

*Dr. Stefan Steinkühler, LL.M., Rechtsanwalt und Partner, sowie René Schnichels, Rechtsanwalt, Wilhelm Rechtsanwälte, Düsseldorf, [www.wilhelm-rae.de](http://www.wilhelm-rae.de)*

## „Warranty & Indemnity Insurance“

### 1. EINLEITUNG

Die W&I-Versicherung kommt beim Unternehmenskauf zum Einsatz.<sup>1</sup> Die deutsche Fachliteratur bezeichnet die W&I-Versicherung auch als „Gewährleistungsversicherung“.<sup>2</sup>

Der Gegenstand dieser Versicherung und ihre Bedeutung in der Versicherungspraxis stehen im Fokus der Darstellung.

### 2. REGELUNGSGEGENSTAND DER W&I-VERSICHERUNG

Im Rahmen eines Unternehmenskaufs gibt der Verkäufer häufig Garantieerklärungen ab. Diese können z. B. die Erbringung von Stammeinlagen, die Richtigkeit von steuerlichen Vorgängen oder die Belastungsfreiheit von Geschäftsanteilen betreffen. Ist die vom Verkäufer abgegebene Garantie fehlerhaft, so haftet der Verkäufer dem Käufer unmittelbar aus der vertraglichen Garantie.

Ohne W&I-Versicherung muss der Käufer seine Ansprüche aus der Garantie gegen den Verkäufer geltend machen. Wenn der Verkäufer die vom Käufer geltend gemachten Ansprüche aus der Garantie nicht anerkennt, muss der Käufer notfalls seinen Anspruch vor Gericht durchsetzen. Der Käufer trägt das Prozessrisiko. Der Käufer trägt zudem das Insolvenzrisiko des Verkäufers.<sup>3</sup> Dagegen soll die W&I-Versicherung schützen.

Ist der Verkäufer Versicherungsnehmer (Verkäufer-Police), so erwirbt er im Falle seiner Haftung gegenüber dem Käufer aufgrund einer fehlerhaften Garantie einen Anspruch gegen den Versicherer

---

<sup>1</sup> Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechts-Handbuch, S. 2110

<sup>2</sup> Metz, Grundzüge der W&I-Insurance beim Unternehmenskauf, NJW 2010, 813

<sup>3</sup> Grossmann/Mönnich, Warranty & Indemnity Insurance – Die Versicherbarkeit von Garantierisiken aus Unternehmenskaufverträgen, NZG 2003, 708, 709

auf Freistellung von Haftungsansprüchen des Käufers gegen den Verkäufer aus der Garantieerklärung.<sup>4</sup>

Der Verkäufer kann ihm zustehende Deckungsansprüche an den Käufer abtreten.<sup>5</sup> Der Käufer erlangt dann einen Direktanspruch gegen den Versicherer auf Ersatz des dem Käufer aus der fehlerhaften Garantie entstandenen Schadens. Die vom Verkäufer abgeschlossene W&I-Versicherung kommt in diesem Falle unmittelbar auch dem Käufer zugute.

Ist der Käufer Versicherungsnehmer (Käufer-Police), so erwirbt der Käufer aufgrund einer fehlerhaften Garantie einen Anspruch gegen den Versicherer auf Ausgleich des entstandenen Schadens.

In der Regel beinhaltet die Käufer-Police einen Regressverzicht des Versicherers zugunsten des Verkäufers.<sup>6</sup> Das heißt, der Käufer kann seinen durch die fehlerhafte Garantieerklärung des Verkäufers verursachten Schaden vom Versicherer ersetzt verlangen. Der Versicherer kann seinerseits aber nicht beim Verkäufer regressieren. Die vom Käufer abgeschlossene W&I-Versicherung schützt in diesem Falle auch den Verkäufer.

Wichtiger Unterschied zwischen einer Verkäufer-Police und einer Käufer-Police ist, dass bei der Verkäufer-Police häufig kein Deckungsschutz besteht, wenn der Verkäufer dem Käufer arglistig falsche Garantien gibt. Die Käufer-Police bietet hingegen Deckungsschutz unabhängig davon, ob der Verkäufer die Fehlerhaftigkeit der vom Verkäufer abgegebenen Garantie kannte oder nicht. Die Arglist des Verkäufers ist bei der Käufer-Police mitversichert.<sup>7</sup>

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die W&I-Versicherung im Rahmen eines Unternehmensverkaufs sowohl dem Verkäufer als auch dem Käufer dient, unabhängig davon, wer von beiden den W&I-Versicherungsvertrag abschließt. Die W&I-Versicherung sorgt auf diese Weise für Liquidität und finanzielle Planungssicherheit. Besteht Versicherungsschutz aus einer W&I-Versicherung, so muss der Verkäufer keine Rücklagen für eine mögliche Inanspruchnahme aus einer Garantieerklärung im Rahmen eines Unternehmensverkaufs bilden.

---

<sup>4</sup> Metz, (a.a.O.), 814

<sup>5</sup> Grossmann/Mönnich, (a.a.O.), 710

<sup>6</sup> Grossmann/Mönnich, (a.a.O.), 710

<sup>7</sup> Grossmann/Mönnich, (a.a.O.), 710

### **3. PRAKTISCHE BEDEUTUNG DER W&I-VERSICHERUNG**

Seit der Bankenkrise ist der M&A-Markt eingebrochen. Erste Indikatoren im Mittelstand lassen darauf schließen, dass für das Jahr 2010 im Vergleich zum Vorjahr wieder mit einer Zunahme von M&A-Deals zu rechnen ist.<sup>8</sup> Ein Aufleben der W&I-Versicherungen scheint möglich.

Damit ist auch die Hoffnung verbunden, dass die in der Vergangenheit oftmals festzustellenden Schwierigkeiten in der Umsetzung einer Versicherungslösung ausbleiben.

#### **3.1 Späte Identifizierung der Risiken und späte Suche nach Risikotransfer**

Erfahrungsgemäß kommt die W&I-Versicherung spät im Prozess der Due-Dilligence auf die Tagesordnung der verhandelnden Parteien. Das ist erst dann der Fall, wenn die Risiken der Transaktion identifiziert und klassifiziert worden sind. Um eine mögliche Hürde in der Vorbereitung des Unternehmenskaufvertrags zu vermeiden und um den vereinbarten Zeitraum bis zum Abschluss des Unternehmenskaufs („closing“) nicht zu gefährden, wird die Möglichkeit eines Risikotransfers gesucht.

Die angesprochenen Versicherer benötigen allerdings umfangreiche Underwriting-Unterlagen und gegebenenfalls Erklärungen des zukünftigen Versicherungsnehmers. Erste Indikationen hinsichtlich der zu erwartenden Prämie und den Standardbedingungen liegen in der Regel schnell vor. Bevor jedoch der Wissensdurst der Versicherer gestillt ist und ein vorbehaltloses Angebot auf dem Tisch liegt, können teilweise bis zu vierzehn Tage vergehen. Sofern, was häufig der Fall ist, englische Versicherer involviert sind, lassen diese die Risikounterlagen ihrerseits durch deutsche Anwälte prüfen. Die Informationskette „Versicherungsnehmer/Rechtsanwälte – Makler – Versicherer – Rechtsanwälte des Versicherers und zurück...“ ist zeitaufwendig. Oftmals scheitern gerade am immensen Zeitaufwand des Underwritings die Bemühungen, rechtzeitig vor Closing noch eine W&I-Versicherung zu installieren.

#### **3.2 Abgleich von Haftung und Deckung**

Nachdem die ersten Indikationen vorliegen, können Deckungsbausteine auf ihre haftungsrechtliche Relevanz untersucht werden. Dieser an sich selbstverständliche Schritt ist oft ein weiteres Problem der W&I-Versicherung, da der konkret zu versichernde Gegenstand häufig von den allgemeinen Klauseln der Bedingungswerke nicht erfasst wird und Nachbesserungsbedarf besteht. In der Regel

---

<sup>8</sup> Keller/Marquardt, Deutscher Small Cap M&A-Markt: Jahresrückblick 2009 und Ausblick 2010, M&A Review 2010, 139, 142 f.

überschreitet dieser Prüfungsschritt den Auftrag des betrauten Versicherungsmaklers, da eine Rechtsberatung vorzunehmen ist.

Eine rechtliche Überprüfung der häufig englischsprachigen Vertragsbedingungen erfordert wegen des unterschiedlichen Deckungsverständnisses weiteren Zeitaufwand. Englischsprachige W&I-Versicherungsverträge definieren z.B. den Begriff „loss“ anders als deutschsprachige W&I-Versicherungsverträge den Begriff des „Schadens“. Entsprechender Korrekturbedarf und Überzeugungsarbeit gegenüber dem Versicherer ist von Nöten.

#### Exkurs:

Sofern englische Bedingungen zugrundegelegt werden müssen, sollten ferner ein deutscher Gerichtstand und Schiedsort vereinbart werden. Auch sollte eine deutsche Rechtswahl festgeschrieben werden. Zudem sollten deutsche Rechtsbegriffe das englische Bedingungsnetzwerk erweitern, um die Verständlichkeit für einen deutschen Versicherungsnehmer zu erhöhen. Viele Begrifflichkeiten sind dem deutschen Versicherungsrecht fremd und bieten Auslegungsspielraum.

### 3.3 „No claims declaration“ & Zurechnung von Wissen

Neben den eigentlichen Versicherungsbedingungen verlangen die Versicherer in der Regel auch Erklärungen des Versicherungsnehmers, dass ihm zu einem bestimmten Zeitpunkt keine weiteren Schadenfälle oder Umstände bekannt sind, die zu einem Schadenfall im Sinne der W&I-Versicherung führen können. Oftmals versuchen Versicherer an dieser Stelle, auf eine möglichst breite Basis an Wissensträgern aus dem Lager des Versicherungsnehmers zurückzugreifen. Neben den Repräsentanten des Versicherungsnehmers soll es auch auf das Wissen des Deal/Transaction Teams, welches namentlich zu benennen ist, ankommen. Insofern kann nur empfohlen werden, den Personenkreis, dessen Wissen zuzurechnen ist, möglichst klein zu halten.

## **4. FAZIT**

Um den Unternehmensverkauf nicht zu verzögern, sollte die den W&I-Versicherungsvertrag abschließende Partei zeitgleich mit der Vorbereitung des Unternehmenskaufvertrags den Abschluss einer W&I-Versicherung betreiben. Notwendig sind maßgeschneiderte Versicherungsprodukte, die auf den jeweiligen Unternehmenskauf Anwendung finden sollen. Nehmen die Vertragsparteien erst nach Abschluss des Unternehmenskaufvertrags den Abschluss einer W&I-Versicherung in Angriff, kann dies zu Deckungslücken führen.

In der Praxis bieten oft nur englische Versicherer eine W&I-Versicherung an. Bei englischen Bedingungsnetzen muss in vielen Fällen bedingungsseitig nachgebessert werden.

Dr. Stefan Steinkühler, LL.M.  
Rechtsanwalt  
Master of Insurance Law

Wilhelm  
Partnerschaft von Rechtsanwälten  
Sitz: Düsseldorf - AG Essen: PR 1597  
Fürstenwall 63  
40219 Düsseldorf

Telefon: + 49 (0)211 687746 - 24

Telefax: + 49 (0)211 687746 - 20

[www.wilhelm-rae.de](http://www.wilhelm-rae.de)

[stefan.steinkuehler@wilhelm-rae.de](mailto:stefan.steinkuehler@wilhelm-rae.de)