

Financial Lines Forum
21. Oktober 2022

Rechts- und Gestaltungsfragen in der W&I-Versicherung

Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster

Gliederung

- I. Einleitung
- II. Deckungskonzepte
- III. AGB-rechtliche Probleme
- IV. Kenntnis und Kennenmüssen
- V. Beurkundungserfordernis
- VI. Entschädigungsleistung
- VII. Aktuelle Trends
- VIII. Fazit

I. Einleitung

- **W&I (Warranty and Indemnity) – Versicherung:** Absicherung der vom Verkäufer im Unternehmenskaufvertrag dem Käufer gegebenen **Garantien**. Bedeutsam bei Post-M&A-Streitigkeiten.
- **Verkäuferpolice (Sell Side):** klassische Vermögensschadenhaftpflicht (Entschädigung für begründete Gewährleistungsansprüche und Abwehr)
- **Käuferpolice (Buy Side):** Eigenschadenversicherung (Entschädigung für begründete Gewährleistungsansprüche) = Marktstandard
- **Interessenlage des Verkäufers:** clean exit nach Risikotransfer auf den Versicherer; für den **Käufer** ändert sich die Lage hingegen kaum

I. Einleitung

- Übliche **Käuferpolicen-Bedingungen** sind für den VN günstiger, da Vorsatzausschluss entfällt
- **Regress** des VR gegen den Verkäufer ist oft auf Vorsatz beschränkt (Zwecke: Streitvermeidung; *clean exit* des Verkäufers).
- **Gestaltungshinweis:** Abstimmungsbedarf bzgl. Vorsatz von Erfüllungsgehilfen!
- **Beide Kaufvertragspartner profitieren** vom Versicherungsschutz; daher ggf. Prämienteilung
- Verkäufer **verpflichtet** Käufer regelmäßig, eine Käuferpolice abzuschließen

I. Einleitung

Praxisproblem 1: Risikoprüfung

- Marktstandard: Prüfung durch **Käufer**; von ihm beauftragte Due Diligence ist Grundlage für die Risikoprüfung des VR
- Haftungsthema vor allem: **Financial Statements**

Praxisproblem 2: Herausforderungen bei Anwendbarkeit deutschen Rechts auf den W&I-Vertrag

- Geltung der **AGB-Kontrolle**; Reichweite streitig
- **Beurkundungserfordernis** für Unternehmenskaufvertrag kann sich auf W&I-Vertrag erstrecken

II. Deckungskonzepte

- **Zwei Grundkonzepte:** Verweisung auf Unternehmenskaufvertrag oder eigenständiger Garantiekatalog im Versicherungsvertrag
 - (1) Klassische Gestaltung:** Bezugnahme im Versicherungsvertrag auf die Gewährleistungskataloge des Kaufvertrags (versicherte Schäden richten sich nach dem **Warranty Spreadsheet**, mit Bezugnahmen und Abweichungen). **Hard stapled insurance:** genaue Abbildung („*mirroring*“) der Garantien im Kaufvertrag.
 - **(2) Jüngere Alternativen:**
 - a) Zero-Liability-**Versicherung mit betragsmäßiger Haftungsbeschränkung im Kaufvertrag auf 1 oder 0 EUR.
 - b) Synthetische Garantien**, d.h. Auflistung von Garantien im Versicherungsvertrag, die nicht an Gewährleistungen im Kaufvertrag anknüpfen.

II. Deckungskonzepte

- **Zero-Liability-Versicherung** ist rechtlich umstritten:
 - Verstoß gegen **§ 444 Fall 2 BGB** (keine Berufung auf Haftungsausschluss, wenn Beschaffenheitsgarantie übernommen wurde)?
 - **Pro:** Betragsmäßige Begrenzung kommt Ausschluss gleich
 - **Contra:** Käufer lässt sich darauf nur wegen gleichzeitiger W&I-Deckung seines Garantieinteresses ein.
 - **Scheingeschäft** (§ 117 BGB) oder **Perplexität?** **Contra:** Die symbolische Haftung dient im Einvernehmen aller Beteiligten als Anknüpfungspunkt für die W&I-Deckung.
 - Verstoß gegen **§ 276 Abs. 3 BGB** (kein Vorsatzausschluss im Voraus)? **Contra:** Haftungsbegrenzung gilt nicht für Vorsatz.

II. Deckungskonzepte

- AGB-rechtlich: **Vertragszweckgefährdung** (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB)?

Pro: Haftung für **typischerweise vorhersehbare Schäden** kann nicht durch AGB ausgeschlossen werden

Contra: Abgestimmtes **System** von Haftungsausschluss und Versicherungsschutz schließt unangemessene Benachteiligung aus (vgl. BGH NJW 1982, 1820, 1821; Meven, Die Warranty & Indemnity Versicherung, 2021, S. 322 f.).

II. Deckungskonzepte

- **Synthetische Versicherung:**
 - Verstoß gegen den Grundsatz **konkreter Bedarfsdeckung** in der Schadenversicherung? Aber: konkreter Bedarf besteht.
 - Vorteil: **Entkoppelung** der Police vom Unternehmenskaufvertrag.

II. Deckungskonzepte

- **Problem: Kaufvertrag ist unwirksam.** Folgen für Versicherungsvertrag?
- Maßgeblich ist Definition des Schadens; in der Praxis oft unklar.
- **Gestaltungsempfehlung: Klare Regelung** zur Leistungspflicht bei Unwirksamkeit des Kaufvertrags (*Allmendinger/Cohen NZG 2021, 143, 148*).
- **Obliegenheiten** für den Fall der Unwirksamkeit; Verhinderung/Behebung von Unwirksamkeit (keine Anfechtung; Heilung)

III. AGB-rechtliche Probleme

Einordnung als AGB

- **Aushandeln** im Einzelfall?
- Mehrfache Verwendung bei **Layer-Deckungen**? (vgl. BGH BeckRS 1991, 06806 Rn. 16)
- In Bezug genommene **Klauseln des Kaufvertrags** als AVB?
- Anschlussfrage: **Verwendereigenschaft** VR oder VN?

Transparenzkontrolle

- Unübersichtlichkeit des Deckungsumfangs durch **Kombination** von Risikoausschlüssen im Versicherungsvertrag mit Verweisung auf das *Warranty Spreadsheet*?

III. AGB-rechtliche Probleme

Ausschluss für Vorsatz
von
Erfüllungsgehilfen

- Klauselverbot gem. § 309 Nr. 7b BGB?

Leitbildkontrolle bei
Großrisikoverträgen

- Verstößt der Risikoausschluss bei grob fahrlässiger Unkenntnis vom
- Gewährleistungsfall gegen das Leitbild des § 81 Abs. 2 VVG?

III. Kenntnis und Kennenmüssen

- **Risikoausschlüsse:**
- **Bekannte Risiken:** in der Praxis sehr bedeutsam. Drei Fallgruppen:
 - Risiken, die dem VN bei Versicherungsbeginn **positiv bekannt** sind (bei Käuferpolice nur klarstellend, da fehlende Deckung insoweit bereits aus § 442 BGB folgt)
 - **Grob fahrlässig unbekannt** Risiken (praktisch bedeutsam wegen Beweisschwierigkeiten bzgl. positiver Kenntnis, aber hohe Anforderungen).
 - Gewährleistungsschäden, die sich aus **offengelegten Umständen** ergeben.

IV. Kenntnis und Kennenmüssen

Kenntnis des Verkäufers

- **Praxisbeispiel:** “*To Seller’s **best knowledge** ...*”
- Genügt grobe Fahrlässigkeit?
- Wird dadurch die Garantie eingeschränkt?
- Wissenszurechnung im Unternehmen/Konzern

IV. Kenntnis und Kennenmüssen

Kenntnis des Käufers

- **Praxisbeispiel:** Ausschluss *“in case of **Buyer's knowledge** of the facts causing the damage”*
- Offenlegung i.R.d. Disclosure ausreichend?
- Genügt grobe Fahrlässigkeit?
- Wissenszurechnung im Unternehmen/Konzern

IV. Kenntnis und Kennenmüssen

- **No-Claims-Declaration:**
 - VN erklärt, dass den Mitgliedern seines Deal Teams **keine Umstände bekannt** sind, die zu Gewährleistung führen können.
 - Ausgestaltung als **aufschiebende Bedingung** für die Wirksamkeit des Versicherungsvertrags.
 - Bei Massenrisiken: Verstoß gegen das Leitbild von § 28 VVG?
 - Bei Großrisiken: Leitbildverstoß? Vertragszweckgefährdung?
 - § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB: „ (...) **auf die im Handelsverkehr geltenden Gebräuche und Gewohnheiten ist angemessen Rücksicht zu nehmen.**“

V. Beurkundungserfordernis

- **Share Deal** mit GmbH-Geschäftsanteilen:
 - Kaufvertrag ist beurkundungsbedürftig (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG)
 - Gebietet der **Schutzzweck** dieser Vorschrift es, dass auch der Versicherungsvertrag beurkundet wird?
 - **Pro:** Verknüpfungswille
 - **Contra:** Drittverhältnis; Schutzzweck ist Verhinderung spekulativen Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen
(Lüttringhaus/Korch, WM 2022, 1, 5; aber mit Hinweis auf Sekundärzweck)

V. Beurkundungserfordernis

- **Asset Deal** mit Immobilien:
 - Kaufvertrag beurkundungsbedürftig (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB)
 - Maßgeblich ist **Verknüpfungswille**
 - **Differenzierung:** bei Hard-Stapled- oder Zero-Liability-Käuferpolicen ja, bei Verkäuferpolicen wohl nein (str., näher *Lüttringhaus/Korch, WM 2022, 1, 2 ff.; Meven, S. 179 ff.*)

VI. Entschädigungsleistung

- **Naturalrestitution:** Preisdifferenzschaden (vgl. BGH NJW 1977, 1536 f.; OLG Frankfurt a.M. NZG 2016, 435) bzw. Wertminderung
- Vorrang der **Vertragsgestaltung!**
- **Gestaltungsempfehlungen:**
 - Bestimmung des „zum Ersatz verpflichtenden Umstands“ iSv § 249 Abs. 1 BGB
 - Dokumentation der Kriterien zur Kaufpreisbestimmung
 - Vereinbarung der Bilanzauffüllung?

VII. Aktuelle Trends

- **Tax Liability** Insurance
- **New Breach Cover:** für Garantieverletzungen, die zwischen Signing und Closing auftreten
- **Tipping Retention:** Selbstbehalt des Käufers entfällt, wenn sein Schaden höher liegt

VIII. Fazit

- **Produktgestaltung:** Zero-Liability und Synthetische Garantien bieten Alternativen
- **AGB-Recht: Verhandlungsverlauf** dokumentieren!
- **Klarstellungen** zum zentralen Streitthema **Kenntnis** (Anforderungen; Zurechnung)
- **Vereinbarungen zum Schadensersatz**

VIELEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT !

Für später aufkommende Fragen:
c.armbruester@fu-berlin.de