

MÄRZ 2015

Betriebliche
Haftpflichtversicherungen
und Unternehmenskauf

von Prof. Dr. Martin Schulze Schwienhorst

Sonderdruck aus PHi 1/2016, S. 14 - 22



PHi | Haftpflicht international – Recht & Versicherung

Betriebliche Haftpflichtversicherungen und Unternehmenskauf

von Prof. Dr. Martin Schulze Schwienhorst, Münster

Haftungsrisiken beim Unternehmenskauf können versichert werden. Dieser Beitrag gibt einen systematischen Überblick über die Versicherungsinstrumente und Hinweise zum Umgang mit bestehenden betrieblichen Haftpflichtversicherungen.

Ein Unternehmenskauf ist für den Käufer mit Risiken verbunden. Bei Transaktionen in Form von sog. „share deals“ (Beteiligungserwerb) erwirbt der Käufer Gesellschaftsanteile des Zielunternehmens. Die Rechtsidentität des Unternehmens besteht fort. Das Zielunternehmen haftet weiterhin für alle in der Vergangenheit begründeten Verbindlichkeiten.¹ Dadurch geht die „Haftungsalast“ des Zielunternehmens wirtschaftlich auf den Käufer über. Eine Prüfung des Zielunternehmens („due diligence“) dient u. a. dazu, solche Haftungsrisiken² aufzudecken und zu bewerten. Haftungsrisiken werden von Verkäufer und Käufer regelmäßig unterschiedlich bewertet und wirken sich auf den Kaufpreis aus.

Die möglichen Haftungsrisiken sind vielfältig: Beispiele sind unentdeckte Kontaminationen von Betriebsgrundstücken oder bereits im Markt befindliche mangelhafte Produkte, die Produkthaftungsklagen oder Rückrufaktionen nach sich ziehen. Neben ausbleibenden Erträgen besteht für den Käufer die Gefahr, die Investitionen zu verlieren. Weiter ist das Risiko einer Durchgriffshaftung und eines damit verbundenen möglichen unmittelbaren Zugriffs auf das Vermögen des Käufers zu bewerten. Der Unternehmenskauf allein begründet nach deutschem Recht zunächst keine Durchgriffshaftung. Erforderlich für einen „Durchgriff“ sind vielmehr bestimmte Formen des Einwirkens auf das Zielunternehmen.³ Ausländische Rechtsordnungen sehen dagegen nicht selten vereinfachte Möglichkeiten einer Durchgriffshaftung vor. Die

US-amerikanische Rechtsfigur des „piercing the corporate veil“⁴ stellte schon für manches deutsche Unternehmen eine böse Überraschung dar. Die Integration in einen Konzern kann ausreichen, um eine Haftung für Altverbindlichkeiten zu begründen.

Die Absicherung von Haftungsrisiken besitzt daher wesentliche Bedeutung im Rahmen eines Unternehmenskaufs. Sie dient der Sicherung der Investitionen und dem Vermögensschutz des Käufers. Dieser Beitrag setzt sich mit unterschiedlichen Möglichkeiten der Versicherung von Haftungsrisiken bei einem Unternehmenskauf auseinander: Ausgangspunkt ist der Versicherungsschutz des Zielunternehmens. Daran schließt sich die Integration des Zielunternehmens in den Versicherungsschutz des Käufers an. Es folgt die Untersuchung eines rückwirkenden Versicherungsschutzes für bereits eingetretene, aber bisher nicht versicherte Risiken. Dabei wird zwischen unbekanntem und bereits entdecktem Haftungsrisiken unterschieden. Den Abschluss bildet die Versicherung von Gewährleistungserklärungen über sog. „Warranty & Indemnity- bzw. TRI-Versicherungen“.⁵

1 Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherung des Zielunternehmens

Bei der Prüfung von Haftungsrisiken eines Zielunternehmens ist der bestehende Versicherungsschutz zu bewerten. Im Mittelpunkt des Versicherungsschutzes steht die Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherung. Neben Grundbedingungen eines wirksamen Versicherungsschutzes treten im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf besondere Problemstellungen auf: Zu beachten sind versicherte Zeiträume, begrenzte Nachmeldefristen und die lückenlose Integration in

Der Autor ist geschäftsführender Gesellschafter der Kleist Versicherungsmakler GmbH sowie Mit-Direktor der Forschungsstelle für Versicherungswesen an der Universität Münster. m.schwienhorst@kleist-gruppe.de

- 1 **Betriebs- und Produkthaftpflichtversicherung des Zielunternehmens**
 - 1.1 *Zeitliche Begrenzungen der Deckung*
 - 1.2 *Haftpflichtversicherungen des Käufers*
 - 1.3 *Rückwirkender Versicherungsschutz für bereits eingetretene Haftungsfälle („liability buy-out“)*
 - 1.4 *Risikobewertung*
 - 1.5 *Projektdeckung*
- 2 **Versicherung von Gewährleistungserklärungen im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrags („Warranty & Indemnity“-Policen)**
- 3 **Zusammenfassung**

den Versicherungsschutz des übernehmenden Unternehmens.

Aus Sicht eines Käufers sollten klassische Haftungsrisiken aus vor einer Transaktion vorgenommenen betrieblichen Tätigkeiten eines Zielunternehmens über bereits bestehende betriebliche Haftpflichtversicherungen abgesichert sein. Die Feststellung eines wirksamen Versicherungsschutzes erfordert die Prüfung des sog. Altversicherungsschutzes des Zielunternehmens.

Erfahrungsgemäß wird diesem Haftpflichtversicherungsschutz der Zielgesellschaft bei Unternehmenskäufen nur ein geringer Wert zugeordnet.⁶ Eine systematische Auswertung alter Haftpflichtversicherungsverträge unterbleibt nicht selten oder wird nicht in gebotener Intensität wahrgenommen. Häufig werden lediglich das Bestehen einer Haftpflichtversicherung mit einer bestimmten Versicherungssumme sowie die Prämienzahlung festgestellt. Eine Auswertung und Erfassung ist aber unerlässlich. Deutlich wird dies zunächst, wenn dem Versicherungsschutz des Zielunternehmens besondere zeitliche Zuordnungen des Versicherungsfalls zugrunde liegen.

Unabhängig von nationalen Rechtsordnungen und Versicherungsmärkten finden sich im Wesentlichen vier verschiedene zeitliche Zuordnungen des „Versicherungsfalls“ in der Haftpflichtversicherung:⁷ die Zuordnung des Versicherungsfalls zu dem Zeitpunkt des Verstoßes gegen eine Rechtspflicht („Verstoß“), zu der Handlung oder dem Ereignis, das unmittelbar zur erstmaligen Schädigung des Rechtsguts führt („Schadenereignis“), zum eigentlichen Schadeneintritt, zur erstmaligen Manifestation des Schadens oder zur Geltendmachung eines Haftungsanspruchs („Anspruchserhebung“).

Die Gefahr unterschiedlicher Definitionen zeitlicher Zuordnungen besteht darin, dass Schäden in „unversicherte“ Zeiträume fallen können. Dies wird bei Schadensersatzansprüchen deutlich, die nach dem Erwerb der Zielgesellschaft erhoben werden. In diesem Fall muss eine Auswertung des „Altversicherungsschutzes“ vorliegen, um die

Erfolgsaussichten einer Schadenmeldung zu früheren Haftpflichtversicherungen prüfen zu können. Der Käufer besitzt hieran ein hohes wirtschaftliches Interesse. Kann ein nachlaufender Schadensersatzanspruch nicht über den Altversicherungsschutz der Zielgesellschaft abgewickelt werden, besteht im Rahmen einer neuen Haftpflichtversicherung nur im Fall besonderer Vereinbarungen Versicherungsschutz.

So kann eine Lücke im Versicherungsschutz dann entstehen, wenn der Altversicherungsschutz auf Basis von Versicherungsverträgen mit zeitlicher Zuordnung des Versicherungsfalls zum Zeitpunkt der Meldung des Schadens bestand. Schließt sich an einen solchen Versicherungsvertrag der neue Versicherungsschutz auf Basis der zeitlichen Zuordnung etwa zum „Schadenereignis“ an, so werden vor Vertragsbeginn eingetretene Schäden von diesem nicht mehr erfasst. Der frühere Versicherungsschutz greift jedoch ebenfalls nicht ein, weil die Anspruchserhebung nicht während der Vertragslaufzeit erfolgte.⁸

1.1 Zeitliche Begrenzungen der Deckung

Mit der Integration des Zielunternehmens in die Haftpflichtversicherungen des Käufers werden typischerweise die „Altversicherungen“ der Zielgesellschaft beendet. Vor einer Beendigung sind die damit ausgelösten Nachhaftungsfristen⁹ zu prüfen. Derartige Regelungen begrenzen die Rechte eines Versicherungsnehmers, nach Beendigung des Versicherungsvertrages Schäden zu melden. Dabei können unterschiedliche Regelungen für Schäden aus Betriebsstätten, für Schäden aus Produkthaftung für Personen- und Sachschäden sowie für Vermögensschäden aus Produkthaftung (z. B. Aus- und Einbaukosten eines fehlerhaften Produkts) gelten.

Die Musterbedingungen¹⁰ der in Deutschland üblichen Produkthaftpflichtversicherung bieten bei sog. Produktvermögensschäden nur dann Versicherungsschutz, wenn der Versicherungsfall dem Versicherer nicht später als drei Jahre nach Vertragsbe-

1 Anders beim sog. „asset deal“, bei dem einzelne Vermögensgegenstände und/oder Rechtsverhältnisse der Zielgesellschaft übernommen werden. Der Beitrag stellt auf die Risiken im Zusammenhang mit dem „share deal“ ab.

2 Z. B. in Form laufender oder drohender Schadensersatzverfahren im In- und Ausland.

3 Vgl. zu einer möglichen Rückforderungserstreckung auf das Käuferunternehmen Ritter EuZW 2003, 368, 375.

4 Zu den Besonderheiten vgl. von Arnim NZG 2000, 1001, 1007 f.

5 Kurz: „W&I-Versicherungen“ oder auch „Gewährleistungsvericherung“ oder „Transaction Risk Insurance“.

6 Hintergrund hierfür dürfte sein, dass Unternehmen nach einem „share deal“ zumeist in die bestehenden Haftpflichtversicherungen des Käufers integriert werden.

7 Schimikowski in Ruffer/Halbach/Schimikowski, § 100 Rn. 10 ff.; Langheid in Römer/Langheid, § 100 Rn. 2.

8 S. dazu ausführlich 1.2.1.

9 Diese sind z. B. in der Produkt- und der Umwelthaftpflichtversicherung üblich.

10 Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Produkthaftpflichtversicherung von Industrie- und Handelsbetrieben des GDV, Stand: Januar 2015.

endigung angezeigt wurde.¹¹ Unabhängig davon ist mit Blick auf die vertraglichen Anzeigepflichten vor Vertragsbeendigung daher sorgfältig zu prüfen, ob im Zielunternehmen bekannt gewordene Schadenfälle noch anzuzeigen sind. Unterbleibt dies, ist der Versicherungsschutz für solche Schadenfälle gefährdet. Für erst nach dem Unternehmenskauf bekannt gewordene Schadenfälle ist daher eine Dokumentierung der zeitlichen Begrenzung der Deckung erforderlich.

1.2 Haftpflichtversicherungen des Käufers

Die Integration des Zielunternehmens in den Versicherungsschutz des Käufers kann auf zwei Wegen erfolgen: durch eine individuelle Vereinbarung mit dem Versicherer oder durch Nutzung vorsorglicher vertraglicher Vereinbarungen in den Haftpflichtversicherungen des Käufers.

Vorsorgliche Vereinbarungen gibt es in unterschiedlicher Ausprägung. Einige Versicherer verwenden Klauseln, aufgrund derer nur dann Versicherungsschutz geboten wird, wenn sich das erworbene Unternehmen im Rahmen des bisher versicherten Risikos bewegt. Andere Versicherer formulieren einen Negativkatalog. So werden bestimmte Branchen (z. B. Chemie, Pharma) oder im Ausland belegene Unternehmen ausgeschlossen. Es kann damit ein recht unterschiedliches Vorgehen der Versicherer bei der Integration erworbener neuer Tochtergesellschaften beobachtet werden. Dennoch ist die Integration in den Versicherungsschutz des Käufers insgesamt sachgerecht. Auf diesem Weg wird der Versicherungsschutz des Zielunternehmens auf dem Versicherungsniveau des Käufers nach Umsetzung der Transaktion sichergestellt.

1.2.1 Rückwärtsversicherungen bei abweichenden Definitionen des Versicherungsfalls

Bei der Integration eines Zielunternehmens in den Versicherungsschutz des Käufers besteht besonderer Versicherungsbedarf, wenn die zeitliche Zuordnung des Versicherungsfalls im Altversicherungsschutz des Zielunter-

nehmens von der Versicherungsfalldefinition in den Versicherungsverträgen des Käufers abweicht. Es werden besondere Vereinbarungen erforderlich. Zur Erläuterung dient das folgende Beispiel:

Ein Hersteller von Nahrungsergänzungsmitteln erwirbt eine Tochtergesellschaft in den USA. Das europäische Mutterunternehmen besitzt Versicherungsschutz auf Basis der zeitlichen Zuordnung zur erstmaligen Schädigung des Rechtsguts (Schadenereignisprinzip oder „occurrence principle“). Das neue Tochterunternehmen ist dagegen auf Basis der Zuordnung zur erstmaligen Anspruchserhebung (Anspruchserhebungsprinzip oder „claims-made principle“) lokal in den USA versichert.

Die Integration eines auf Anspruchserhebungsbasis versicherten Zielunternehmens in ein nach dem Schadenereignisprinzip versichertes Unternehmen erfordert einen besonderen, zeitlich rückwärts gerichteten Versicherungsschutz. Ansonsten besteht für Schadenereignisse, die vor der Übernahme eintreten, aber erst nach Übernahme des Zielunternehmens geltend gemacht werden, kein Versicherungsschutz. Gerade im Bereich der Produkthaftung zeichnen sich die Risiken typischerweise durch einen deutlichen zeitlichen Nachlauf aus. Etwaige Nachhaftungsfristen reichen bei Versicherungsverträgen auf Basis der zeitlichen Zuordnung zur Anspruchserhebung häufig nicht aus.

Um den Versicherungsschutz für das Zielunternehmen zu gewährleisten, bietet sich der Abschluss einer sog. Rückwärtsversicherung i. S. v. § 2 VVG an. Eine solche Rückwärtsversicherung beruht auf dem Sicherungsinteresse des Käufers, Altschäden auch nach Übernahme des Zielunternehmens versichert zu wissen. Der Versicherungsschutz wird vorrangig mit dem Versicherer des Käufers umzusetzen sein. Auch wenn eine Möglichkeit darin besteht, alternativ längere Nachmeldefristen beim Versicherer des Zielunternehmens einzukaufen, bietet nur der rückwärts gerichtete neue Versicherungsschutz eine dauerhafte Absicherung möglicher Altschäden.

¹¹ Es handelt sich hierbei um eine Nachmeldefrist, vgl. Matusche-Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Hb., § 27 Rn. 217.

Versicherungen beziehen sich zwar typischerweise auf zukünftige Zeiträume, gesetzliche Regelungen stehen einer Rückwärtsversicherung in Deutschland aber nicht entgegen. Das VVG legt in § 2 die gesetzliche Grundlage: *„Der Versicherungsvertrag kann vorsehen, dass der Versicherungsschutz vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses beginnt.“* Der Versicherer wird bei Rückwärtsversicherungen vor einem bösgläubigen Versicherungsnehmer durch § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG geschützt: *„Hat der Versicherungsnehmer bei Abgabe seiner Vertragserklärung davon Kenntnis, dass ein Versicherungsfall schon eingetreten ist, ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet.“*

Der Versicherungsschutz für die Zielgesellschaft sollte bei bereits gesetzten, dem Käufer aber noch nicht bekannten Haftungsfällen (z. B. aus Altumsätzen) so gestaltet werden, dass der Versicherungsschutz des Käufers „rückwärts“ auf das Zielunternehmen ausgeweitet wird. Die Zielgesellschaft ist damit für in der Vergangenheit verursachte Schäden genauso wie der Käufer selbst versichert. Für die Kenntnis i. S. v. § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG muss auf die Kenntnis des Käufers abgestellt werden. Die Kenntniszurechnung sollte ergänzend und abweichend von § 2 Abs. 2 Satz 2 VVG auf solche Tatbestände begrenzt werden, die aus Sicht des Käufers mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schadensersatzanspruch führen. Ein Ausschluss des Versicherungsschutzes für „alle bekannten Umstände“ ist dagegen wenig transparent und könnte den Käufer unangemessen i. S. v. § 307 Abs. 1 BGB benachteiligen. Den Repräsentanten der Unternehmen dürfte stets eine große Zahl von „Umständen“ des Geschäftsbetriebs bekannt sein. Die bloße Kenntnis eines Umstands, der z. B. in einer einzelnen Reklamation liegen könnte, sollte nicht zum Verlust des Versicherungsschutzes führen.

Für die Rückwärtsversicherung wird typischerweise die Versicherungssumme des laufenden Versicherungsjahres des Käufers genutzt. Diese Versicherungssumme steht damit unter

einer besonderen Gefahr der Inanspruchnahme. Dennoch dürfte der Einkauf gesonderter Versicherungssummen für zurückliegende Versicherungsjahre eine seltene und teure Ausnahme bleiben. Aus Sicht des Versicherers der Rückwärtsversicherung bedeutet eine zusätzliche und gesondert zur Verfügung gestellte Versicherungssumme eine verstärkte Beanspruchung der dem Versicherer zur Verfügung stehenden Kapazitäten. Die Nutzung der Versicherungssumme des laufenden Versicherungsvertrags dürfte für den Versicherer wirtschaftlich am attraktivsten sein und deswegen die regelmäßig gewählte Lösung darstellen. Es handelt sich um eine schon bereitgestellte Kapazität. In Betracht käme zusätzlich die Erhöhung der Versicherungssumme wegen der gesteigerten Wahrscheinlichkeit ihrer Inanspruchnahme. Ökonomischer ist es jedoch, mit dem Versicherer die Möglichkeit der Auffüllung der Versicherungssumme gegen eine gesonderte Prämie für den Fall der frühzeitigen Erschöpfung zu vereinbaren. So muss der Versicherer nicht eine erhöhte Versicherungssumme für die gesamte Versicherungsperiode zur Verfügung stellen und der Versicherungsnehmer nicht vorsorglich unnötig hohe Prämien entrichten.

1.2.2 Serienschäden

Typischerweise finden sich in deutschen Haftpflichtversicherungsverträgen besondere Regelungen für Serienschäden. Sogenannte Serienschadenklauseln gestalten den Versicherungsschutz bei einer Vielzahl gleichartiger Schadenfälle. Dies gilt unabhängig davon, ob die Schadenfälle aus einer Ursache heraus eingetreten oder aus anderen Gründen als gleichartig anzusehen sind. Serienschadenklauseln dienen dem Schutz des Versicherers vor einer mehrfachen Inanspruchnahme von Versicherungssummen aus unterschiedlichen Versicherungsjahren. Dazu wird der Serienschaden „einer Versicherungsperiode zugeordnet“. Die Serienschadenklauseln haben auch Bedeutung für das gesetzliche Kündigungsrecht des Versicherers. Bei einem Schadenfall steht dem Versicherer (wie auch dem Ver-

sicherungsnehmer) nach § 111 Abs. 1 VVG das Recht zur Kündigung des laufenden Versicherungsvertrags binnen eines Monats zu.¹² Je nach Klausel und Ausprägung wird das „Heraus-Kündigen“ des Versicherers aus einer laufenden Serie durch die Fiktion eines „einzigen“ Schadens ausgeschlossen. Transparenz, Angemessenheit und die grundsätzliche Wirksamkeit von Serienschadenklauseln sind umstritten.¹³ Da Serienschäden typischerweise signifikante Schadenhöhen erreichen, sollte ihnen eine besondere Aufmerksamkeit gelten.

Für die Bewertung des Haftpflichtversicherungsschutzes des Zielunternehmens spielen deshalb bereits vereinbarte Serienschadenklauseln eine wichtige Rolle. Sieht der bestehende Haftpflichtversicherungsschutz des Käufers ebenfalls Serienschadenklauseln vor und unterliegen diese anderen Regularien, kann dies zu Deckungslücken – oder auch Doppelversicherung – für ganze Serien führen.¹⁴ Dies soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

Ein Hersteller von Verbindungstechnik stellt in großen Serien Scharniere zur Befestigung von Möbeltüren bei Einbauschränken her. Eine neu entwickelte Produktserie wird zwei Jahre vor Verkauf des Unternehmens in den Markt eingeführt. Bis zum Verkauf des Unternehmens werden ca. 1,5 Mio. Scharniere vertrieben und weltweit von unterschiedlichen Abnehmern verbaut. Erst vier Jahre nach Kauf des Unternehmens stellt sich ein Konstruktionsfehler heraus. Die Abnehmer verlangen die Übernahme von Aus- und Einbaukosten für neue und fehlerfreie Scharniere.

Es stellt sich die Frage, ob ein bei der Zielgesellschaft zum Zeitpunkt des Unternehmenskaufs zwar noch unbekannter, aber tatsächlich bereits vor dem Erwerb eingetretener Versicherungsfall (der Serienschaden „läuft“) über die Haftpflichtversicherung des Käufers gedeckt oder noch über den Altversicherungsschutz der Zielgesellschaft abgewickelt wird.

Der Versicherer des Käufers wird bei der Beurteilung des Versicherungs-

schutzes in der Regel auf den Zeitpunkt des ersten Schadenereignisses des Serienschadens abstellen und damit seine Einstandspflicht ablehnen. Dem Käufer steht nicht der eigene (als angemessen eingerichtete) Versicherungsschutz zur Verfügung; eine Abwicklung kommt dann nur über den „Altversicherungsschutz“ des Zielunternehmens in Betracht.

Dieser Versicherungsschutz kann jedoch wegen des Ablaufs ggf. anwendbarer zeitlicher Begrenzungen der Deckung oder aufgrund einer anderweitigen Erschöpfung der Versicherungssumme nicht mehr in Anspruch genommen werden. Dann können zwar bei der Produkthaftpflichtversicherung sog. IBNR-Vereinbarungen („incurred but not reported“) weiterhelfen. Solche Vereinbarungen führen dazu, dass ein neuer Versicherer den Schaden auf Grundlage des alten Versicherungsvertrags reguliert.¹⁵ In diesem Fall steht aber lediglich die Versicherungssumme aus dem Altvertrag zur Verfügung.

1.3 Rückwirkender Versicherungsschutz für bereits eingetretene Haftungsfälle („liability buy-out“)

Ist ein Haftungsfall bereits eingetreten und bekannt, so wird dadurch der Verkauf eines Unternehmens deutlich erschwert. Hier sind zwei Konstellationen zu beobachten, die die Transaktion erschweren können: Der Altversicherungsschutz reicht zur Schadenregulierung nicht mehr aus, oder der eingetretene Haftungsfall fällt nicht in den Versicherungsumfang der Altversicherung.

Ein Zielunternehmen beurteilt Haftungsrisiken und die Aussichten der Auseinandersetzung nicht selten als „beherrschbar“. Der Käufer wird dagegen werthaltige Absicherungen (sog. „escrows“) oder einen geminderten Kaufpreis verlangen – Forderungen, denen die Verkäufer von Zielunternehmen häufig nicht nachkommen. Transaktionen können an diesem Punkt vollständig scheitern, da eine objektive Bewertung des Haftungsrisikos für die Vertragsparteien nicht möglich ist.

¹² Vgl. Langheid in Römer/Langheid, § 111 Rn. 10 ff.

¹³ So sind Serienschadenklauseln als Risikobegrenzungsklauseln stets eng auszulegen: BGH NJW 2003, 511, 513; Büsken NJW 2003, 1715, 1715 f.; vgl. auch Schimikowski in Rüffer/Halbach/Schimikowski, AHB 6 Rn. 3.

¹⁴ Die Konstellation ist hier vergleichbar mit dem Beispiel unter 1.2.1: Der Altversicherungsschutz basiert auf dem „claims-made“-Prinzip, während die Haftpflichtversicherung des Käufers auf das „occurrence“-Prinzip abstellt.

¹⁵ So die Haftpflicht-Firmenpolice der Zürich, vgl. <http://server2.sfoxonline.de/Downloads/Firmenversicherungen/Haftpflicht/Betriebshaftpflicht%20Z%C3%BCrich.pdf> (Abruf: 20. Mai 2015).

Dies gilt besonders, wenn der Versicherer des Zielunternehmens zum Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen schon mit der Schadenregulierung des Haftungsfalls befasst ist und der „Altversicherungsschutz“ zur Deckung des Schadens möglicherweise nicht ausreicht.

Wird ein bereits eingetretener Haftungsfall nicht oder nicht ausreichend über die Altversicherung gedeckt, so kann gesonderter neuer Versicherungsschutz eingerichtet werden („liability buy-out“).¹⁶ Die gesetzlichen Bestimmungen zur Kennnizzurechnung und das allgemeine Verständnis legen zunächst die Vermutung nahe, dass für „brennende Scheunen“ kein Versicherungsschutz mehr möglich ist.¹⁷ Typischerweise liegt der Zweck einer Versicherung im Ausgangspunkt in der „Absicherung eines Risikos“ (vgl. § 1 VVG). Unter „Risiko“ sind Störungen zu verstehen, die durch den Eintritt eines ungewissen Ereignisses ausgelöst werden.¹⁸

Aus diesem Verständnis folgt jedoch nicht, dass bereits eingetretene Schadenfälle nicht mehr versichert werden können. Vielmehr unterliegt eine solche Vertragsgestaltung der Entscheidungsfreiheit bzw. der Dispositionsbefugnis der Vertragsparteien. Letztlich zeichnet die klassische Versicherung (die von einem ungewissen Ereignis ausgeht) und die Konstellation des „liability buy-out“ gemeinsam aus, dass „Ungewissheiten“ versichert werden. Im Fall des auf zukünftige Ereignisse gerichteten Versicherungsschutzes ist dies der Eintritt des Schadenereignisses an sich. Im Fall der Versicherung eines bereits eingetretenen Haftungsfalls liegt die Ungewissheit in der Schadenhöhe oder in einem noch nicht erkennbaren Regulierungsaufwand. Weder Käufer noch Verkäufer können eine exakte Bewertung des Haftungsrisikos vornehmen. Die endgültige Ausprägung des Haftungsrisikos ist damit zum Zeitpunkt der Transaktion und zum Abschluss einer „liability buy-out“-Deckung ungewiss.

Der Bedarf des Versicherungsschutzes für bereits eingetretene Haftungsfälle

soll anhand der folgenden zwei Beispiele verdeutlicht werden:

Ein junges Unternehmen stellt innovative Beleuchtungssysteme her. Das Unternehmen steht zum Verkauf. Verkäufer und Käufer ist der Vorwurf eines gravierenden Produktfehlers bei einer Produktserie bekannt. Die Vorwürfe der Produktabnehmer sind allerdings streitig. Soweit ein Produktfehler tatsächlich festgestellt werden sollte, sind erhebliche Aufwendungen für Aus- und Einbaukosten sowie Kosten für die Neulieferung von Produkten zu befürchten. Da nicht bekannt ist, wie die verschiedenen Abnehmer die Beleuchtungssysteme in den jeweiligen Objekten eingebaut haben, muss mit hohen Belastungen gerechnet werden, die deutlich über den Versicherungssummen des Zielunternehmens liegen.

Ein Zielunternehmen ist in einen komplexen Rechtsstreit im Rahmen einer Sammelklage in den USA verwickelt. Der Ausgang des Verfahrens ist unklar. Das zum Kauf stehende Unternehmen bestreitet eine Haftung, möchte dafür aber keine Garantie abgeben.

1.4 Risikobewertung

Die Versicherer legen ihren Risikobewertungen verschiedene Prognosen zugrunde. Klassisch werden zunächst die Schadeneintrittswahrscheinlichkeit und die Ausprägung möglicher Schäden bewertet. Nach dem Eintritt eines Schadens wird der Haftpflichtversicherer im zweiten Schritt eine Prognose der erwarteten Schadenhöhe erstellen. Der Versicherer stellt dann eine sog. Reserve. Diese bilanzielle Reserve spiegelt die – vorsichtige – Erwartung des Versicherers zu Schadenhöhe und Kosten wider. Bei einigen Schäden wird im Laufe der Regulierung ein Abwicklungsgewinn und bei anderen Schäden ein Abwicklungsverlust eintreten. Idealerweise gleichen sich die gestellten Reserven aller Schäden eines Versicherers im Ergebnis aus.

Bei der Übernahme des Versicherungsschutzes für bereits eingetretene Schadenereignisse kalkuliert der Haftpflichtversicherer auf Basis der zu erwartenden Schadenhöhe. Er wird

16 Grossmann/Mönnich, NZG 2003, 708, 712: sowohl bezogen auf Einmalzahlungen als auch auf langfristige Verbindlichkeiten.

17 So sprechen beispielsweise die AHB in Ziff. 1.1 von Schadenereignissen, die „während der Wirksamkeit der Versicherung“ eingetreten sind – und gerade nicht zu einem früheren Zeitpunkt; zu beachten ist aber, dass schon die in § 2 VVG normierte Rückwärtsversicherung eine Aufweichung diesen Grundsatzes darstellt (wenn auch nur für unbekanntes Risiko).

18 Looschelders in MüKo VVG, § 1 Rn. 11.

das Risiko bewerten und aufgrund seiner Erfahrungen darauf setzen, den Schaden effizient beilegen zu können. Die Kalkulation der Versicherungsprämie wird einen Mittelwert zwischen dem höchstmöglichen Schaden bei vollständiger Realisierung der Haftungsrisiken und dem geringsten Schaden als günstigsten Fall zugrunde legen.

Die Risikoübertragung auf einen Versicherer empfiehlt sich aus mehreren Gründen: Haftungsrisiken sind häufig durch komplexe Rechtsfragen und eine langwierige rechtliche Auseinandersetzung gekennzeichnet. Alternativ zu einer „liability buy-out“-Versicherung kommt nur eine Garantieübernahme durch den Verkäufer in Betracht. Eine solche Garantie ist aber ihrerseits ebenfalls sicherungsbedürftig. In Betracht kommt eine teilweise Hinterlegung des Kaufpreises oder eine Bürgschaft.¹⁹ Der Käufer wird bei noch nicht abschließend beurteilten Haftungsszenarien grundsätzlich den „Worst Case“ unterstellen und eine dementsprechend hohe Sicherheit verlangen. Für den Verkäufer ist aber die langjährige Bindung seines Kapitals durch die Bestellung von Sicherheiten nachteilig. Die Bindung des Kapitals ist mit hohen Kosten verbunden.

Demgegenüber sind die Finanzierungssysteme der Haftpflichtversicherer auf eine langfristige Absicherung von im Einzelnen schwer kalkulierbaren Risiken ausgelegt. Der Versicherungsvertrag führt damit im Vergleich zur Garantieübernahme mitsamt der sich daran anschließenden Sicherheiten nicht nur zu geringeren Kosten, sondern darüber hinaus zu einem echten Risikotransfer.

1.5 Projektdeckung

Die Versicherung eines bereits bekannten Haftungsrisikos erfolgt als sog. Projektdeckung.²⁰ Eine solche Deckung beschränkt sich auf das bekannte und beschriebene Haftungsrisiko. Der Versicherungsschutz wird damit über einen eigenständigen Versicherungsvertrag mit eigener Versicherungssumme begründet. Die Vertragslaufzeit orientiert sich – ganz einzelfallabhängig – zumeist daran, wie lange die Beilegung der bestehenden Streitigkeiten voraus-

sichtlich andauern wird. Der Versicherer wird einen Einmalbeitrag zur Prämienzahlung bevorzugen, um kein Ausfallrisiko bei langen Haftungszeiträumen zu tragen. Mit der Kalkulation der Versicherungsprämie wird zugleich das wirtschaftliche Risiko der Projektdeckung bewertet. Dieser Wert dürfte von Käufer und Verkäufer bei den Kaufpreisverhandlungen für ein Zielunternehmen berücksichtigt werden.

Bei solchen Projektdeckungen handelt es sich ebenfalls um Haftpflichtversicherungen, die den §§ 100 ff. VVG unterliegen. Eine Zuordnung zur allgemeinen Schadenversicherung der §§ 74 ff. VVG wäre nicht sachgerecht. Die Projektdeckung führt dazu, dass der Versicherer die typischen Leistungen des Haftpflichtversicherers erbringt. § 100 VVG beschreibt die Hauptleistungspflicht des Versicherers im Kern als „Freistellung“.²¹ Diese Freistellung bietet der Haftpflichtversicherer auch für die rückwirkende Versicherung eines bereits bekannten Haftungsfalls.

Zu den gesetzlichen Rahmenbedingungen der Haftpflichtversicherung gehört § 111 VVG. § 111 VVG eröffnet ein gesetzliches Kündigungsrecht für Versicherer und Versicherungsnehmer im Schadenfall. Sinn und Zweck der Norm ist es, den Parteien eine Lösung vom Vertrag für den Fall zu ermöglichen, dass das Vertrauensverhältnis infolge der Abwicklung des Versicherungsfalls gestört wird.²² Bei der rückwirkenden Versicherung eines bekannten Haftungsfalls hat sich das Haftungsereignis bereits verwirklicht, und der Vertrag wurde gerade deswegen geschlossen. Bestünde nun für den Versicherer die Möglichkeit, sich doch nach Eintritt eines ersten Schadens vom Vertrag zu lösen, so würde dieser sich nicht nur widersprüchlich verhalten, sondern – mit Blick auf etwaige weitere Schäden – die Erreichung des Vertragszwecks schlechthin gefährden. Die Parteien sollten daher, um allen Eventualitäten vorzubeugen, den dispositiven § 111 VVG im Rahmen der Vertragsverhandlungen abbedingen.

Projektdeckungen bieten sich damit vor allem bei schlecht einschätzbaren und langfristigen Haftungsrisiken an.

¹⁹ Dazu unter 2 mehr.

²⁰ Alternativ kommen Erhöhungen der Versicherungssummen in Altverträgen und besondere Vereinbarungen zu anderen bestehenden Versicherungsverträgen in Betracht. Die verminderte Möglichkeit zur Abgrenzung der Risikoübernahme und zahlreiche vertragliche Komplexitäten werden den Versicherer aber in der Regel von solchen Angeboten abhalten.

²¹ Prüfung der Rechtslage, Abwehr unbegründeter und Befriedigung begründeter Ansprüche.

²² So kann der VN mit der Schadenbearbeitung seitens des VR nicht zufrieden sein, während dieser wiederum mangelnde Mitwirkung des VN beklagt: so Littbarski in MüKo VVG, § 111 Rn. 4.

Dabei kann gerade im Bereich der betrieblichen Haftpflichtversicherungen auf einen leistungsfähigen Versicherungsmarkt zugegangen werden, der auch hochsummige Risiken tragen kann.²³

2 Versicherung von Gewährleistungserklärungen im Rahmen eines Unternehmenskaufvertrags („Warranty & Indemnity“-Policen)

Über die Absicherung von Haftungsrisiken hinaus besitzen Käufer und Verkäufer ein Interesse daran, die Risiken aus dem Unternehmenskauf zu minimieren. Zu diesem Zweck ist es üblich, dass der Verkäufer – unter Abbedingung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts – Garantien für Beschaffenheit und Zustand des Unternehmens und einzelne seiner Eigenschaften übernimmt.²⁴ Über Inhalt und Ausgestaltung der Garantieerklärungen besteht häufig Uneinigkeit zwischen den Parteien. Der Verkäufer wird die Risiken seines Unternehmens wirtschaftlich weniger gravierend einstufen als der Käufer.²⁵ Doch selbst die Abgabe umfassender Garantieerklärungen durch die Verkäuferseite kann dem Käufer der Zielgesellschaft keinen vollständigen finanziellen Schutz bieten. Dies gilt insbesondere für den Fall der Insolvenz des Gewährleistungsschuldners.

Dieser Problematik kann dadurch begegnet werden, dass der Käufer einen Teil des Kaufpreises einbehält, bis die Gewährleistungszeiträume ausgelaufen sind.²⁶ Haben die Parteien aber den Wunsch, dass der Kaufpreis unmittelbar nach der Transaktion zur Verfügung steht, werden sie sich schwerlich auf die Vereinbarung eines Einbehalts einigen können.²⁷

Alternativ bietet sich zur Risikoübertragung eine sog. W&I-Versicherung („Warranty & Indemnity Insurance“) an. W&I-Versicherungen werden seit nunmehr etwa zehn Jahren auf dem deutschen Versicherungsmarkt platziert. Sie versichern die Garantieansprüche des Käufers für den Fall, dass unbekannte Risiken nach Übernahme des Unternehmens auftreten und die Garantieerklärung des Verkäufers sich als nicht tragfähig erweist. Einigt man

sich auf den Abschluss einer W&I-Versicherung, so kann der Käufer den Forderungen des Verkäufers bei den Vertragsverhandlungen entsprechend entgegenkommen und z. B. auf die Bestellung von Sicherheiten verzichten, da er durch die Versicherung hinreichend geschützt ist.²⁸

Die W&I-Versicherungen können sowohl von der Verkäufer- als auch von der Käuferseite abgeschlossen werden, wobei mittlerweile etwa 75 % aller W&I-Versicherungen sog. „Buy-side Insurances“ der Käufer darstellen.²⁹ Schließt der Käufer die Gewährleistungsversicherung ab, so besitzt dies den entscheidenden Vorteil, dass auch vom Verkäufer böswillig abgegebene Garantieversprechen vom Versicherungsschutz umfasst sind. Der Käufer kann bei Verletzung des Garantieversprechens direkt gegen den Versicherer vorgehen und muss nicht versuchen, zuerst seinen Anspruch gegen den Verkäufer durchzusetzen.³⁰ Der Versicherer leistet in der Regel – ohne anderweitige vertragliche Abrede –, wenn der Käufer ihm einen begründeten und durchsetzbaren Anspruch gegen den Verkäufer anzeigt. Dies bedeutet das Vorliegen einer fehlerhaften Garantie samt Schaden oder eines Ereignisses, das eine Freistellungsverpflichtung auslöst.³¹

Inhaltlich sollte sich der Versicherungsvertrag an den Garantien orientieren, die der Unternehmenskaufvertrag enthält, um möglichst vollständigen Schutz gewährleisten zu können. Es kann jedoch auch weitergehender Versicherungsschutz vereinbart werden. So kann beispielsweise die Versicherungssumme höher sein als die Obergrenze der Gewährleistungssumme.³² Auch kann der Versicherungsschutz über die Dauer des Gewährleistungszeitraums hinausgehen und dem Käufer so weitgehende Sicherheit bieten.

Die W&I-Versicherer prüfen zur Abgabe eines Angebots den Due-Diligence-Bericht und schließen in der Regel bereits bekannte Haftungsrisiken aus,³³ für die jedoch im Rahmen eigenständiger Versicherungsverträge in Form von Projektdeckungen (vgl. Teil 1.5) Versicherungsschutz bereitgestellt

23 Die Marktausschöpfungsgrenze für klassische betriebliche Haftungsrisiken dürfte bei deutlich mehr als EUR 1 Mrd. liegen. Für Projektdeckungen sind geringere, aber ebenfalls bedeutende Kapazitäten anzunehmen.

24 Franz/Keune, VersR 2013, 1371, 1371.

25 Wilhelm, BB Die erste Seite 2013, Nr. 17.

26 Franz/Keune, VersR 2013, 1371, 1371.

27 So Jakobs/Franz, VersR 2014, 659, 659 bezogen auf das Verkäuferinteresse; der Käufer wird diesem Interesse entgegenkommen wollen, um einen zügigen Vertragsabschluss zu erreichen.

28 Ebenda, 665.

29 Die rechtliche Einordnung der Käufer-Police ist umstritten: Nach einer Ansicht handelt es sich um eine Betriebsunterbrechungsversicherung, nach überzeugender Ansicht um eine Eigenschadenversicherung (so auch Jakobs/Franz VersR 2014, 659, 663). Umfang und Art des Versicherungsschutzes unterscheiden sich in beiden Alternativen aber nicht, sodass der Streit theoretischer Natur ist.

30 Kränzlin/Otte/Fassbach, BB 2013, 2314, 2315; Hasselbach/Reichel, ZIP 2005, 377, 378.

31 Jakobs/Franz, VersR 2014, 659, 663.

32 Dies hat den Vorteil, dass der Käufer dem Verkäufer im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit den Garantien entgegenkommen kann, so Kränzlin/Otte/Fassbach BB 2013, 2314, 2316.

33 Metz, NJW 2010, 813, 815.

werden kann. Wird die W&I-Versicherung durch den Käufer geschlossen, nimmt der Versicherer oftmals noch eine eigene gesonderte Due-Diligence-Prüfung vor.³⁴ Die W&I-Versicherer nehmen solche Risiken aus dem Katalog der versicherten Garantien aus, die typischerweise anderweitig versichert werden können (z. B. Produkthaftung oder Rückrufrisiken).

Zumeist nicht vom Versicherungsschutz umfasst sind außerdem die Haftung für zukunftsorientierte Garantien und Folgeschäden³⁵ sowie die Haftung für unbekannte und bekannte Umweltrisiken.³⁶ Für diese Risiken sind ebenfalls die im ersten Teil dieser Darstellung erläuterten Instrumente des Versicherungsschutzes zu nutzen.

Die steigende Bedeutung von W&I-Versicherungen für Unternehmenskäufe in Deutschland zeigt sich in einem wachsenden Markt. Während 2003 noch maximale Versicherungssummen von EUR 150 bis 170 Mio. für einzelne Transaktionen angeboten wurden,³⁷ lag die Marktkapazität 2013 bereits bei EUR 300 bis 400 Mio.³⁸ Im Jahr 2012 allein ist der globale Markt für M&A-Versicherungen, deren Großteil W&I-Versicherungen darstellen, um 41 % gewachsen.³⁹

3 Zusammenfassung

Ein Unternehmenskauf kann mit signifikanten Haftungsrisiken verbunden sein. Haftungsrisiken eines Beteiligungserwerbs gehen wirtschaftlich auf den Käufer über. Solche Risiken sollten durch einen individuell angepassten Versicherungsschutz abgedeckt werden.

Zur Reduzierung der Haftungsrisiken bedarf es eines qualifizierten Umgangs mit bestehenden betrieblichen Haftpflichtversicherungen aufseiten des Käufers und des Zielunternehmens. Dazu ist der Altversicherungsschutz des Zielunternehmens zu prüfen. Im Mittelpunkt steht die Prüfung eventueller zeitlicher Begrenzungen der Deckung bzw. Nachhaftungsfristen. Weiter sollten Käufer eine rückwirkende Versicherung (Rückwärtsversicherung) unbekannter, aber möglicher Haftungsrisiken prüfen, deren

Eintritt nicht ausgeschlossen werden kann. Dies gilt besonders für vor dem Kauf des Zielunternehmens nicht entdeckte Serienschäden, deren Eintritt erst nach dem Kauf festgestellt wird.

Bei bereits eingetretenen oder bekannten Haftungsrisiken kann eine Projektdeckung („liability buy-out“) umgesetzt werden. Diese Projektdeckungen bieten sich vor allem bei schlecht einschätzbaren und langfristigen Haftungsrisiken an.

Risiken aus der Unternehmenstransaktion selbst können im Wege der Versicherung der Garantieerklärungen des Verkäufers (W&I-Versicherung) abgesichert werden.

34 Grund dafür ist der erweiterte Deckungsumfang, vgl. Franz/Keune VersR 2013, 1371, 1375.

35 Grossmann/Mönnich NZG 2003, 708, 711.

36 Wegen der schweren Kalkulierbarkeit etwaiger Folgekosten, vgl. Hasselbach/Reichel ZIP 2005, 377, 379.

37 Grossmann/Mönnich NZG 2003, 708, 711.

38 Kränzlin/Otte/Fassbach BB 2013, 2314, 2316.

39 Werlen/Mannsdorfer GesKR 3/2013, 1, 5.

Impressum

Herausgeber:

General Reinsurance AG
Theodor-Heuss-Ring 11, 50668 Köln
de.genre.com

Redaktion: Nina Dahm-Loraing
(verantwortlich), Dr. Axel Horster,
Dr. Mathias Schubert, Ursula Smoll

Anschrift der Redaktion:

Theodor-Heuss-Ring 11, 50668 Köln
Telefon (0221) 9738 650
Fax (0221) 9738 453
E-Mail rlorain@genre.com, smoll@genre.com

Zitiervorschlag: *PHi*, Jahr, Seitenzahl

© General Reinsurance AG 2016

Die veröffentlichten Beiträge genießen urheberrechtlichen Schutz, solche mit Angabe des Verfassers stellen nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers oder der Redaktion dar.