

WAS PASSIERT MIT DEM D&O-VERSICHERUNGSSCHUTZ BEI EINER UNTERNEHMENSNACHFOLGE?



Karin Baumeier*,
Rechtsanwältin,
Beratung zur D&O,
www.kanzlei-baumeier.de

Für den Zeitraum von 2017 bis 2018 steht für ca. 54.000 familiengeführte Unternehmen die Nachfolge an¹.

Das Institut für Mittelstandsforschung (IfM) Bonn spricht von einer Unternehmensnachfolge, wenn der Eigentümer eines familiengeführten Unternehmens die Leitung seines Unternehmens aus persönlichen Gründen abgibt. Dabei wird mit dem Ausscheiden des Alt-Eigentümers aus der Geschäftsleitung grundsätzlich auch die Übergabe des Eigentums an dem Unternehmen verbunden, was jedoch nicht zwingend ist². Das zu übertragende Unternehmen kann die Rechtsform eines Einzelunternehmens, einer Personengesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft haben³.

Ein Großteil der Unternehmer wünscht sich, dass das Unternehmen in der Familie verbleibt und von einem Verwandten übernommen wird. Es wird jedoch erwartet, dass nur ca. die Hälfte aller anstehenden Nachfolgefälle über eine familieninterne Nachfolge geregelt werden⁴.

Damit werden voraussichtlich bis 2018 ca. 27.000 der familiengeführten Unternehmen von einem außenstehenden Dritten im Rahmen der Unternehmensnachfolge übernommen.

Es gibt, wie die nachfolgend aufgezählten Beispiele zeigen, eine Reihe von unterschiedlichen Konstellationen, wie eine Unternehmensnachfolge aussehen kann:

Der Alt-Eigentümer, der in der Regel zugleich Gesellschafter-Geschäftsführer des verkauften Unternehmens war, wird durch einen oder mehrere neue Gesellschafter als Eigentümer ersetzt. Der neue Gesellschafter kann ein strategischer Investor oder ein Finanzinvestor sein⁵. In vielen Fällen kauft ein branchenerfahrener externer Manager die Anteile des Unternehmens und führt dieses als neuer Gesellschafter-Geschäftsführer (sog. MBI, Management Buy-In)⁶. Der neue Gesellschafter kann sich aber auch eines Fremd-Geschäftsführers bedienen, der die Leitung alleine verantwortet oder gemeinsam mit dem neuen Gesellschafter-Geschäftsführer. Unter Umständen kann es jedoch auch sein, dass ein Fremd-Geschäftsführer, der zuvor für den/mit dem Alt-Eigentümer das Unternehmen geleitet hat, nun die Leitung des verkauften Unternehmens auf Wunsch des neuen Eigentümers fortführt. Oder der Fremd-Geschäftsführer des Alt-Eigentümers wird selber neuer Eigentümer (sog. MBO, Management Buy-Out)⁷. Bei den Managern eines MBO handelt es sich in der Regel um langjährige Mitarbeiter aus Führungsebenen, die über ein hohes branchen – sowie unternehmensinternes Fachwissen verfügen⁸.

Der D&O-Versicherungsschutz ist zum einen für den neuen Eigentümer bzw. Gesellschafter wichtig, der sein Vermögen in das Unternehmen investiert und mit einem D&O-Versicherer im Rahmen der Bedingungen nicht mehr das gesamte Solvenzrisiko des Unternehmensleiters bei

einer schuldhaft verursachten Pflichtverletzung trägt. Falls der Gesellschafter als Gesellschafter-Geschäftsführer selbst die Unternehmensleitung übernimmt bzw. sich (zusätzlich) eines Fremd-Geschäftsführers bedient, unterliegt auch er der Organhaftung. Primärer Zweck der D&O-Versicherung ist die Absicherung des Privatvermögens der Unternehmensleiter⁹. Darüber hinaus kann ein Alt-Eigentümer die Attraktivität seines Unternehmens durch den Fortbestand von D&O-Versicherungsschutz unterstreichen und je nach Ausgestaltung des Anstellungsvertrages eventuell eine bestehende „Fürsorgepflicht“ erfüllen, falls dieser Unternehmensleiter weiter in seiner Funktion für den neuen Eigentümer tätig bleiben soll.

Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick geben, was bei einer Unternehmensnachfolge mit dem D&O-Versicherungsschutz geschieht. Dabei ist von der Annahme auszugehen, dass für das übertragene Unternehmen des Alt-Eigentümers eine Unternehmenspolice besteht.

1. Neubeherrschung – Leitungsübernahme durch neuen Gesellschafter

Wenn im Rahmen der Unternehmensnachfolge ein neuer Gesellschafter die Leitung oder Kontrolle des Unternehmens des Alt-Eigentümers übernimmt, erlangt der neue Gesellschafter einen sog. beherrschenden Einfluss über das Unternehmen des Alteigentümers. Die meisten D&O-Versicherungsbedingungen (nachfolgend: D&O-VB) halten eine gesonderte Klausel für den Fall der sog. Neubeherrschung parat. Dabei spielt es für die Neubeherrschung grundsätzlich keine Rolle, ob der neue Gesellschafter im Rahmen der Unternehmensnachfolge als natürliche Person oder als eingetragene Firma den beherrschenden Einfluss ausübt.

Bei einer Unternehmensnachfolge von außenstehenden Dritten liegt in der Regel keine Verschiebung von Anteilen oder

* Karin Baumeier ist auch Partnerin der omegaconsulting GmbH und Trainerin für D&O bei der Deutschen Makler Akademie gGmbH.

1 Wegmann/Wiesehahn, Unternehmensnachfolge, Praxishandbuch für Familienunternehmen, Verlag Springer Gabler, Wiesbaden 2015, S. 15.

2 http://www.ifm-bonn.org/fileadmin/data/redaktion/publikationen/ifm_materialien/dokumente/IfM-Materialien-254_2017.pdf.

3 Wegmann/Wiesehahn, S. 59.

4 Wegmann/Wiesehahn, S. V.

5 Wegmann/Wiesehahn, S. 90.

6 Wegmann/Wiesehahn, S. 127.

7 Wegmann/Wiesehahn, S. 127.

8 Wegmann/Wiesehahn, S. 127: Häufig fehlende finanzielle Mittel zum Kauf des Unternehmens können durch einen Zusammenschluss der Manager mit Private-Equity-Investoren ausgeglichen werden.

9 Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, Verlag C.H.Beck 2014, § 1 Rn. 7.

Stimmrechten vor, so dass die vertraglichen Regelungen zur Neubeheerschung zu prüfen sind. Und diese können sehr unterschiedlich ausgestaltet sein.

Im Rahmen einiger D&O-VB besteht der Versicherungsschutz uneingeschränkt fort. Damit ist der Versicherungsschutz nach Wirksamkeit der Neubeheerschung weiter gewährleistet.

Vorsicht ist geboten für den Fall, dass der beherrschende Einfluss durch eine Kapital- oder Personenhandelsgesellschaft ausgeübt wird, die wiederum selbst über eine D&O-Versicherung verfügt. Sollte das übertragene Unternehmen im Rahmen der D&O-Versicherung des neu beherrschenden Unternehmens auch unter dessen Versicherungsschutz fallen, liegt eine Doppelversicherung vor. Die doppelte Absicherung für dieselben Pflichtverletzungen birgt wiederum die Gefahr, dass beide Versicherer jeweils die Leistungspflicht beim anderen Versicherer sehen. Für diesen Fall sollten rechtzeitig vor der Wirksamkeit der Neubeheerschung nach sorgfältiger Prüfung geeignete Maßnahmen getroffen werden, um entweder eine Doppelversicherung zu vermeiden oder durch Aufnahme eindeutiger Subsidiaritätsregelungen für beide Versicherungen der Gefahr zu begegnen, dass sich im Schadenfall keiner der Versicherer für zuständig hält.

In anderen D&O-VB hingegen ist die Versicherungsnehmerin verpflichtet, dem Versicherer die Neubeheerschung als gefahrerhöhenden Umstand anzuzeigen. Der Alt-Eigentümer verfügt jedoch ab dem Verkauf seines Unternehmens regelmäßig nicht mehr über das Unternehmen und hat demnach auch gleichzeitig keine weitere Verfügungsmacht mehr über die D&O-Versicherung. Die Anzeigepflicht trifft vielmehr den neuen Gesellschafter (-Geschäftsführer) und/oder den Fremd-Geschäftsführer, je nachdem, wer für die Betreuung der Versicherungen zuständig ist.

Darüber hinaus kann geregelt sein, dass der Versicherungsschutz nur für diejenigen Versicherungsfälle gilt, die auf Pflichtverletzungen beruhen, die bis zum Zeitpunkt der rechtlichen Wirksamkeit der Neubeheerschung begangen worden sind.

Teilweise wird sogar geregelt, dass die D&O-Versicherung des Alt-Eigentümers

im Falle einer Neubeheerschung mit dem Ablauf der Versicherungsperiode automatisch beendet wird, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Die automatische Beendigung des D&O-Vertrages birgt natürlich die Gefahr in sich, dass der neue Gesellschafter-Geschäftsführer und/oder der Fremd-Geschäftsführer mit dem Ablauf der Versicherungsperiode keinen D&O-Versicherungsschutz mehr genießt. In so einem Fall sind die betroffenen Personen angehalten, am besten noch vor der Wirksamkeit der Neubeheerschung eine nahtlose Anschlussversicherung ggfs. unter Wahrung der Kontinuität sicherzustellen. Falls das neubeherrschende Unternehmen bereits über eine D&O-Versicherung verfügt, sind rechtzeitig mögliche Anpassungen zwecks Vermeidung von Deckungslücken zu prüfen und gegebenenfalls in diesen Vertrag aufzunehmen.

Zugleich ist für den Fall der automatischen Beendigung des Versicherungsvertrages zu prüfen, ob die Nachmeldefrist zu laufen beginnt. Teilweise wird in den D&O-VB klargestellt, dass die Nachmeldefrist sogar trotz eines Prämienzahlungsverzuges im Falle der Neubeheerschung bestehen bleibt.

2. Verschmelzung - Auflösung durch Fusion

Verliert die Gesellschaft des Alt-Eigentümers im Rahmen einer Fusion bzw. Verschmelzung zum Beispiel nach dem Umwandlungsgesetz oder anderen Rechtsvorschriften seine Rechtsträgereigenschaft und wird ohne Abwicklung aufgelöst, so regeln die meisten D&O-VB, dass der Versicherungsschutz noch für solche Pflichtverletzungen besteht, die bis zum Zeitpunkt der rechtlichen Wirksamkeit der Verschmelzung begangen wurden.

Einige D&O-VB stellen darüber hinaus klar, dass der Versicherungsvertrag mit Ablauf der Versicherungsperiode automatisch endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf und die Nachmeldefrist mit der Beendigung dann zu laufen beginnt. Einige Bedingungen regeln lediglich, dass die Regelungen zur Nachmeldefrist unberührt bleiben. Auch gibt es Klauseln, die sogar ausdrücklich eine Nachmeldefrist trotz Prämienzahlungsverzuges gewähren.

Grundsätzlich endet also der Versicherungsschutz mit der Wirksamkeit bzw. dem Vollzug der Verschmelzung.

Deshalb sollte ein zeitlich nahtloser D&O-Versicherungsschutz für das bereits bestehende Unternehmen des neuen Gesellschafters sichergestellt werden. Die Gefahr einer Doppelversicherung liegt somit im Falle der Verschmelzung – anders als bei der Neubeheerschung – nicht vor.

Wenn der neue Gesellschafter für das Unternehmen, auf das das übertragene Unternehmen verschmolzen wurde, bereits über eine D&O-Versicherung verfügt, besteht regelmäßig für die versicherten Personen des verschmolzenen Unternehmens Versicherungsschutz aus der „überlebenden“ D&O-Versicherung. Der Versicherungsschutz wird hierbei für solche Versicherungsfälle gewährt, die auf Pflichtverletzungen beruhen, die nach dem Zeitpunkt der rechtlichen Wirksamkeit bzw. dem Vollzug der Verschmelzung begangen worden sind.

In jedem Einzelfall ist zu prüfen, ob im Rahmen des „überlebenden“ Vertrages zwecks Vermeidung von Deckungslücken eine entsprechende Klausel zum Beispiel zur Wahrung der Kontinuität aufgenommen werden sollte. Zu beachten ist, dass ohne Vertragsanpassung nach Ablauf der Nachmeldefrist kein Versicherungsschutz mehr für solche Pflichtverletzungen besteht, die vor der Verschmelzung von versicherten Personen im Rahmen ihrer Tätigkeit für das veräußerte und verschmolzene Unternehmen begangen wurden.

Manche D&O-VB gewähren nur dann Versicherungsschutz, wenn die Bilanzsumme des auf die Versicherungsnehmerin verschmolzenen Unternehmens nicht mehr als zum Beispiel 25 % der letzten Bilanzsumme der Versicherungsnehmerin ausmacht, es sich nicht um ein Finanzdienstleistungsunternehmen handelt und das Unternehmen nicht börsennotiert ist.

Zu beachten ist, dass einige D&O-VB eine Anzeigepflicht für den Fall der Verschmelzung des Unternehmens des Alt-Eigentümers als auch im Falle der Verschmelzung auf die Versicherungsnehmerin des neuen Gesellschafters vorsehen. Bei Nichtanzeige der Verschmelzung an den Versicherer droht der Wegfall des

Versicherungsschutzes für die versicherten Personen des verschmolzenen Unternehmens.

3. Beteiligungsveräußerung – Übertragung einer Tochtergesellschaft als Vorstufe

Der Vollständigkeit halber soll nachfolgend noch der D&O-Versicherungsschutz bei einer sog. Beteiligungsveräußerung beleuchtet werden. Eine Beteiligungsveräußerung kommt dann in Betracht, wenn der Alt-Eigentümer zunächst nur eine Tochtergesellschaft an den neuen Gesellschafter verkauft und weiter die Muttergesellschaft als Versicherungsnehmerin einer D&O-Versicherung führt. Auch wenn diese Konstellation im Rahmen der Unternehmensnachfolge eher selten vorkommt, so ist sie nicht gänzlich ausgeschlossen.

Der Versicherungsschutz für die veräußerte Tochtergesellschaft und deren versicherte Personen besteht nach den meisten D&O-VB nur für solche Pflichtverletzungen, die vor der rechtlichen Wirksamkeit des Verlusts der direkten Kontrolle begangen wurden. In manchen D&O-VB wird im Anschluss klargestellt, dass die Nachmeldefrist für das veräußerte Tochterunternehmen zu laufen beginnt.

Einige Versicherungsbedingungen geben dem Alt-Eigentümer sogar die Möglichkeit, innerhalb einer Frist von ein bis zwei Monaten diesem begrenzten Versicherungsschutz zu widersprechen, so dass für die Unternehmensleiter der veräußerten Tochtergesellschaft rückwirkend gar kein Versicherungsschutz mehr besteht - selbst für die Zeit, als das veräußerte Unternehmen noch eine Tochtergesellschaft war. Oder für das veräußerte Tochterunternehmen wird nur ein Bruchteil der Deckungssumme für die Vergangenheit zur Verfügung gestellt.

Die Gefahr, dass der Versicherungsschutz für die Vergangenheit gelöscht wird bzw. eine geringe nicht ausreichende Versicherungssumme zur Verfügung steht, kann nur durch eine rechtzeitige nahtlose Anschlussversicherung für das Tochterunternehmen mit einer unbegrenzten Rückwärtsversicherung abgedeckt werden.

Andererseits geben einige Versicherungsgesellschaften der Versicherungsnehmerin auch die Möglichkeit, gegen Prämienzuschlag den Versicherungsschutz für das veräußerte Tochterunternehmen auf ein bis zwei Monate nach Wirksamkeit der Beteiligungsveräußerung zu verlängern. Falls das übernehmende Unternehmen bereits über eine eigene D&O-Versicherung verfügt, sind analog der Ausführungen zur Neubeheerrschung geeignete Maßnahmen zu treffen, um Vorsorge gegen mögliche Nachteile bei einer Doppelversicherung zu treffen.

In den D&O-VB kann darüber hinaus geregelt sein, dass der Versicherer für das veräußerte Tochterunternehmen eine sog. Run-Off-Option anzubieten hat, wenn dies von der Muttergesellschaft oder dem Tochterunternehmen selbst angefordert wird. Bei dieser Run-Off-Option handelt es sich um einen eigenständigen D&O-Versicherungsvertrag zugunsten der versicherten Unternehmensleiter, die bislang unter der D&O-Unternehmenspolice versichert waren¹⁰. Das bedeutet, dass der Versicherer für diese Tochtergesellschaft ein Angebot für eine eigene D&O-Versicherung mit separater Deckungssumme und separater Nachmeldefrist zu unterbreiten hat. Die Anforderung eines solchen Angebotes steht innerhalb einer relativ kurzen Frist entweder nur der Versicherungsnehmerin zu, also der Muttergesellschaft des Alt-Eigentümers oder es ist zumindest die Zustimmung der Muttergesellschaft als Versicherungsnehmerin erforderlich.

Mit der Ausübung der Run-Off-Option wird der Versicherungsschutz zumindest für Pflichtverletzungen bis zum Zeitpunkt der rechtlichen Wirksamkeit der Beteiligungsveräußerung sichergestellt. Um Versicherungsschutz für die Zukunft, also der Zeit ab der rechtlichen Wirksamkeit der Beteiligungsveräußerung zu erhalten, ist eine zeitlich nahtlose Anschlussversicherung durch den neuen Gesellschafter-Geschäftsführer abzuschließen.

¹⁰ Lange, D&O-Versicherung und Managerhaftung, Verlag C.H.Beck 2014, § 5 Rn. 53.

Sollte es für das übernehmende Unternehmen bereits eine D&O-Versicherung geben, so ist zu prüfen, ob für die neu erworbene Gesellschaft automatischer Versicherungsschutz ab dem Zeitpunkt des rechtswirksamen Erwerbs besteht. Eine entsprechende Regelung kann man je nach Bedingungsmerkmal unter dem Stichwort „Beteiligungserwerb“, „Erwerb von Tochterunternehmen“, „Neue Tochterunternehmen“ etc. finden.

Die Folgen und Möglichkeiten für den Versicherungsschutz im Rahmen einer Beteiligungsveräußerung sind sehr unterschiedlich und sollten daher Wort für Wort geprüft werden. Es gibt sogar D&O-VB, die zwischen „dem Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit der Beteiligungsveräußerung“ und dem „Vertragsschluss über die Beteiligungsveräußerung“ unterscheiden und je nach gegebener Konstellation eine Folge für den Versicherungsschutz festlegen.

4. Zusammenfassung

Bei einer Unternehmensnachfolge kommt es zunächst darauf an, ob eine Neubeheerrschung, Verschmelzung oder Beteiligungsveräußerung im Sinne des geltenden D&O-Vertrages vorliegt. Die D&O-Versicherungsbedingungen regeln den Versicherungsschutz sehr unterschiedlich. Deshalb sollte jede einschlägige Klausel detailliert dahingehend geprüft werden, ob und ab welchem Zeitpunkt der Versicherungsschutz endet, ob eine Nachmeldefrist zu laufen beginnt und ob es Anzeigepflichten gegenüber dem Versicherer gibt.

Deckungslücken können durch die Beendigung des Versicherungsschutzes oder auch durch eine Doppelversicherung entstehen.

Daher sollte rechtzeitig vor einer Unternehmensübertragung geprüft werden, ob das verkaufte Unternehmen ab dem Zeitpunkt der rechtswirksamen Übertragung unter den Versicherungsschutz eines anderen D&O-Vertrages fällt. Diese andere D&O-Versicherung ist möglicherweise durch die Aufnahme lückenschließender Klauseln anzupassen. ■