

Captives für die Managerhaftung

von Rechtsanwalt Thomas Lindner

Mitgründer der LiLa Versicherungskontor GmbH & Co.KG

Teaser: Die D&O-Versicherung ist im harten Markt angekommen. Die Preise steigen, die Kapazitäten sind knapp. Viele Kunden haben Probleme, genug Deckung für ihr gesamtes D&O-Programm zu finden. Eine Alternative könnte sein, einen Teil der Risiken oder sogar das gesamte Programm in eine Captive, also einen firmeneigenen Versicherer, einzubringen. Damit könnten sich die Kapazitätsprobleme umgehen lassen. Allerdings ist diese Lösung nicht ohne Tücken.

Angesichts eines zunehmend härteren Marktes für D&O-Versicherungen werden Rufe nach Alternativen von Kunden lauter, die Schwierigkeiten haben, ihr gesamtes D&O-Programm auf traditionelle Weise bei Versicherern zu platzieren. Die Situation ist mittlerweile derart angespannt, dass selbst der Londoner Markt nicht mehr ausreicht, fehlende Kapazitäten der kontinentaleuropäischen Anbieter auszugleichen. Viele Erstversicherer haben ihre Limits um ein Drittel gekürzt, einige ziehen sich sogar ganz zurück, weil die Rückversicherer nicht mehr mitspielen.

Auf der anderen Seite steigen die Risiken, denen Manager ausgesetzt sind, stetig: sei es durch eine fortschreitende Verdichtung von Gesetzen oder sonstiger Regularien, durch immer mehr Transparenz bei der Offenlegung von Unternehmensdaten oder einfach nur durch die herannahenden Einbrüche der Konjunktur und die damit drohende Gefahr von Insolvenzen.

Risikomanager dürfen aber nicht einfach die Augen schließen und darauf verweisen, der Markt gäbe nicht mehr her. Hoffen, dass der Kelch an ihrem Unternehmen einfach irgendwie vorüberginge, ist auch keine Lösung. Vielmehr geht es jetzt darum, nach neuen Wegen Ausschau zu halten, wie sie auch schon in anderen Sparten beschritten werden, sobald die Kapazitäten der „klassischen“ Versicherer nicht ausreichen, den Bedarf der Kunden zu decken. Gefragt ist sogenannter alternativer Risikotransfer (ART), der insbesondere dann zum Zuge kommt, wenn Risiken sehr hoch oder so speziell sind, dass sich kein ausreichender Versicherungsmarkt dazu bildet.

Eine Überlegung, die immer wieder diskutiert wird, besteht darin, zumindest einen Teil oder gar das gesamte D&O-Programm in eine Captive einzubringen. Solche firmeneigenen Versicherer können sich zwar nur Großkonzerne leisten, weil sie einen erheblichen administrativen und finanziellen Aufwand mit sich bringen. Vielleicht ist es aber möglich – und sollte zumindest ernsthaft geprüft werden –, über Captives auch D&O-Risiken anderer Unternehmen abzusichern. Unter verschiedenen Aspekten hätten solche gemischten Risiko-Pools sogar einige Vorteile, wie sich noch zeigen wird.

Das Problem liegt in der Side-A-Deckung

Traditionell wird die Versicherung der Managerhaftung und der damit verbundenen Risiken auf drei Säulen gestellt:

- Side A
Deckung für Schadenersatzansprüche gegen eine Person in ihrer Eigenschaft als Manager (Organ).
- Side B
Deckung für Unternehmen, soweit diese die versicherten Manager/Organe von Schadenersatzansprüchen freistellen (sogenanntes Company Reimbursement).
- Side C
Deckung von Ansprüchen, die sich unmittelbar gegen die Unternehmen richten, insbesondere für Wertpapieransprüche von Anlegern.

Die Verwendung von Captives für die Absicherung von Risiken aus Side B und C ist relativ problemlos. Den Versicherungsschutz genießen insoweit ausschließlich die Unternehmen. Der Risikotransfer erfolgt ausschließlich im Verhältnis Unternehmen zu Risikoträger, egal ob es sich dabei um einen Dritt- oder Eigenversicherer handelt.

Beim Transfer von Side B- oder Side C-Risiken gibt es keine Besonderheiten, weder in gesellschaftsrechtlicher, steuerrechtlicher, aufsichtsrechtlicher noch in taktischer Hinsicht. Die Risikomanager können sich bei diesen Deckungen voll auf die Fragen nach dem richtigen Maß des Risikotransfers und seiner Auswirkungen fokussieren. Wie viel Risiko kann das Unternehmen selbst tragen? Ab wann macht es Sinn, Gefahren auf Versicherer abzuwälzen? Wie viel Aufwand bedeutet das? Wer kontrolliert und verwaltet die Risiken? Bei allen diesen Fragen müssen Belange Dritter nicht berücksichtigt werden.

Bei Side A-Risiken ist die Eigenversicherung dagegen deutlich komplizierter, insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber die Reduktion beziehungsweise den Verzicht der Managerhaftung teilweise oder ganz einschränkt, wie etwa in Deutschland mit Paragraf 93 Absatz 4 Aktiengesetz. In diesen Fällen muss darauf geachtet werden, dass die Versicherungslösung für einen ausreichenden Transfer auf Dritte sorgt. Andernfalls läge eine unzulässige Umgehung der Regelungen zur (eingeschränkten) Enthaltung der Vorstände vor.

Ein steiniger Weg bis Rom

Bei der Verwendung einer Captive zur Bereitstellung des D&O-Versicherungsschutzes für Side A gibt es drei Hauptprobleme:

1. Trennung von Vermögenswerten

Der Kern des D&O-Versicherungsschutzes bei Side A besteht neben der Abwehr unbegründeter Forderungen darin, Manager von ihrer Haftung freizustellen, wenn das Unternehmen dazu nicht bereit oder nicht in der Lage ist.

Eine der Hauptsituationen, in denen Manager nicht enthaftet werden können, wird bei Insolvenz der Unternehmen virulent. In einer traditionellen Captive-Lösung wird die Versicherung von einer (dazu gegründeten) Tochtergesellschaft des Unternehmens bereitgestellt. Eine solche Eigenversicherung funktioniert aber nicht, wenn bei Insolvenz des Konzerns das Vermögen der Captive vor dem Zugriff von Gläubigern nicht geschützt ist. Es kommt zum Ausfall der Absicherung und die Manager bleiben auf den Schäden sitzen.

Eine angemessene Finanzierung des firmeneigenen Versicherers kann zwar für die versicherten Manager einen gewissen Schutz vor Insolvenz oder finanzieller Schieflage der Muttergesellschaft bieten. Ein solcher Schutz stellt aber keineswegs eine sichere Finanzierung der Freistellungsverpflichtungen dar.

Von den Befürwortern wird argumentiert, dass das Vermögen der Captive zusätzliches/sonstiges Vermögen der Muttergesellschaft sei. Außerdem diene das Kapital der Captive zur Deckung der Verbindlichkeiten des Unternehmens, nicht zur Absicherung der Freistellungsansprüche der Versicherten. Es bleiben dennoch ernste Zweifel, ob eine solche Argumentation überzeugen kann, da die Versicherung auch und gerade zugunsten von versicherten Personen (Managern) abgeschlossen wird.

2. Zirkularität der Finanzierung

Ein weiteres Hindernis besteht darin, dass es den Unternehmen oftmals gesetzlich untersagt ist, Manager von deren Haftung freizustellen. Die gesetzlich verbotenen Situationen variieren je nach Rechtsprechung. Wird in solchen Fällen die Entschädigung durch eine firmeneigene Versicherung ersetzt, besteht das Risiko, dass auch der Transfer in die Captive verbotswidrig ist – und damit nicht gelingt.

Dies liegt daran, dass sich die Verbote der Enthaftung meist auf den gesamten Konzern erstrecken, also auch auf die Captive, wenn es sich (wie üblich) um eine Tochtergesellschaft des Unternehmens handelt. Immer wieder wird deshalb davon ausgegangen, dass die fehlende Möglichkeit, Manager von deren eigener Haftung freizustellen, eine firmeneigene Versicherungslösung in diesem Bereich schwierig bis unmöglich macht.

Zusätzlich zu den oben diskutierten Bedenken in Bezug auf eine Insolvenz sollten Unternehmen, die einen Eigenversicherer als hundertprozentige Tochtergesellschaft gründen, strenge

Vorsichtsmaßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Captive als eigenständige Einheit gebildet und betrieben wird, damit ihr Unternehmensschleier von Gläubigern der Muttergesellschaft nicht durchstoßen werden kann.

Experten empfehlen, getrennte Identitäten der beiden Unternehmen gewissenhaft beizubehalten. Die Captive sollte ausreichend aktiviert sein, um genügend Reserven und Betriebskosten ohne regelmäßige Kapitalzufuhr bereitzustellen. Sie sollte zudem unabhängig verwaltet werden und auf einer marktüblichen, wirtschaftlich angemessenen Basis betrieben werden.

Wenngleich ein firmeneigener Versicherer einen erheblichen Schutz gegen die Deckungslücken „Insolvenz“ und „Änderung der Umstände“ bieten kann, bleibt eine gewisse Unsicherheit darüber, ob solche Vereinbarungen eine Versicherung darstellen würden und damit einen finanziellen Schutz gegen nicht freistellungsfähige oder -pflichtige Ansprüche aus der Side-A-Deckung bieten können.

3. Unabhängigkeit der Schadenbearbeitung

Zudem lehnen es viele Manager ab, dass Entscheidungen darüber, ob ihre Versicherung ausgezahlt werden soll oder nicht, von einer Stelle getroffen werden, die letztlich der Kontrolle des Unternehmens unterliegt, für das sie tätig sind. Dies ist insbesondere dann ein Problem, wenn das Unternehmen Schadenersatzansprüche gegen die eigenen Manager richtet (Binnenhaftung).

Dieser Konflikt kann besonders dann akut werden, wenn das Management ausgetauscht wird und das Unternehmen zu dem von der Haftung betroffenen Manager keine Beziehung mehr hat. Gerade in einer solchen Situation möchten Manager sicherstellen, dass alle Entscheidungen bei der Bearbeitung und Kontrolle von Schäden objektiv und unabhängig vom Unternehmen getroffen werden.

Diskutiert werden aktuell eine Reihe von Lösungen für das Problem der Unabhängigkeit der Schadenbearbeitung, zum Beispiel:

- Einschalten einer unabhängigen Anwaltskanzlei oder eines unabhängigen Schadensbearbeitungsunternehmens für die Bearbeitung der Schäden, und/oder
- Transfer auf eine unabhängige Versicherungsgesellschaft, die dann von der Captive rückversichert wird.

Weitere Aspekte

Abgesehen von der Frage, ob Side-A-Deckungen mit einer Captive abgesichert werden können, wirft die Verwendung von firmeneigenen Versicherern innerhalb der D&O allgemeinere Fragen für Kunden auf, die diese Alternative zum Abschluss einer traditionellen Police in Betracht ziehen:

- Kosten für die Einrichtung und den Betrieb einer Captive können schnell in die Höhe gehen.

- Captives sind Versicherungsgesellschaften und daher in den jeweiligen Jurisdiktionen aufsichtspflichtig.
- D&O-Risiken können zu sehr langfristigen Verbindlichkeiten führen. Bei der Betrachtung der Kosten im Vergleich zur Zahlung der Prämie an einen traditionellen Versicherer müssen Kunden also auch die Kosten für die Bindung von Kapital berücksichtigen, das an solchen Altverbindlichkeiten ausgerichtet ist.
- D&O-Risiken sind außerdem niederfrequent, aber mit hohem Schadenpotenzial verknüpft. Es ist daher opportun, das übernommene Risiko an den Risikoappetit der Kapitalgeber anzupassen. Wenn das Unternehmen bereits eine Captive für andere Risiken aufgebaut hat, können diese die Volatilität der D&O-Risiken viel besser ausgleichen.

Blick nach vorne

In normalen Marktphasen ist es ungleich schwerer, ein Eigenschadenkonzept für D&O aufzulegen und das Management davon zu überzeugen, dass dies die bessere Lösung ist, als Prämien für eine herkömmliche Versicherung zu zahlen. In Hartmarktphasen, wie wir sie nunmehr erleben, gibt es allerdings erhebliche Kapazitätsprobleme seitens der herkömmlichen Versicherer. Folglich bekommen die Kunden kaum genügend Versicherungssumme zusammen, um eine ausreichende Absicherung für sich und ihre Manager zu erreichen.

Dies wird umso problematischer, wenn Unternehmen in den Verträgen mit ihren Managern bestimmte Versicherungsgarantien abgegeben haben oder abgeben müssen, damit die Manager überhaupt bereit sind, die große Verantwortung und die enormen Risiken zu übernehmen, die mit ihrer Tätigkeit untrennbar verbunden sind.

Angesichts der zunehmend schwierigeren Marktbedingungen bietet sich an, Captives entweder als Alternative oder als Ergänzung zu klassischen Versicherungen zu installieren, um die Herausforderungen der Kapazitätsbeschaffung zu bewältigen. Zu diesem Zweck sollten jedoch die Feinheiten im Umgang mit D&O-Risiken auf der einen Seite und deren Transfer über Captives auf der anderen Seite mit gebührender Sorgfalt geprüft, konstruiert und gegebenenfalls umgesetzt werden.

Side-A-Deckungen bilden in der D&O komplexe, aber lösbare Herausforderungen. Je mehr Risiken und Risikoarten (etwa auch Cyber) in die Captive eingestreut und vermischt werden, desto größer ist die Sicherheit, dass den gesellschafts-, insolvenz- und steuerrechtlichen Anforderungen an einen ausreichenden Risikotransfer genügt wird.

Bereits jetzt gibt es tragfähige Lösungen für Side-B- und Side-C-Deckungen. Angesichts des Potenzials einer erheblichen Verlustvolatilität erfordern diese Risikotransfers jedoch eine gute Organisation der Träger sowie stabile Finanzierungen durch die Kapitalgeber.

Die Versicherer können ihren Kunden zur Seite stehen, auch wenn sie die Risiken nicht oder nur teilweise übernehmen wollen. Es bleibt genügend Raum für Unterstützung bei der Strukturierung der Pools, bei Underwriting und Monitoring der Risiken oder in der Schadenbearbeitung. Auf diese Weise können alle Beteiligten von ART profitieren – und auch in der Krise im Gespräch miteinander bleiben.