgehungsgeschäfte für nichtig (void) zu erklären. In keinem der entschiedenen Fälle konstatierten die Gerichte Umgehungsabsichten, sie fanden vielmehr beachtenswerte wirtschaftliche Gründe für die Gründung der Captives vor<sup>40</sup>. Trotzdem wird argumentiert, man nehme nur eine Umdeutung der Transaktionen vor (reclassifying)<sup>41</sup>, was im Ergebnis einer Anwendung von

---

<sup>38</sup> Gulf Oil Corp. v. Commissioner, 89 T.C. 1010, 1024 (1987).

<sup>39</sup> Revenue Ruling 78-338, 1978-2 C.B. 107; dazu siehe unten c).

<sup>40</sup> Im Fall Beech Aircraft Corp. v. United States, 797 F.2d 920 (10th Cir. 1986) wurden überhöhte Prämien in Höhe der abgezinsten Deckungssumme an die Captive gezahlt. Damit lag die Vermutung einer Steuerumgehung nahe und folglich auch eine Anwendung von § 482 I.R.C.

<sup>41</sup> Mobil Oil Corp. v. United States, 8 Cl.Ct. 555, 567 (1985); Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 84 T.C. 948, 960 (1985); kritisch dazu Bradley/Winslow (Fn. 4), S. 251.

§ 482 I.R.C.<sup>42</sup> gleichkommt.

(bb) "substance over form"

Ein weiteres Instrument, um zu einer Gesamtbetrachtung der intrakonzernellen Transaktionen zu gelangen, ist das "substance over form"-Argument. Es ist vergleichbar mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im deutschen Recht. Beim "substance over form"-Argument handelt es sich um eine Ausnahme zu dem in Moline Properties, Inc. v. Commissioner<sup>43</sup> entwickelten Grundsatz, daß die Selbständigkeit von Konzerngesellschaften grundsätzlich auch im Steuerrecht gilt. Voraussetzung für die Anwendung dieser Ausnahmeregelung ist, daß der Kongreß einen speziellen gesetzgeberischen Zweck verfolgt<sup>44</sup> oder die Notwendigkeit zur Unterdrückung von Steuerverkürzung (frauds) sieht<sup>45</sup>. Der Kongreß schweigt jedoch hinsichtlich der Besteuerung von Captive-Versicherungen. Ferner wurden mit der Captive weder Umgehungsgeschäfte (sham) vorgenommen, noch fehlte ein wirtschaftlicher Zweck für deren Gründung. Deshalb hätte die steuerrechtliche Selbständigkeit der Konzerngesellschaften respektiert werden müssen und die Ausnahmeregel, das "substance over form"-Argument, nicht angewendet werden dürfen.

---

<sup>42</sup> In § 482 I.R.C. heißt es: "In any case of two or more ... businesses ... owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate ... deductions ... between such ... businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such ... businesses."

<sup>43</sup> 319 U.S. 436, 439 (1943) m.w.N.; zuletzt Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247, 254 (6th Cir. 1989).

<sup>44</sup> Siehe Munson S.S. Line v. Commissioner, 77 F.2d 849 (2nd Cir. 1935), wo der gesetzgeberische Zweck die Förderung der Handelsmarine betraf.

<sup>45</sup> S. hierzu Continental Oil v. Jones, 113 F.2d 557 (10th Cir. 1940).

Ohne sich des "substance over form"-Arguments immer ausdrücklich zu bedienen, wird von den Gerichten der Gedanke einer besonderen wirtschaftlichen Betrachtung im Steuerrecht beibehalten. Das geschieht schon durch die zielbeschreibende Wortwahl: "form must give way to substance"<sup>46</sup>, "we should look through the form of the transaction to the substance"<sup>47</sup>, "substance of the transaction"<sup>48</sup>. Der konkurrierende Grundsatz der steuerrechtlichen Selbständigkeit von Konzerngesellschaften wird bei der Meinungsfindung übergangen, indem der Blick auf die in Helvering v. Le Gierse<sup>49</sup> entwickelten Versicherungselemente Risikoübertragung und Risikostreuung beschränkt wird<sup>50</sup>. Daß auch durch das schlichte Übergehen dieses Steuerrechtsgrundsatzes der Konflikt bestehen bleiben könnte<sup>51</sup>, wird entweder einfach verneint<sup>52</sup> oder erst gar nicht erwähnt.

#### (1) bestehende Vereinbarungen

Anfänglich wurde das "substance over form"-Argument dann angewendet, wenn bestimmte Vereinbarungen im Rahmen des Fronting mit einem unverbundenen Versicherungsunternehmen bestanden. Im

---

<sup>46</sup> Stearns-Roger Corp. v. United States, 774 F.2d 414, 416 (9th Cir. 1985); Beech Aircraft Corp. v. United States, 797 F.2d 920, 922 (10th Cir. 1986).

<sup>47</sup> Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247, 256 (6th Cir. 1989).

<sup>48</sup> Carnation Co. v. Commissioner, 640 F.2d 1010, 1013 (9th Cir. 1981).

<sup>49</sup> 312 U.S. 531 (1941).

<sup>50</sup> Zuletzt Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247, 255 (6th Cir. 1989).

<sup>51</sup> Siehe nur Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 84 T.C. 948, 967f (1984), "dissenting opinion" Richter Gerber.

<sup>52</sup> Carnation Co. v. Commissioner, 640 F.2d 1010, 1013 (9th Cir. 1981) ; Mobil Oil Corp. v. United States, 8 Cl.Ct. 555, 572 (1985); Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 84 T.C. 948, 960 (1985), 811 F.2d 1297, 1304, 1307 (9th Cir. 1987).

Fall Carnation Co. v. Commissioner war die Situation wie in Fall 2 der Verwaltungsverfügung 77-316: Im Rahmen des Fronting bestanden vertragliche Vereinbarungen zwischen der Muttergesellschaft und dem unverbundenen Fronter (Vereinbarung Nr. 1) sowie zwischen dem Fronter und der rückversichernden Captive (Vereinbarung Nr. 2). Nach den Urteilsgründen sollte entscheidend sein, daß der unverbundene Erstversicherer dem Fronting nur zustimmen wollte, wenn die Mutter für eine ausreichende Kapitalausstattung der Captive Sorge (Vereinbarung Nr. 3; quasi eine Freistellungsvereinbarung für den Fronter<sup>53</sup>). Das Gericht befand, daß die drei Vereinbarungen zusammen betrachtet sich neutralisieren. Deshalb könnten die Prämienanteile entsprechend der Höhe, in der mit der Captive rückversichert wird, keine abzugsfähigen Prämien sein.

## (2) Kapitalstruktur

Das Argument sich neutralisierender Vereinbarungen ist später auch dann benutzt worden, wenn keine Freistellungsvereinbarung bestand<sup>54</sup>. Die "majority" im Fall Clougherty Packing Co. v. Commissioner<sup>55</sup>, in dem keine Freistellungsvereinbarung festgestellt wurde, stützt sich bei ihrer Urteilsfindung auf die rechtliche Würdigung der Richter im Fall Carnation Co. v. Commissioner<sup>56</sup>, die wesentlich auf der vorhandenen Freistellungsvereinbarung beruhte. In Wirklichkeit wurde der Schwerpunkt darauf gelegt, daß die Captive kapitalmäßig mit den Versicherungsnehmern verbunden gewesen war. Die das Urteil

---

<sup>53</sup> So Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 84 T.C. 948, 966 (1985), "dissenting opinion" Richter Gerber.

<sup>54</sup> Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 84 T.C. 948, 953 (1985); Gulf Oil Corp. v. Commissioner, 914 F.2d 396, 412 (3rd Cir. 1990); dagegen wenden sich Bradley/Winslow (Fn. 4), S. 249.

<sup>55</sup> 84 T.C. 948, 953 (1985).

<sup>56</sup> 640 F.2d 1010, 1013 (9th Cir. 1981).

tragenden Richter geben erstaunlicherweise selber zu bedenken, daß bei einer breiteren Kapitalstreuung einer Captive möglicherweise ein anderes Ergebnis erwartet werden kann<sup>57</sup>. Damit wird die ältere Entscheidung nur als "Deckmantel" benutzt. Ferner wird in einem der "dissenting opinions" desselben Urteils von acht Richtern scharf kritisiert, daß in Wirklichkeit ein neuer Begründungsansatz gewählt werde, demzufolge Risikoübertragung zwischen verbundenen Unternehmen nicht möglich sei<sup>58</sup>. Die Finanzverwaltung entscheidet sich in der Verfügung 78-338<sup>59</sup> zugunsten einer Kapitalstrukturbetrachtung. Voraussetzung für die Abzugsfähigkeit von Captive-Prämien ist danach, daß die Captive mehrere versicherte Anteilseigner hat und keiner beherrschenden Einfluß (controlling interest) auf die Captive ausüben kann<sup>60</sup>.

### (3) bilanzielle Betrachtung

Verfeinert worden ist die Kapitalstrukturbetrachtung dadurch, daß die Auswirkungen einer Schadensregulierung durch die Captive auf die (Handels-<sup>61</sup>) Bilanz (financial statements) des Versicher-

---

<sup>57</sup> Clougherty Packing v. Commissioner, 84 T.C. 948, 959 (1985).

<sup>58</sup> Clougherty Packing v. Commissioner, 84 T.C. 948, 966f (1985).

<sup>59</sup> Revenue Ruling 78-338, 1987-2 C.B. 107; ebenso Revenue Ruling 80-120, 1980-1 C.B. 41.

<sup>60</sup> Daran lehnt sich die Entscheidung Crawford Fitting Co. v. United States, 606 F.Supp. 136 (D.C. Ohio 1985), an und kommt als einzige zu einer Anerkennung der Prämienabzugsfähigkeit. Kritik hat diese Entscheidung wegen der verkürzten Betrachtung der Beteiligungsverhältnisse erfahren: Zwar hatte der Versicherungsnehmer keine Anteile an der Captive, der Alleingesellschafter des Versicherungsnehmers hielt jedoch mittelbar 44,02% des Kapitals der Captive. Siehe zur Kritik Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 811 F.2d 1297, 1304 (9th Cir. 1987).

<sup>61</sup> Steuerrechtlich ist eine "affiliated Group" zur Konsolidierung nicht verpflichtet; es besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit zur Konsolidierung (siehe dazu §§ 1501, 1502 I.R.C.).

ten in den Mittelpunkt der Analyse gestellt werden: Im Versicherungsfall fließen Mittel von der Captive an den geschädigten Versicherungsnehmer ab. Die Muttergesellschaft als Gesellschafter der Captive hat den Wert der Captive in ihrer Bilanz in genau dieser Höhe herabzusetzen. Damit trage die versicherte Muttergesellschaft selbst das wirtschaftliche Risiko jedes bei ihr bestehenden Versicherungsfalles. Folglich fehle es an Risikoverlagerung<sup>62</sup>. Diese Betrachtungsweise habe zur Folge, daß im Verhältnis zu solchen Konzerngesellschaften, die nicht kapitalmäßig miteinander verbunden sind, Risikoverlagerung und Risikostreuung stattfinden. Das gelte regelmäßig für die Geschwisterebene der Tochtergesellschaften<sup>63</sup>. Die "majority" im Tax Court Humana Inc. v. Commissioner ist anderer Ansicht, da ein Geschwisterverhältnis durch einfache Konzernumstrukturierung erreicht werden könnte<sup>64</sup>. Dem wird vom Revisionsgericht entgegengehalten, daß es für eine Umstrukturierung aus legitimen Geschäftsgründen irrelevant sei, wenn als Nebeneffekt die Captive-Prämien der Tochtergesellschaften abzugsfähig werden<sup>65</sup>.

### c) Risikoportefeuille

Zuletzt ist zu betrachten, welche Bedeutung der Zusammensetzung des Risikoportefeuilles beigemessen wird. Die US-amerikanische Finanzverwaltung ist zwischenzeitlich der Ansicht, daß es gemäß der Versicherungstheorie für das Vorliegen von Risikoübertragung

---

<sup>62</sup> Crawford Fitting Co. v. United States, 606 F.Supp. 136, 146 (D.C. Ohio 1985); Mobil Oil Corp. v. United States, 8 Cl.Ct. 555, 566 (1985); Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 811 F.2d 1297, 1305 (9th Cir. 1987); Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247, 253 (6th Cir. 1989).

<sup>63</sup> So erstmalig sechs Richter in der "dissenting opinion" in Humana Inc. v. Commissioner, 88 T.C. 197, 224 (1987), in der Revisionsentscheidung, 881 F.2d 247, 257. (6th Cir. 1989), mehrheitsfähig.

<sup>64</sup> Humana Inc. v. Commissioner, 88 T.C. 197, 213 (1987).

<sup>65</sup> Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247, 256 (6th Cir. 1989).

und Risikostreuung auf das Vorhandensein von Risiken unverbundener Versicherungsnehmer im Risikoportefeuille der Captive ankomme<sup>66</sup>. Der Tax Court von Gulf Oil Corp. v. Commissioner<sup>67</sup> geht noch einen Schritt weiter. Dort setzt sich erstmalig und bislang einzig die Ansicht durch, daß es für die Frage nach dem Vorliegen von "Versicherung" innerhalb eines Konzerns auf die Höhe nichtkorrelierter (unrelated) Risiken ankomme<sup>68</sup>. Dabei müßten nichtkorrelierte Risiken aber nicht notwendigerweise solche unverbundener Personen sein<sup>69</sup>. Nur bei ausreichend großer Anzahl nichtkorrelierter Risiken sei das Gesetz der großen Zahl anwendbar und führe zu Risikoübertragung und Risikostreuung<sup>70</sup>. Das Gericht kann nicht angeben, welche Anzahl ausreichend ist; 2%

---

<sup>66</sup> General Counsel Memorandum 38,136 (12.10.1979); siehe ebenso Private Letter Ruling 81-11-087 (18.12.1980) und Private Letter Ruling 82-15-066 (25.11.1981), die ebenfalls die Risikostreuung in den Mittelpunkt stellen. Mit dem Widerruf von General Counsel Memorandum 38,136 durch General Counsel Memorandum 39, 247 (27.6.1984) kündigt sich eine Rückwendung in der Haltung der Finanzverwaltung an.

<sup>67</sup> Bemerkenswert ist, daß diejenigen Richter, die in der 11 Monate zuvor ergangenen Entscheidung Humana Inc. v. Commissioner, 88 T.C. 197, 219ff (1987), das "dissenting" verfaßten, sich in diesem Fall als "majority" durchsetzen können.

<sup>68</sup> Die Äußerung der "majority opinion" in Clougherty Packing Co. v. Commssioner, 84 T.C. 948, 960/961 (1985), nicht über Szenarien mit Risiken unverbundener Dritter spekulieren zu wollen, weist in diese Richtung. Das Revisionsgericht, 811 F.2d 1297, 1300 (9th Cir. 1987), hält nichtkorrelierte Risiken nur bezüglich Risikostreuung für ausschlaggebend.

<sup>69</sup> Gulf Oil Corp. v. Commissioner, 89 T.C. 1010, 1026f (1987).

<sup>70</sup> In Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247, 257 Fn. 4 (6th Cir. 1989), sowie in einer "concurring opinion" von Gulf Oil Corp. v. Commissioner, 89 T.C. 1010, 1033 (1987), wird kritisiert, daß die beiden Versicherungselemente Risikoübertragung und Risikostreuung nicht voneinander getrennt behandelt werden; in einer anderen "concurring opinion" dieser Entscheidung, 89 T.C. 1010, 1041 (1987), wird darüber hinaus die Ansicht vertreten, daß Drittrisiken für diese Versicherungselemente ohne Bedeutung sind; desgleichen die Sachverständigen Plotkin und Stewart in dieser Entscheidung, 89 T.C. 1010, 1031 bzw. 1041 (1987). Ebenso Barker, Captive (Fn. 4), S. 324.

seien jedenfalls zu wenig<sup>71</sup>.

## II. Captives im deutschen Körperschaftsteuerrecht

Im Anschluß an die US-amerikanische steuerrechtliche Position ist es aufschlußreich zu erörtern, wie die Rechtslage bezüglich der Absetzbarkeit von Prämien ist, die von deutschen Versicherungsnehmern an eine Captive in Deutschland geleistet werden. Im deutschen Recht lautet die Frage, ob Captive-Prämien als Betriebsausgaben gem. § 4 IV EStG i.V.m. § 8 I KStG durch die konzernzugehörigen Versicherungsnehmer abzugsfähig sind. Die Frage der Steuerabzugsfähigkeit hängt zum einen davon ab, ob die Captive als Versicherungsunternehmen i.S.d. KStG angesehen werden kann. Zum anderen muß zwischen den konzernzugehörigen Versicherungsnehmern und der ebenfalls konzernzugehörigen Captive Fremdversicherung i.S.d. Körperschaftsteuerrechts bestehen<sup>72</sup>.

### 1. Versicherungsunternehmen i.S.d. KStG

Für die Frage nach einem Versicherungsunternehmen i.S.d. KStG kommt dem Versicherungsbegriff zentrale Bedeutung zu. Legal definiert wurde "Versicherung" bislang nicht. Wegen der unterschiedlichen Funktionen der Normen, in denen der Versicherungsbegriff Verwendung findet, kann es eine allgemeingültige rechtswissenschaftliche Definition nicht geben.

Der RFH hat in seinem Gutachten vom 24.3.1925<sup>73</sup> Voraussetzungen benannt, die für die Anerkennung einer Versicherungsgesellschaft i.S.d. Steuerrechts unerläßlich sind. Danach muß zunächst das Versicherungsunternehmen in die Form einer juristischen

---

<sup>71</sup> Gulf Oil Corp. v. Commissioner, 89 T.C. 1010, 1028 (1987).

<sup>72</sup> Vgl. RFH in RFHE 31, 303.

<sup>73</sup> RFHE 16, 31.

Person gekleidet sein. Ferner müsse das Versicherungsgeschäft "geschäftsmäßig" betrieben werden, d.h. Kalkulation auf der Grundlage des Gesetzes der großen Zahl mit einer ausreichend großen Gefahrengemeinschaft. Schließlich sei erforderlich, daß der Versicherungsnehmer einen Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme erlangt<sup>74</sup>. Eine Captive, die wie ein traditionelles Versicherungsunternehmen geführt wird, kann diese Voraussetzungen grundsätzlich erfüllen.

## 2. Fremdversicherung oder Selbstversicherung im Konzern

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob zwischen der Captive und den konzernzugehörigen Versicherungsnehmern Fremdversicherung bestehen kann. Sollte es sich um interne Selbstversicherung handeln, liege keine "echte" Versicherung vor; gezahlte Prämien wären dann nicht als Betriebsausgaben abzugsfähig<sup>75</sup>.

Der RFH hat sich in den 30er Jahren mehrfach mit der Abgrenzungsfrage beschäftigt, wann mittels einer 100%igen Tochtergesellschaft im Verhältnis zu den anderen konzernzugehörigen Versicherungsnehmern Fremdversicherung im körperschaftsteuerrechtlichen Sinne bestehen kann<sup>76</sup>. Organschaft im Sinne einer Eingliederung in der Art einer bloßen Geschäftsabteilung hindere Fremdversicherung nicht, da die Konzerngesellschaften juristisch selbständig sind. Neben der juristischen Selbständigkeit sei ferner erforderlich, daß eine Gefahrengemeinschaft besteht, über die die Wirtschaftssubjekte zu einem Risikoausgleich gelangen. Schließlich müsse die Versicherungsprämie in das Vermögen des Versicherers übergehen und Schäden aus diesem gedeckt werden<sup>77</sup>. Diese Kriterien sind durch eine Captive erfüllbar. Anders als

---

<sup>74</sup> Vgl. die insoweit ähnliche Definition eines Versicherungsunternehmens i.S.d. § 1 I VAG in BVerwGE 75, 155 (159/160).

<sup>75</sup> Siehe nur RFH RStBl. 1938, 276, 277.

<sup>76</sup> Zuletzt RStBl. 1938, 276.

<sup>77</sup> RFHE 31, 297 (303 ff).

nach der US-amerikanischen Rechtsprechung ist für den RFH die 100%ige Konzernzugehörigkeit von Captive und Versicherungsnehmer kein Hinderungsgrund, Fremdversicherung zwischen den Konzerngesellschaften festzustellen.

Zweifel bestehen aber, ob der Auffassung des RFH heute noch uneingeschränkt gefolgt werden kann. Ursache dafür ist zum einen, daß seit den 30er Jahren neue Erkenntnisse in der Rechts- wie den Wirtschaftswissenschaften gewonnen worden sind. Das betrifft das damals verhältnismäßig neuartige Wirtschaftsgebilde "Konzern"<sup>78</sup>, ökonomische Untersuchungen der Versicherung<sup>79</sup>, die wirtschaftliche Betrachtungsweise und die Organschaft<sup>80</sup>. Ferner haben sich die versicherungsrelevanten Bedingungen verändert. Die seit den 60er Jahren zunehmende Internationalisierung der Wirtschaft, eine Verschärfung der Rechtslage im Haftpflichtbereich<sup>81</sup> sowie daraus resultierende veränderte Versicherungsbedürfnisse führen zu zusätzlichem Kapazitätsbedarf. Neue Instrumente zur Risikobewältigung sind entwickelt worden, wozu insbesondere neue Formen der Captive-Versicherung wie Industry Captive und Open Market Captive zählen. Schließlich sind die Harmonisierung des Versicherungsaufsichtsrechts sowie die Liberalisierung des Verkehrs mit Dienstleistungen im Zuge der wirtschaftlichen Einigung Europas zu berücksichtigen.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> RFHE 31, 297 (304).

<sup>79</sup> Schmidt, Versicherungswissenschaft, in: Handwörterbuch der Versicherung, hrsg. von Farny u.a., 1988, S. 1243-1249 (1246).

<sup>80</sup> Siehe Emmerich, Konzernrecht, 3. Aufl. 1989, § 1 VI 1 c; Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 7. Aufl. 1989, § 20 III.

<sup>81</sup> Siehe Herzig (Fn. 19), S. 208; ProdHaftG v. 15.12.1989; inwieweit daneben die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zu § 823 BGB Anwendung finden, dazu Prey, Das Produkthaftungsgesetz: Die Produkthaftung vorher, das Gesetzgebungsverfahren und der Einfluß auf die bisherige Rechtsprechung zur Produkthaftung, Diss. 1990, S. 120; EG-Produkthaftungs-RL 85/374 Abl. L 210 v. 7.8.1985.

<sup>82</sup> Siehe dazu oben Fn. 13.

### 3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Die Frage nach dem Vorliegen eines fremdversicherungsrechtlichen Verhältnisses zwischen konzernierten Gesellschaften aufgrund der juristischen Selbständigkeit der Konzerngesellschaften ist für das Zivilrecht wegen der Rechtsfähigkeit der Konzerngesellschaften zu bejahen. Versicherungsrechtliche Verhältnisse kommen jedoch in verschiedenen Rechtsgebieten vor und können wegen der jeweils unterschiedlichen Funktion abweichende Voraussetzungen haben<sup>83</sup>. Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung ist das Zivilrecht<sup>84</sup>. Fraglich ist, ob für die Körperschaftsteuerrechtliche Beurteilung der Captive-Prämien allein die für die zivilrechtliche Subsumtion ausschlaggebende Rechtssubjektsqualität der Konzerngesellschaften zugrunde gelegt werden kann. Dabei würde die Einheit, die jeder Konzern aufgrund der kapitalmäßigen und organisatorischen Verbindung der Konzerngesellschaften darstellt, ohne Körperschaftsteuerrechtliche Auswirkung bleiben.

Eine im Körperschaftsteuerrecht abweichende inhaltliche Bestimmung eines "fremdversicherungsrechtlichen Verhältnisses" im Falle von Captive-Versicherung müßte von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gedeckt sein. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise dient dazu, die das Steuerrecht beherrschende materielle Wahrheit<sup>85</sup> zu erfassen und die Leistungsfähigkeit der Steuersub-

---

<sup>83</sup> "Versicherung" ist im VAG aufgrund dessen ordnungsrechtlicher Funktion weiter zu verstehen als im KStG, wo nicht der Gläubigerschutz der Versicherungsnehmer im Vordergrund steht, sondern die fiskalische Funktion; so RFHE 31, 303 (305); zum unterschiedlichen Inhalt des Versicherungsbegriffs im VAG und VermStG siehe RFHE 16, 31 (44).

<sup>84</sup> So zuletzt das BVerfG im Beschluß v. 10.4.1987, DB 1987, 2287 (2288).

<sup>85</sup> Spitaler, Zur steuerrechtlichen Beurteilung von Ordnungsstrafen, FR 1948, 111 (113); ähnlich von Wallis, Die Besteuerung von rechtsgeschäftlichen Treuhandverhältnissen, NJW 1957, 321 (322).

jekte zu ermitteln. Den Erscheinungen des Wirtschaftslebens wird Rechnung getragen<sup>86</sup>, indem bereits im Zivilrecht verwendete Begriffe und Sachverhalte teleologisch<sup>87</sup> ausgelegt werden. Umstritten ist die Tragweite der wirtschaftlichen Betrachtungsweise<sup>88</sup>. Zu dieser Auslegungsmöglichkeit werden die Folge-, Begriffskern- und qualifizierte Folgetheorie vertreten<sup>89</sup>. Der vermittelnden qualifizierten Folgetheorie des BVerfG folgend ist eine Abweichung vom zivilrechtlichen Begriffsinhalt mit überzeugenden Gründen in Ausnahmefällen zulässig<sup>90</sup>. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise kann sich auf die Gesetzesnorm wie auf den Sachverhalt auswirken<sup>91</sup>. Hier stellt sich die Frage, inwieweit der Sachverhalt "Prämienabsetzbarkeit im Konzern" den normativen Vorgaben des § 4 IV EStG i.V.m. § 8 I KStG gerecht wird.

Eine teleologische Auslegung von § 8 I KStG, der die Einkommensermittlung betrifft, hat bei dessen fiskalischem Zweck anzusetzen. Dieser liegt in der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung der Steuergerechtigkeit. Fraglich ist, ob nicht die kapitalmäßige Verflechtung von Captive und Versicherungsnehmer zu einer Gesamtbetrachtung der Konzerngesellschaften führen muß, die ihre Begründung im fiskalischen Zweck von § 8 I KStG hat. Ein ungerechtfertigter Betriebsausgabenabzug würde diesen fiskalischen Zweck verei-

---

<sup>86</sup> Fürst, Die Steuern als Objekt betriebswirtschaftlicher Forschung, in: Von der Anwendung der Steuergesetze (Hrsg. Felix), 1958, S. 97.

<sup>87</sup> Tipke/Lang, Steuerrecht, 13. Aufl. 1991, § 5 B 3.

<sup>88</sup> Zur Entwicklung dieser Frage siehe von Wallis, Zur Selbständigkeit der Begriffsbildung im Steuerrecht, in: Die Auslegung der Steuergesetze in Wissenschaft und Praxis, 1965, S. 208 (211); ders., Bürgerliches Recht und Steuerrecht, in: Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften, 2. Aufl. 1981, Bd. 1, S. 301 (302).

<sup>89</sup> Dazu Tipke/Lang (Fn. 87), § 5 B 3 m.w.N.

<sup>90</sup> BVerfG DB 1987, 2287 (2288).

<sup>91</sup> Hübschmann, Die Problematik der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, in: Gegenwartsfragen des Steuerrechts, Festschrift für Spitaler, 1958, S. 107 (113).

teln; denn Betriebsausgaben verringern den zu versteuernden Gewinn, indem für die Gewinnermittlung die betrieblich veranlaßten Ausgaben von den Erträgen abgezogen werden. Ein Betriebsausgabenabzug für Ausgaben infolge eines versicherungsrechtlichen Verhältnisses zwischen Konzerngesellschaften kann nur zulässig sein, wenn die Captive das Versicherungsbedürfnis des Versicherungsnehmers in gleicher Weise befriedigt wie ein unverbundenes Versicherungsunternehmen. Dabei ist festzuhalten, daß der BFH in ständiger Rechtsprechung intrakonzernelle Transaktionen auf der vertikalen wie auf der horizontalen Ebene körperschaftsteuerrechtlich anerkennt, wenn sie nach kaufmännischen Grundsätzen unter Ausschaltung gesellschaftsrechtlicher Einflüsse vorgenommen worden sind<sup>92</sup>.

Im Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und unverbundenem Versicherer steht bei der Überprüfung eines versicherungsrechtlichen Verhältnisses das schuldrechtliche Verhältnis im Mittelpunkt. Bei der Captive-Versicherung muß eine ökonomisch-funktionale Überprüfung hinzukommen.

### III. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich für die USA feststellen, daß die US-amerikanischen Gerichte in der Frage des Betriebsausgabenabzugs von Captive-Prämien keine überzeugende Rechtsprechung hervorbringen konnten. Ganz im Gegenteil. Seit der Entscheidung Clougherty Packing Corp. v. Commissioner<sup>93</sup> gehen die Ansichten in den Kollegialgerichten immer weiter auseinander, was durch eine drastische Zunahme abweichender Sondervoten deutlich wird. Der Grad der Unzufriedenheit einzelner Richter mit den ergangenen Entscheidungen mag an zwei Beispielen demonstriert werden. Richter Anderson ist der Ansicht, daß Clougherty Packing Co. der

---

<sup>92</sup> Zu den Ausnahmen s. nur BFH BStBl. 1971 II, 409 (410) und 463 (463).

<sup>93</sup> 84 T.C. 948 (1985).

Abzug als Betriebsausgaben erlaubt werden sollte, denn "[i]n short, it looks like insurance, feels like insurance, and smells like insurance, but under the holding, it isn't!"<sup>94</sup>. Richter Körner beruft sich auf die Unabhängigkeitserklärung als Autorität, um seinen Anspruch auf eine tragfähige Begründung für die ergangene Entscheidung einzufordern, indem er sein "dissenting" schließt: "If the majority is to accomplish the fell deed here, 'a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them'<sup>95</sup> to such a result."<sup>96</sup>

Nach der Analyse der US-amerikanischen Gerichtsurteile kommen Zweifel auf, ob dem mehrheitlich eingeschlagenen Weg zur steuerrechtlichen Einordnung der Captive als interne Selbstversicherung gefolgt werden sollte. Zwei unterschiedliche Argumentationsrichtungen haben sich herauskristallisiert. Auf der einen Seite steht die bilanzielle Betrachtung<sup>97</sup>, auf der anderen die Betrachtung der Zusammensetzung des Risikoportefeuilles<sup>98</sup>. Ursache für die immer weniger einheitliche Haltung der Gerichte ist die angewendete Versicherungsdefinition. Für die im Fall Helvering v. Le Gierse zu entscheidende Rechtsfrage war sie geeignet. Für die Frage, wann unter Konzerngesellschaften Versicherung bestehen kann, ist sie zu eng und deshalb wenig brauchbar. Es muß anhand versicherungstechnischer Gesichtspunkte festgestellt werden, wann eine Vereinbarung zwischen Konzerngesellschaften steuerrechtlich als Versicherung betrachtet werden kann. Damit wird es überflüssig werden, zweifelhafte Korrekturinstrumente wie "economic family approach" oder "substance over form" einzusetzen.

---

<sup>94</sup> Clougherty Packing Co. v. Commissioner, 811 F.2d 1297, 1307 (9th Cir. 1987).

<sup>95</sup> Aus: T. Jefferson, The Declaration of Independence (1776).

<sup>96</sup> Humana Inc. v. Commissioner, 88 T.C. 197, 224 (1987).

<sup>97</sup> Letztmalig in der Entscheidung Humana Inc. v. Commissioner, 881 F.2d 247 (6th Cir. 1989).

<sup>98</sup> Siehe die Entscheidung Gulf Oil Corp. v. Commissioner, 89 T.C. 396 (3rd Cir. 1990).

Die in Deutschland durch den RFH geprägte Rechtslage ist in ihrem Ansatzpunkt ähnlich der in den USA. Beide Rechtssysteme gehen grundsätzlich von der Steuerrechtsfähigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften aus. Im Gegensatz zu den US-amerikanischen Gerichten erkennt der RFH Fremdversicherung selbst zwischen Gesellschaften eines Organverhältnisses an<sup>99</sup>. Dabei beruft sich der RFH auf die Rechtsfähigkeit juristischer Personen. Damit setzt er ausschließlich auf die zivilrechtliche Ordnung, anstatt eine wirtschaftlich orientierte Beurteilung für diese steuerrechtliche Frage zuzulassen. Ausschlaggebend für diese Haltung ist letztlich wohl die besondere Bedeutung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen in der zivilrechtlichen Ordnung<sup>100</sup>.

#### IV. Schlußfolgerung

Die Captive-Problematik ist letztlich eine Folge des existenten, bislang jedoch nur unzureichend erfaßten Phänomens des Konzerns<sup>101</sup>: Die Captive als Tochtergesellschaft befindet sich in dem Spannungsfeld, einerseits selbständige juristische Person zu sein, andererseits aber auch Teil eines Konzerns, der zumindest wirtschaftlich eine Einheit bildet. Daraus stellt sich für beide Rechtssysteme die Frage, inwieweit bei dieser Ambivalenz die

---

<sup>99</sup> RFHE 31, 303 (304).

<sup>100</sup> Vgl. auch BVerfGE 13, 331 (339f), wo das BVerfG im Zusammenhang mit dem Durchgriff bei Kapitalgesellschaften spricht von einem "schweren Eingriff in eine Grundform unserer Rechtsordnung" und einem Durchbruch der zivilrechtlichen Ordnung an einer Stelle, "die ihre eigentliche rechtliche Bedeutung ausmacht".

<sup>101</sup> Ebke, Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, in: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, hrsg. von Mestmäcker/Behrens (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik; Bd. 110, 1991) 279-327; Lutter, Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, ZGR 16 (1987) 324-369.

Voraussetzungen für versicherungsrechtliche Verhältnisse i.S.d. Steuerrechts vorliegen können, wenn Versicherungsnehmer und Captive demselben Konzern angehören.

Die Analyse der deutschen wie der US-amerikanischen Rechtslage führt für beide Rechtssysteme zu dem Schluß, daß zunächst ökonomisch der Unterschied von externer Selbstversicherung (Captive-Versicherung) und Fremdversicherung herauszuarbeiten ist. Dazu bedarf es einer ökonomischen Analyse dieser beiden Versicherungsformen: Welche Elemente konstituieren aus ökonomischer Sicht "echte" Versicherung, welche bewirken Risikoübertragung und Risikostreuung? Welche Rolle spielt dabei der Gefahrengemeinschaft? Und wann liegen sie vor? Ausgangspunkt ist dabei das mit der Teleologie des Betriebsausgabenabzugs (§ 4 IV EStG) korrespondierende elementare Interesse des Versicherungsnehmers an einem wirksamen Versicherungsschutz. Der Vergleich zwischen den beiden Versicherungsformen wird dann im Einzelfall zeigen, inwieweit die gewählte Form der Captive-Versicherung der traditionellen Versicherung gleichwertig ist. Nur bei Gleichwertigkeit ist der Betriebsausgabenabzug ungeachtet der Rechtspersönlichkeit der Konzerngesellschaften zuzulassen. Insoweit sich Unterschiede zwischen Captive-Versicherung und Fremdversicherung ergeben, müssen sie in der steuerrechtlichen Diskussion durchschlagend sein.

#### **D. Ökonomische Analyse der Captive- und Fremdversicherung**

Schadensverluste aus Zufallsrisiken gehören zu den unvermeidbaren Kosten der Geschäftstätigkeit und sind als Betriebsausgaben von der Einkommensteuer absetzbar. Langfristig nehmen die erwarteten Durchschnittsverluste einer Periode nur einen kleinen Teil des Nettoeinkommens eines Unternehmens in Anspruch. Jedoch können die tatsächlichen Schadensverluste einer einzigen Periode beträchtlich sein und möglicherweise die Existenz des Unternehmens gefährden. Sollte das Unternehmen nur Schadensverluste bei ihrem Eintritt als Betriebsausgaben geltend machen, dann könnten

die gehäuften Schadensfälle einer Periode zur Insolvenz führen und den Vorteil des Betriebsausgabenabzugs vernichten; oder ein Unternehmen wird wegen erwarteter Einkommensschwankungen durch diese Schadensverluste erst gar nicht gegründet. Dies macht die Bewältigung der Schadensverluste aus Zufallsrisiken zu einer wichtigen Geschäftsaufgabe.

Die traditionelle Versicherung ist die übliche Methode, um versicherbare Verluste zu finanzieren. Sie ersetzt die Schadensverteilung des Unternehmens durch einen im Grunde genommen sicheren Verlust, d.h. gleich dem versicherungsmathematischen Wert der Prämie plus Verwaltungs-, Akquisition- und Vermittlungsgebühren (loading fees). Während der Vertragsperiode wird dadurch die Varianz<sup>102</sup> der Schadensquote des Unternehmens stark reduziert<sup>103</sup>. Die gezahlten Versicherungsprämien können als steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben geltend gemacht werden.

Die konzernverbundene Versicherung ist eine andere Methode, um die Verluste aus Vermögens-, Haftpflicht- und sonstigen Schäden zu bewältigen. Sie erfolgt über systematische Zahlungen an eine konzernverbundene Versicherungstochter. Die Captive-Versicherung wird meistens in Verbindung mit traditioneller Versicherung gestaltet und oft eingesetzt für den Bereich der schwer zu versichernden oder unversicherbaren Risiken (risks of catastrophic loss). In den meisten Fällen wurde aber die Absetzbarkeit der an Captives gezahlten Prämien mit der Begründung verweigert, die Risiken wären nicht übertragen worden und die konzernverbundene Versicherung ermögliche keinen hinreichenden Risikoausgleich; deswegen liege keine Versicherung vor.

---

<sup>102</sup> Die Varianz ist ein Risikomaß, das die Streuung der Abweichungsmöglichkeiten vom Mittel- oder Erwartungswert einer Verteilung beschreibt. Je höher die Varianz der technischen Ergebnisse, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß die tatsächlichen Ergebnisse vom ihrem Mittelwert abweichen werden.

<sup>103</sup> Die üblichen Versicherungsvertragsklauseln in der Form von maximalen Deckungslimiten und Selbstbehaltsbestimmungen machen eine vollständige Ausschaltung dieser Varianz nahezu unmöglich.

## **I. Versicherung und Grenzen der Versicherbarkeit<sup>104</sup>**

### **1. Die Allokationsfunktion der traditionellen Versicherung**

Wirtschaftssubjekte, insbesondere Unternehmen, können die bei ihren Aktivitäten anfallenden Risiken nicht allein tragen. Versicherer übernehmen ein Stück Unsicherheit dieser Unternehmen. Das führt dazu, daß die letzteren sich auf ihre unternehmerischen Aktivitäten konzentrieren können und für das Einzelunternehmen ansonsten vielleicht zu riskante Realinvestitionen getätigt werden.

Versicherungsunternehmen sind Finanzintermediäre, die sich auf das Sammeln und Weitergeben von Risiken spezialisiert haben. Ihre Spezialisierung verschafft ihnen komparative Informationsvorteile bezüglich der Bewertung von Häufigkeit, Umfang und Korrelation der Risiken. Die Großzahl der gesammelten Risiken bewirkt dabei Skalenerträge. Die Versicherung wirkt wohlfahrtssteigernd, indem der Versicherer die auf ihn überwälzten Risiken zu niedrigeren Kosten als der Versicherte tragen kann. Das Versicherungsunternehmen strebt bei dieser Spezialisierung auf Risikofinanzierung einen Gewinn an, das versicherte Unternehmen kann sich jetzt in riskanten Aktivitäten engagieren, auf die es sich sonst nicht oder nur unter einer beschränkten Form eingelassen hätte. Die Produktionsaktivität und die Aktivität des Risikotragens werden getrennt, indem sie von den Wirtschaftssubjekten betrieben werden, die dazu am besten befähigt sind.

### **2. Grenzen der Versicherbarkeit**

Die Möglichkeiten zur Risikoübertragung an Versicherungsintermediäre sind begrenzt. Erstens ist die Reichweite der Ver-

---

<sup>104</sup> Allgemein dazu Arrow, Aspects of the Theory of Risk-Bearing, 1965, 3. Vorlesung.

sicherung beschränkt. Viele Risiken werden als "unversicherbar" (risks of catastrophic loss) angesehen. Die Versicherbarkeit eines Risikos ist relativ und hängt von der Kapazität und den Diversifikationsmöglichkeiten der einzelnen Versicherer ab. Das internationale Versicherungssyndikat Lloyd's of London kann fast jedes Risiko im Markt plazieren: Bei Katastrophenrisiken werden die Marktprämien jedoch exorbitant hoch.

Zweitens beschränkt sich die Versicherungsdeckung meistens auf einen bestimmten Betrag (maximum coverage limit) und knüpft die Entschädigung an vertraglich festgelegte Bedingungen und Umstände an. Eine Versicherungsdeckung gegen Feuerschäden ist oft auf den Betrag der tatsächlichen Verluste (Primärschäden) begrenzt; die Folgeschäden (consequential losses; z.B. Produktionsausfall, Lieferungsverzögerung oder Gewinnentgang) werden nicht gedeckt. Angesichts dessen, daß der Versicherer Schwierigkeiten hat, mittelbare Schäden zu schätzen, wird der Versicherungsvertrag eine maximale Deckungssumme aufweisen.

Drittens kann der Abschluß eines Versicherungsvertrags den Versicherten zum opportunistischen Verhalten anreizen und den Versicherungsfall herbeiführen. Dieses moralische Risiko (moral hazard) wird der Versicherer über die vertragliche Festlegung von Selbstbeteiligungsklauseln, maximalen Deckungslimiten, Inspektionsbedingungen und aufgezwungenen Risikopräventivmaßnahmen zu entgehen versuchen.

Die oben erwähnten Gründe erläutern die Grenzen der Versicherbarkeit und die beschränkte Möglichkeit zum Risikotransfer an den Markt. Das versicherte Unternehmen überträgt zwar einen Teil seiner Risiken auf den Versicherungsmarkt, es bleibt aber einem Restrisiko ausgesetzt, das - je nach dem spezifischen Umstand oder Geschäftsbereich - stark variieren kann. Auch das Versicherungsunternehmen versucht, diese schwer zu bewertenden Risiken, die sie teilweise in ihr Portefeuille aufgenommen hat, zu minimieren. Dies ist ein Grund für die Existenz der Rück- und Mitversicherung. Eine größere und stärker aufgefächerte Rückversi-

cherungsübergabe an den weltweiten Rückversicherungsmarkt erlaubt auch für diese Risiken eine gewisse Streuung und Übertragung<sup>105</sup>. In Fällen, in denen das Fehlen der Risikoübertragung die Tätigkeit wohlfahrtssteigernder Investitionen verhindert, andererseits aber negative Anreize die Ineffizienz eines vollständigen Risikotransfers bewirken, kann die Mitversicherung als Mechanismus der partiellen Risikoübertragung zu einer Lösung beitragen: Mehrere Versicherer beteiligen sich an der Finanzierung eines Risikos. In diesem Zusammenhang sind die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit zu erwähnen. Diese haben als Besonderheit, daß die Mitglieder, die den Verein tragen, zugleich seine Versicherten sind. In spezifischen Risikobereichen, die durch ein erhebliches moralisches Risiko geprägt sind, kann diese Form eine effiziente Risikoübertragung bewirken.

## II. Implikationen für die konzernverbundene Versicherung

### 1. Bereich der homogenen Risiken

#### a) Risikoübertragung und Risikostreuung

Traditionelle Versicherungsunternehmen sind in der Lage, Versicherungsdeckung anzubieten, weil sie die finanzielle Stärke haben, versicherbare Verluste zu entschädigen. Die Versicherer verlassen sich auf ihre Fähigkeit, unabhängige (nichtkorrelierte) Risiken zusammenzubringen, und reduzieren auf diese Weise die Schwankungen ihrer Betriebs- oder technischen Ergebnisse. Das Gesetz der Großen Zahl führt dazu, daß die Varianz dieser technischen Ergebnisse mit der Anzahl übernommener Risiken abnimmt.

Eine große Anzahl von homogenen und unabhängigen Risiken be-

---

<sup>105</sup> "...reinsurance is simply an institutional response to avoid bankruptcy which a large policy would impose on the insurance firm.", Mayers/Smith, Contractual Provisions, Organizational Structure, and Conflict Control in Insurance Markets, J.Bus. 1981, 429-430.

wirkt eine weitgehende Risikostreuung. Die Tatsache, daß das Versicherungsunternehmen eine wirksame Streuung erreicht hat und der Versicherungsnehmer die Entschädigung seiner Risiken auf den Versicherer abgewälzt hat, ermöglicht eine Risikoübertragung. Das Augenmerk des Versicherungsnehmers verlagert sich auf die Planung der zu zahlenden Prämien. Die Prämien entsprechen dem Erwartungswert der Schäden. Das Restrisiko, d.h. jenes Risiko, das in einer Periode die Prämie übersteigt, wurde auf das Versicherungsunternehmen übertragen<sup>106</sup>. Wichtig ist festzuhalten, daß das Unternehmen noch immer die finanziellen Folgen der erwarteten versicherten Schäden trägt. Jedoch sind sie jetzt durch den versicherungsmathematischen Wert der Prämie "fixiert" worden.

Entscheidend ist, daß viele Großunternehmen eine hinreichend große Anzahl unabhängiger Risiken haben, so daß sie einen Risikoausgleich erreichen. Wenn die konzernverbundene Versicherungsgesellschaft in der Lage ist, die Risiko/Rendite-Charakteristika des konventionellen Versicherers zu duplizieren, ist die für die steuerliche Absetzbarkeit herangezogene Aufspaltung zwischen Fremdversicherung und konzernverbundener Versicherung unangemessen<sup>107</sup>. Risikoausgleich über Zeit und Zahl der Risiken innerhalb eines Konzerns kann das bei der Captive verbleibende Restrisiko erheblich einschränken in dem Sinne, daß auch innerhalb der Konzerngruppe die erwarteten Schäden dem versicherungsmathematischen Wert der an die Captive gezahlten Prämien entsprechen. Damit wird die Varianz der technischen Ergebnisse der Captive minimiert. Ein effektiver konzerninterner Risikoausgleich ermöglicht es, daß die Risiken tatsächlich an die Captive übertragen werden.

#### b) Zeichnen von Drittgeschäft

---

<sup>106</sup> Eine (partielle) Übertragung des Restrisikos an das Versicherungsunternehmen reduziert die Varianz der Schadensverteilung des Versicherten.

<sup>107</sup> Siehe Hofflander/Nye, Self-Insurance, Captives and Income Taxation, J.Risk & Ins. 1984, 702-709.

Die unklare Interpretation der Begriffe Risikoübertragung und Risikostreuung durch die US-amerikanische Finanzverwaltung und die Gerichte sowie die Tatsache, daß nur im Falle Crawford Fitting Corp. v. United States<sup>108</sup> die Absetzbarkeit anerkannt wurde, haben dazu geführt, daß viele Captives Drittgeschäft (konzernfremde Risiken) zeichnen. Wenn die Captive jedoch konzernfremdes Geschäft mit einer höheren Varianz als der Varianz der konzerneigenen Risiken zeichnet, dann kann die Schadensverteilung der Captive eine größere Varianz als die von konzerneigenen Risiken aufweisen. Die aufgetretenen finanziellen Schwierigkeiten von manchen Captives weisen in diese Richtung. Das Zeichnen von Drittgeschäft hatte in diesen Fällen keine Übertragung des konzerninternen Restrisikos zur Folge, sondern eine Übertragung von konzernfremden Restrisiken auf die Captive. Diversifikation von Risiken mittels Versicherung, die nicht zur "economic family" gehören, ist keine unbedingte Garantie für Stabilität und insbesondere nicht für einen tatsächlichen Risikotransfer. Entscheidendes Merkmal für Risikoausgleich ist die Korrelation zwischen den einzelnen Risiken: Nur eine negative oder schwache Korrelation kann die Varianz der Schadensverteilung reduzieren. Falls die Captive über das Zeichnen von Fremdgeschäft die für die Prämienabsetzbarkeit erforderliche Risikoübertragung und Risikostreuung erreichen möchte, sollten die möglichen Diversifikationsvorteile tunlichst mit Vorsicht überprüft werden<sup>109</sup>.

### c) Risikoportefeuille und Restrisiko der Captive

Wenn die Captive versicherbare Risiken übernimmt, soll für das Vorliegen oder Fehlen von Versicherung das Maß der konzerninternen Risikostreuung herangezogen werden. Falls es der Cap-

---

<sup>108</sup> 606 F.Supp. 136 (D.C. Ohio 1985).

<sup>109</sup> Siehe dazu Smith, Analyzing the Tax Deductibility of Premiums Paid to Captive Insurers, J.Risk & Ins. 1986, 85-103.

tive gelingt, die Häufigkeit, den Umfang und die Korrelation von Risiken abzuschätzen und sie deren Erwartungswert durch einen weitgehenden konzerneninternen Risikoausgleich (großes Volumen von relativ unabhängigen Risiken) als Grundlage für die Höhe der an die Captive zu zahlenden Prämien nehmen kann, wird auch die für das Vorliegen einer Versicherungstransaktion notwendige Risikoübertragung erreicht werden. Für den Bereich der versicherbaren Risiken ist also nicht die Kapitalstruktur der Captive, sondern ihre Prämienstruktur (Risikoportefeuille) entscheidend.

Das verbleibende Restrisiko kann unter Umständen durch das Zeichnen von Drittgeschäft und auf jeden Fall durch Rückversicherungsübergabe zur Erreichung des Risikotransfers beitragen. Insofern sind für den Bereich der Risiken, die mit versicherungsmathematischer Genauigkeit bewertet werden können, Risikoübertragung und Risikostreuung verbundene Begriffe.

## **2. Bereich der Katastrophenrisiken**

### a) Bewältigung durch traditionelle Erst- und Rückversicherer

Die konzernverbundene Versicherung wird oft für den Bereich der schwer zu versichernden oder unversicherbaren Risiken eingesetzt: dazu gehören unter anderem Produkt- und Umweltschadens-Haftpflicht, Seefahrt- und Luftverkehrsrisiken<sup>110</sup>, Erdbebenrisiken und manche Folgeschäden bei Vermögensschäden. Entscheidende Merkmale dieses Risikobereichs sind die beschränkten Möglichkeiten für das einzelne Versicherungsunternehmen, eine weitgehende Streuung ihres Portefeuilles und eine beträchtliche Reduzierung ihrer technischen Varianz zu erreichen. Das Gesetz der Großen Zahl hat in diesem Bereich kaum Bedeutung, denn diese Risiken weisen oft eine stärkere Korrelation (gegenseitige Abhängigkeit) und eine große Heterogenität auf.

---

<sup>110</sup> Dazu Landry, The Impact of the Insurance Liability Problem on the Airline Industry, Transp. Quart. 41 1987, 97-103.

Trotz Fehlens der weitgehenden Streuungsmöglichkeiten haben die traditionellen Versicherer Wege gefunden, für diesen Risikobereich das Restrisiko ohne nennenswerten Risikoausgleich zu überwinden. Die Weitergabe an den weltweiten Rückversicherungsmarkt erlaubt es den Erst- und Rückversicherern, Risiken mit geringer Häufigkeit und großem Umfang (low probability risks of great magnitude) zu übertragen. Für geographisch und produktmäßig spezialisierte Versicherer gewinnt der Rückversicherungsbedarf noch an Bedeutung. Eine größere Rückversicherungsübergabe kann auch durch gesetzliche Bestimmungen veranlaßt werden, wenn das Versicherungsunternehmen einem Nettoprämien/Kapital-Verhältnis unterliegt und es beim konstanten Kapital trotzdem mehr Bruttoprämien zeichnen möchte. Die Rückversicherer haben sich über die Jahre spezialisiert auf die Finanzierung von Katastrophenrisiken und Restrisiken mit geringer Häufigkeit und großem Umfang. Ihre dabei erworbenen komparativen Informationsvorteile sind für den einzelnen Erstversicherer manchmal eine Ausgangsbasis für Risikobewertung und Prämienberechnung.

#### b) Partielle Risikoübertragung bei der Captive

Auch die Captive kann auf diese Weise ihr Restrisiko erheblich einschränken und ihre Zahlungsfähigkeit sichern. Die Versicherungsaufsicht kann für spezifische Risikoklassen die Höhe der erforderlichen Rückversicherung gemäß dem Eigenkapital der Captive bestimmen. Eine Verbesserung der Risikoübertragung kann die Captive durch retrospektive Prämiensetzung<sup>111</sup> und Mitversicherung bekommen. Vollständige Risikoübertragung ist in diesem Risikobereich auch in der traditionellen Versicherungswelt unmöglich und unnötig zum Vorliegen einer Versicherungstransaktion. Viele Großrisiken haben sowohl bei den versicherten Kunden als auch bei ihren Versicherern zu finanziellen Schwierigkeiten geführt;

---

<sup>111</sup> Am Ende der Vertragsperiode wird die in Rechnung zu bringende Prämie an die Schadensentwicklung der vergangenen Periode angepaßt.

Versicherung und Rückversicherung haben es ermöglicht, daß die finanziellen Folgen eingetretener Risiken gemildert wurden, allerdings haben sie nicht zu vollständiger Risikoübertragung geführt. Ob die partielle oder unter Umständen geringe Risikoübertragung bei der konzernverbundenen Versicherung zum Vorliegen von Versicherung ausreicht, soll von der Versicherungsaufsicht entsprechend den üblichen Usancen der Versicherungsindustrie überprüft werden. Die steuerliche Absetzbarkeit sollte sich an dem Wesen der Transaktion orientieren, d.h. vor allem an ihren versicherungswirtschaftlichen Auswirkungen, nicht an der äußeren Organisationsstruktur.

Bestimmte Industrien oder Wirtschaftszweige sind durch ein branchenspezifisches Katastrophenrisiko gekennzeichnet, z.B. allmähliche, nicht plötzliche Verschmutzung der Umwelt bei Müllentsorgungsunternehmen, Flugzeugabstürze usw. Diese Risiken sind durch eine große branchenspezifische Unsicherheit charakterisiert; ihr Eintritt und Umfang können oftmals vom Verhalten der Versicherten erheblich beeinflußt werden (moral hazard). Die ökonomische Literatur würde dafür plädieren, die Versicherungsfunktion in solchen Risikobereichen zu internalisieren, indem die Mitglieder (oder Eigentümer) des Versicherungsfonds zugleich die versicherten Unternehmen des spezifischen Industriezweiges werden. Weil in diesen Bereichen eine große industriespezifische Unsicherheit und ein erhebliches moralisches Risiko bestehen, lohnt es sich, dort ein Versicherungsprinzip auf Gegenseitigkeit einzuführen<sup>112</sup>. Weil die einzelnen Unternehmen als Branchenmitglieder einander viel besser überwachen können, wird die gegenseitige Risikobewertung, Tarifiedifferenzierung und Anreizgestaltung zu Risikopräventivmaßnahmen wirksamer sein. Die "industry captive" ist eine Anwendung des

---

<sup>112</sup> Siehe auch Smith/Stutzer, Adverse Selektion, Aggregate Uncertainty, and the Role for Mutual Insurance Contracts, J. Bus. 63 1990, 493-510.

Versicherungsprinzips auf Gegenseitigkeit<sup>113</sup>.

## E. Fazit

Der vorliegende Aufsatz hat zu überprüfen versucht, ob für den Betriebsausgabenabzug von Versicherungsprämien zwischen Captive- und Fremdversicherung unterschieden werden muß. Die US-amerikanische Finanzverwaltung und die Gerichte haben der Captive-Versicherung in den meisten Fällen die Prämienabsetzbarkeit mit der Begründung versagt, daß Captive-Versicherung nicht die wesentlichen Merkmale von Versicherung aufweise. Die ökonomische Funktion von Versicherung wurde jedoch durch einen zu engen Gebrauch der Versicherungsmerkmale Risikoübertragung und Risikostreuung verkannt.

Entscheidend für die Beantwortung der im Aufsatz nachgegangenen Frage nach der körperschaftsteuerrechtlichen Gleichbehandlung von Captive-Versicherung und traditioneller Versicherung sollte sein, inwieweit das Bedürfnis des Versicherungsnehmers an einem wirksamen Versicherungsschutz befriedigt werden konnte. Die dafür maßgebliche Frage lautet, ob die Captive-Versicherung die wesentlichen Merkmale der Fremdversicherung duplizieren kann. Die juristische Selbständigkeit der Captive ist nur eine notwendige Voraussetzung, um im Versicherungsmarkt auftreten zu können. Sie führt jedoch unter ökonomischen Gesichtspunkten nicht notwendigerweise zu "echter" Risikoübertragung. Ebenso wenig ist es ausreichend, letztlich auf die Beteiligung der Konzernmutter am Kapital der Captive abzustellen. Vielmehr ist das Risikoportefeuille der Captive zu betrachten. Dabei ist zwischen homogenen Risiken und Katastrophenrisiken zu unterscheiden. Bei homogenen Risiken sind Risikostreuung und Risikoübertragung nicht isoliert, sondern zusammenhängend zu betrachten; das Gesetz der großen Zahl kann mit versicherungsmathema-

---

<sup>113</sup> Siehe Ling, Development of Association Insurance Captives: Application of the Federal Risk Retention Act to Developed and Developing Countries, J.Ins.Reg. 1987, 384-408.

tischer Genauigkeit angewandt werden. Eine konzerninterne Risikostreuung über Zeit und Zahl wird dann errichtet, wenn die Risiken durch vergleichbaren Umfang und Häufigkeit gekennzeichnet sind. Die Erweiterung einer Gefahrengemeinschaft über das Zeichnen von Drittgeschäft kann nur zur Risikostreuung und Risikoübertragung beitragen, wenn die einzelnen Risiken eine negative oder schwache Korrelation aufweisen. Ist eine Erweiterung der Gefahrengemeinschaft nicht ratsam, kann der Risikoausgleich über die Zeit verstärktes Gewicht erhalten. Bei Katastrophenrisiken sind die Diversifikationsmöglichkeiten sehr beschränkt, weil die Risiken heterogen und oft stark korreliert sind. Die Captive kann die für "echte" Versicherung erforderliche partielle Risikoübertragung durch Rückversicherung, Mitversicherung, retrospektive Prämiensetzung und Versicherung auf Gegenseitigkeit erreichen.