



CLYDE&CO

Insurance & Reinsurance

# Quarterly Update 03/2020



## Inhalt

### 01.

Editorial

### 02.

OLG Düsseldorf bestätigt: Kein Anspruch auf D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

### 04.

New Deal for Consumers: EU Representative Action kommt

### 06.

Aktuelle Entwicklungen zur Anwaltshaftung und zum Risikomanagement

### 08.

Cybersicherheit im Fokus der BaFin und des BSI

### 10.

ECJ – EU Blocking Regulation

### 13.

Auswirkungen der Covid-19 Pandemie auf die Haftpflichtversicherung

### 16.

Auswirkungen der Covid-19 Pandemie auf die Aufklärungspflichten im Rahmen der Arzthaftpflichtversicherung

### 20.

Aktuelle Entwicklungen in den Brustimplantate-Verfahren

### 22.

Aktuelle Rechtsprechung

### 26.

Aktuelle Entwicklungen

### 28.

Insight: Clyde & Co



## Liebe Leserin lieber Leser

der Sommer neigt sich dem Ende entgegen und ich hoffe, Sie haben in den letzten Wochen Sonne und Energie tanken können für die zweite Jahreshälfte. Das Ende der Corona-Pandemie lässt dagegen noch auf sich warten. Während in unseren Büroalltag bereits wieder so etwas wie Normalität eingekehrt ist, steht die versicherungsrechtliche Aufarbeitung der Corona-Krise noch an ihrem Anfang. Als Kanzlei sind wir weiterhin umfassend und intensiv in Deutschland und weltweit mit sämtlichen Versicherungsthemen über alle Business Lines der Erstversicherung, insbesondere Themen rund um Veranstaltungsausfall, Betriebsschließungen und Haftung in Lieferketten, aber auch mit Rückversicherungs- und Aufsichtsthemen befasst und begleiten viele Versicherer und Rückversicherer als globaler Partner bei der Krisenbewältigung. Für aktuelle Updates darf ich Sie nochmals auf unseren Coronavirus Information Hub aufmerksam machen: <https://www.clydeco.com/en/coronavirus>

In unserem Quarterly Update 3/2020 geht es diesmal auch, aber nicht nur um Corona. Folgende Themen haben wir für Sie aufbereitet:

- Neue Entscheidung des Oberlandesgericht Düsseldorf zum Versicherungsschutz in der D&O-Versicherung für Ansprüche nach § 64 GmbHG
- New Deal for Consumers: EU Representative Action kommt
- Aktuelle Entwicklungen zur Anwaltshaftung und zum Risikomanagement
- Cybersicherheit im Fokus der BaFin und des BSI
- EU Blocking Regulation
- Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die Haftpflichtversicherung

- Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die Aufklärungspflichten im Rahmen der Arzthaftpflichtversicherung
- Aktuelle Entwicklungen in den Brustimplantate-Verfahren
- Update: CumEx-Skandal – Bonner Landgericht fällt Leiturtteil mit weitreichenden Folgen

Daneben finden Sie die bekannte Auswahl aktueller Rechtsprechung und Entwicklungen im Versicherungsmarkt.

Neben dem Quarterly Update haben wir mit unserer Webinar-Reihe "Month in review" seit dem Frühjahr einen weiteren Informationskanal ins Leben gerufen, mit dem wir Sie regelmäßig und aktuell über Themen und Trends informieren. In unserer nächsten Ausgabe am 30.09.2020 wird es um das Thema "Covid-19 und Insolvenzrisiken: Auswirkungen auf Haftung und Deckung" gehen. Wir hoffen, dieses Angebot findet weiterhin Ihr Interesse. Die Themen können Sie zudem mitgestalten: Schreiben Sie uns dazu an [Dusseldorf.Office@clydeco.com](mailto:Dusseldorf.Office@clydeco.com)

Wir freuen uns auf ein persönliches Wiedersehen in hoffentlich nicht allzu ferner Zukunft.

Ihr



Dr. Henning Schaloske



## OLG Düsseldorf bestätigt: Kein Anspruch auf D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat mit aktuellem Urteil vom 26.06.2020 (Az. 4 U 134/18) seine Rechtsprechung bekräftigt, wonach Ansprüche wegen Zahlungen nach Insolvenzreife gemäß § 64 Satz 1 GmbHG gegen den Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin nicht vom Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung umfasst sind. Das Landgericht Kleve hatte die Klage zuvor ebenfalls mit der Begründung abgewiesen, da es sich bei den geltend gemachten Ansprüchen nicht um Schadensersatzansprüche aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen im Sinne der Versicherungsbedingungen handelte.

Im zugrundeliegenden Fall nahm der Insolvenzverwalter den D&O-Versicherer in einem Deckungsrechtsstreit direkt auf Zahlung nach Maßgabe von § 110 VVG (abgesonderte Befriedigung aus dem versicherungsvertraglichen Freistellungsanspruch) in Anspruch, da über das Vermögen des zuvor in Anspruch genommenen Geschäftsführers das Insolvenzverfahren eröffnet worden war. Der klagende Insolvenzverwalter argumentierte unter anderem, dass ein durchschnittlicher Geschäftsführer, auf dessen Verständnishorizont es bei der Auslegung der D&O-Versicherungsbedingungen als Versicherung für fremde Rechnung ankomme, nicht an seinem Versicherungsschutz für Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG Zweifelnde, da es sich bei den danach verbotenen Zahlungen unzweifelhaft nicht um Personen- und Sach- oder entsprechende Folgeschäden handele, welche laut den Versicherungsbedingungen nicht als Vermögensschäden gelten. Einen sonstigen klar umrissenen Schadensersatzbegriff gebe es in der Rechtssprache nicht.

Das Gericht ließ sich allerdings von den klägerischen Argumenten nicht überzeugen und hielt vielmehr ausdrücklich an seinem rechtskräftigen Urteil vom 20.07.2018 (Az.: 4 U 93/16) fest. Denn bei dem Anspruch aus § 64 GmbHG handele es sich nicht um einen Anspruch, aufgrund dessen die versicherte Person für einen Vermögensschaden haftpflichtig ist. Insbesondere sei gerade für den Personenkreis der Geschäftsführer als versicherte Personen bei aufmerksamem und verständigem

Studium der Versicherungsbedingungen erkennbar, dass § 64 GmbHG keine Schadensersatzverpflichtung im Sinne der Versicherungsbedingungen begründe. Der Gesellschaft entstehe nach dem üblichen Schadensbegriff im Sinne der Differenzhypothese durch die Zahlungen kein Schaden, weil der Zahlung regelmäßig das Erlöschen einer dadurch getilgten Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüberstehe.

Des Weiteren führte der Senat in einem obiter dictum aus, dass auch deshalb kein Versicherungsschutz bestehe, da nach den Versicherungsbedingungen eine Eigenbeteiligung der versicherten Person von über 25 % an der Gesellschaft anzurechnen gewesen wäre. Im zugrundeliegenden Fall handelte es sich um eine Ein-Mann-GmbH, sodass der Versicherungsschutz insgesamt ausschied. Die entsprechende Klausel in den Versicherungsbedingungen sei zudem nach Ansicht des Gerichts einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB entzogen, da es sich hierbei um den Kernbereich der vertraglichen Leistungsbeschreibung handele. Denn der Teil des Schadensersatzanspruchs, welcher der Quote einer etwaigen Beteiligung der versicherten Person an der Versicherungsnehmerin entspricht, sei nicht vom Versicherungsschutz ausgeschlossen, sondern ausdrücklich von vornherein nicht vom Versicherungsschutz umfasst. Selbst wenn man dies aber anders sehen wolle – so das Gericht weiter –, wäre die Klausel nicht mangels Transparenz oder unangemessener Benachteiligung unwirksam.

Als Fazit kann deshalb festgehalten werden, dass sich die D&O-Versicherer in Fällen ohne ausdrückliche Regelung des Versicherungsschutzes für Ansprüche infolge Zahlungen nach Insolvenzreife weiterhin auf die – nunmehr gefestigte – Rechtsprechung der Obergerichte berufen können. Der Kritik in der Literatur an dieser Rechtsprechung schenken die Gerichte bislang wenig Beachtung.



Dr. Daniel Kassing, LL.M.



Dr. Rebecca Hauff



## New Deal for Consumers: EU Representative Action kommt

Die Würfel sind gefallen: Die im Rahmen des „New Deal for Consumers“ der Europäischen Union angekündigte Klagemöglichkeit zur gemeinsamen Rechtsdurchsetzung von Verbraucheransprüchen wird konkret. So nähert sich das mit Vorlage des Entwurfs einer Richtlinie zur Durchsetzung von Verbraucherrechten im kollektiven Rechtsschutz am 11.04.2018 gestartete Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene der Ziellinie. Am 22.06.2020 hat das Europäische Parlament einen Durchbruch bei den Verhandlungen mit dem Europäischen Rat vermeldet.

Nach dem nunmehr gefundenen Konsens soll jedes Mitgliedsland mindestens eine qualifizierte Einrichtung benennen, die zur Durchsetzung von Verbraucheransprüchen ermächtigt und auch entsprechend finanziell ausgestattet sein muss. Zur Vermeidung von Missbrauchsrisiken müssen die qualifizierten Einrichtungen, insbesondere für grenzüberschreitende Verfahren verschiedene Kriterien erfüllen. Hierzu gehört unter anderem der Nachweis einer vor der Antragstellung mindestens zwölf Monate dauernden Tätigkeit im Rahmen des Verbraucherschutzes. Zudem darf die qualifizierte Einrichtung nicht gewinnorientiert und muss wirtschaftlich von Interessensgruppen unabhängig sein, welche den Verbraucherinteressen entgegenstehen könnten. Im Hinblick auf grenzüberschreitende Verfahren soll die Europäische Kommission zudem prüfen, ob ein Europäischer Ombudsmann für kollektiven Rechtsschutz für grenzüberschreitende Verfahren eingeführt werden soll.

Für rein nationale Verfahren sollen die Mitgliedsstaaten Kriterien für die qualifizierten Einrichtungen festlegen, welche mit den Zielen der Richtlinie übereinstimmen, aber nicht zwingend den Voraussetzungen für grenzüberschreitende Verfahren entsprechen müssen. Es ist aber zu erwarten, dass sich die nationalen Gesetzgeber an den Kriterien der Richtlinie orientieren werden.

Zur Vermeidung der rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen und zum Schutz vor befürchteten vermeintlichen „amerikanischen Verhältnissen“ haben sich das Europäische Parlament und der Europäische Rat darauf verständigt, dass eine Kostenerstattung der unterliegenden Partei vorgesehen werden muss („loser pays rule“). Insoweit bleibt abzuwarten, wie die Umsetzung in deutsches Recht erfolgt. Sofern die Kostenerstattung

auf die Kosten nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz beschränkt wird, stellt dies nur einen geringen Schutz dar, da die Gebühren dann maßgeblich vom Streitwert abhängen und in komplexen Verfahren regelmäßig nicht kostendeckend sind. Unberücksichtigt bleibt auch der interne administrative Aufwand bei den beklagten Unternehmen, der voraussichtlich nicht kompensiert wird. Als zusätzlichen Schutzmechanismus soll sichergestellt werden, dass offensichtlich unbegründete Klagen möglichst frühzeitig im Verfahren abgewiesen werden können.

Im nächsten Schritt muss der gefundene Kompromiss noch formell durch das Europäische Parlament und den Europäischen Rat bestätigt werden. Den Mitgliedsstaaten soll eine Umsetzungsfrist von 30 Monaten nach Inkrafttreten der Richtlinie eingeräumt werden. Vor dem Hintergrund der öffentlichen Aufmerksamkeit und der klaren politischen Absicht, den Verbraucherschutz weiter zu stärken, erwarten wir, dass der deutsche Gesetzgeber die Umsetzungsfrist nicht ausschöpfen und eine Umsetzung nach der Bundestagswahl im Herbst nächsten Jahres in Angriff nehmen wird.

Die von der Europäischen Union beabsichtigten Regelungen gehen dabei über die zuletzt in Deutschland eingeführte Musterfeststellungsklage hinaus. Die Musterfeststellungsklage hat zwar das Ziel erreicht, Kunden im sogenannten „Dieselskandal“ zu einer Entschädigungszahlung der Volkswagen AG zu verhelfen. Allerdings blieb der vom Gesetzgeber darüber hinaus erwartete Erfolg der Musterfeststellungsklage bislang aus. Anstatt der vom Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesbegründung erwarteten jährlich 450 Musterfeststellungsklagen sind bisher lediglich acht Musterfeststellungsverfahren seit der Einführung zum

01.11.2018 im Kleregister veröffentlicht worden, wobei eine weitere Klage infolge frühzeitiger Rücknahme keine statistische Erfassung fand. Der aktuelle Mechanismus steht auch durchaus in der Kritik: Diese entzündet sich insbesondere daran, dass selbst bei einem Obsiegen im Rahmen der Musterfeststellungsklage anschließend über den konkreten Schaden durch jeden Kläger ein gesondertes Gerichtsverfahren angestrengt werden muss. Die nunmehr einzuführende europäische Klage sieht diese Zweiteilung nicht vor, sondern eine Kompensation soll bereits im Rahmen der Klage der qualifizierten Einrichtung zugesprochen werden.

Von der neuen Möglichkeit des kollektiven Rechtsschutzes werden – vorbehaltlich einer überschießenden Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht – Unternehmer nicht profitieren. Auch deshalb ist damit zu rechnen, dass neben den gesetzgeberischen Aktivitäten insbesondere die durch Litigation Funder unterstützten Plattformlösungen weiter Auftrieb erhalten: So bieten verschiedene Inkassodienstleister Möglichkeiten, eine kollektive Rechtsdurchsetzung zu organisieren. Diesbezüglich werden in einer Vielzahl von Gerichtsverfahren derzeit die Grenzen der Zulässigkeit solcher Geschäftsmodelle und ihre Vereinbarkeit mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz ausgelotet. Zwar wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber insoweit für mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgen würde. Ungeachtet dessen ist aber damit zu rechnen, dass diese Entwicklung anhält.

Die Versicherungswirtschaft ist von den Entwicklungen in zweierlei Hinsicht betroffen. Zum einen sind Versicherer, gerade im Massengeschäft, seit jeher selbst eine Zielscheibe von Verbraucherschützern und es ist nur eine Frage der Zeit, bis die erste Klage gegen einen Versicherer eingereicht werden wird, um vermeintliche Missstände zu bekämpfen. Zum anderen wird auch die versicherungsnehmende Wirtschaft Ziel von Klagen im Rahmen des kollektiven Rechtsschutzes werden.

Insoweit steigt gerade für Versicherer im Bereich der Vermögensschadenshaftpflicht das Risiko, mit der Abwehr oder Freistellung von Massenansprüchen konfrontiert zu werden. Das gilt etwa auch für den Bereich des Datenschutzrechts, in dem mit Artikel 82 DSGVO eine deutlich erwartete materielle Schadensersatzpflicht bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung hinzutritt. Beispielsweise der British Airways-Fall in England zeigt insoweit das Potential auf. Und am Ende wird häufig die Frage der Verantwortung des Managements stehen. Dies dürfte sich zu einer weiteren Herausforderung des bereits angespannten D&O-Marktes entwickeln.

Es bleibt spannend, wie sich das Gesetzgebungsverfahren zum kollektiven Rechtsschutz auf europäischer Ebene weiter entwickelt und wie die Umsetzung in deutsches Recht erfolgen wird. Die Befürchtung des Einkehrens „amerikanischer Verhältnisse“ dürfte im Ergebnis wohl unbegründet sein. Jedoch wird sich die Prozesslandschaft und damit auch die Risikolage für Versicherer in Deutschland und Europa weiter in Richtung zunehmender Massenklagen verändern.



Dr. Henning Schaloske



Daniel Kreienkamp



## Aktuelle Entwicklungen zur Anwaltshaftung und zum Risikomanagement

Die verkammerten Berufe stehen vor wachsenden Herausforderungen. Das juristische Umfeld, in dem sich Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bewegen, wird zunehmend komplexer und unterliegt kontinuierlichen Veränderungen. Besondere Herausforderungen ergeben sich durch die Internationalisierung und die vermehrte Bildung von gemischten Sozietäten. Hinzu kommt, dass Kanzleien heute stärker denn je gefordert sind, ihre Organisationsstrukturen und Geschäftsmodelle zu überdenken. Der Anwaltsberuf ist mehr als das Erbringen rechtlicher Dienstleistungen bei Problemstellungen durch Rechtsanwälte.

Nicht nur große internationale Kanzleien beschäftigen sich zudem zunehmend mit dem eigenen Risikomanagement. Gleichwohl überrascht es, wie unterschiedlich einzelne Kanzleien mit einer Facette des Risikomanagements – dem Anwaltshaftungsfall – umgehen. Ein Anwaltshaftungsfall kann das partnerschaftliche Miteinander innerhalb einer Sozietät erheblich auf den Prüfstand stellen. Hinzu kommt der teilweise unterschiedliche Ansatz der Schadenbearbeitung durch die hinter den Kanzleien stehenden Berufshaftpflichtversicherer. Ein Anwaltshaftungsfall nimmt an Komplexität zu, wenn mehrere in- und womöglich auch ausländische Versicherer involviert sind. Insgesamt gilt es, Haftung, Deckung und die Interessen sämtlicher Beteiligten im Blick zu behalten, um möglichst schnell zu einer für alle Beteiligten tragbaren Lösung zu kommen. Im besten Fall bleibt der Kanzlei der Mandant trotz des Anwaltshaftungsfalls erhalten.

Zum Risikomanagement gehören daneben insbesondere die Vermeidung und der Umgang mit Fehlern. Auch Anwälte machen Fehler und sollten darauf vorbereitet sein, mit Fehlern professionell umzugehen. Geht es um die Fehlervermeidung, gilt es, die Rechtsprechung zur Anwaltshaftung kontinuierlich zu verfolgen. In diesem Zusammenhang lesenswert sind ein Urteil des BGH vom 14.02.2019<sup>1</sup>, ein Beschluss des OLG Köln vom 05.11.2018<sup>2</sup> sowie die jüngste Rechtsprechung zu Fristversäumnissen im Zusammenhang mit der Nutzung des elektronischen Anwaltspostfachs<sup>3</sup>.

### BGH zur Nachforschungspflicht eines Anwalts bezüglich Rechtstatsachen

Das Urteil des BGH aus Februar 2019 steht unter dem Motto: Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser! Dies gilt auch im Verhältnis eines Rechtsanwalts zu seinem Mandanten. Der für Anwaltshaftungssachen zuständige IX. Zivilsenat entschied, dass Anwälte sich nicht ohne weitere Nachprüfung darauf verlassen dürfen, dass Mandanten den richtigen Tag des Zugangs eines Kündigungsschreibens mitteilen. Wer Fristen verpasst, weil er sich auf die Angaben des Mandanten verlassen hat, kann sich Schadensersatzpflichtig machen.

Worum ging es in der interessanten Entscheidung des BGH? Der Klägerin ging Ende des Jahres 2011 ein außerordentliches Kündigungsschreiben ihres Arbeitgebers zu. Das Schreiben datierte auf den 22.12.2011 und trug die Aufschrift "per Boten". Der Ehemann der Klägerin gab gegenüber dem beklagten Rechtsanwalt an, dass die Kündigung am 23.12.2011 zugestellt worden sei. Dies war der Tag, an dem das Schreiben aus dem Briefkasten genommen worden ist. Tatsächlich ist das Schreiben jedoch bereits am 22.12.2011 um kurz vor 11 Uhr durch einen Boten in den Briefkasten geworfen worden. Dies hatte zur Folge, dass eine am 13.01.2012 durch den beklagten Rechtsanwalt eingereichte Kündigungsschutzklage wegen Fristversäumnisses abgewiesen wurde.

Der BGH folgte der Ansicht des Berufungsgerichts nicht, dass der beklagte Rechtsanwalt sich auf die Angaben zum Zugang des Schreibens habe verlassen dürfen. Zwar dürften Anwälte grundsätzlich auf die tatsächlichen Angaben des Mandanten vertrauen. Die Angaben über den Zugang einer Kündigung betrafen laut BGH aber nicht lediglich Informationen

tatsächlicher Art, sondern seien für die rechtliche Beurteilung eines tatsächlichen Geschehens relevant. Teilt der Mandant seinem Anwalt so genannte Rechtstatsachen mit, habe der Anwalt sie durch Rückfragen in die zugrundeliegenden Umstände und Vorgänge aufzulösen oder, sofern dies keine zuverlässige Klärung erwarten lässt, weitere Ermittlungen anzustellen. Der Rechtsanwalt sei also dazu verpflichtet gewesen, sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob das Kündigungsschreiben nicht bereits am 22.12.2011 zugegangen ist. Konnte dies nicht sicher ausgeschlossen werden, hätte der sicherste Weg in der Einreichung der Kündigungsschutzklage am 12.01.2012 gelegen.

### OLG Köln zur Pflicht eines Rechtsanwalts, auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung hinzuweisen

Um ein spannendes Thema geht es auch in einem Beschluss des OLG Köln vom 05.11.2018. Das OLG Köln hat sich mit der Frage befasst, ob und inwieweit ein Rechtsanwalt einen Mandanten über die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung beraten muss. Dies ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden. Auch im Schrifttum wird diese Thematik bislang nur vereinzelt behandelt.

Das OLG Köln ist der Ansicht, dass ein Rechtsanwalt seinen Mandanten auf die Möglichkeit einer Prozessfinanzierung grundsätzlich hinweisen müsse. Diese Feststellung dürfte die Prozessfinanzierer freuen. Es bestehe - ohne einen entsprechenden Auftrag - jedoch keine Verpflichtung zu prüfen und darüber zu informieren, welcher Prozessfinanzierer besonders günstig ist. Von einem Rechtsanwalt könne ohne gesonderten Auftrag insbesondere nicht erwartet werden, dass er umfangreiche Marktrecherchen betreibt und mehrere Prozessfinanzierer kontaktiert.

In dem entschiedenen Fall hatten die Beklagten den Mandanten im Rahmen einer arzt haftungsrechtlichen Streitigkeit auf die grundsätzliche Möglichkeit der Prozessfinanzierung hingewiesen und sich insoweit pflichtgemäß verhalten. Sie hatten zudem einen Prozessfinanzierer vorgeschlagen und die Antragstellung für den Mandanten übernommen. Nach den Ausführungen des OLG Köln seien die Rechtsanwälte entgegen der Auffassung des Landgerichts insbesondere nicht verpflichtet gewesen, den Kläger auf die Möglichkeit einer günstigeren Prozessfinanzierung hinzuweisen, die eine Finanzierung mit einer Erfolgsbeteiligung von lediglich 30 Prozent ermöglicht hätte.

### Weitere Dauerbrenner – Fristversäumnisse und beA

Die beiden dargestellten Entscheidungen stellen zwar nur einen kleinen Ausschnitt aus der Rechtsprechung zur Anwaltshaftung dar. Beide Entscheidungen zeigen jedoch, dass die Gerichte in scheinbaren Einzelfällen vielfach Grundsätze aufstellen, deren Kenntnis zur Vermeidung von Haftungsrisiken wichtig ist.

Zudem gibt es mehrere Dauerbrenner, die immer wieder Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten sind. Dies betrifft beispielsweise Fristversäumnisse, die Frage der Reichweite eines Mandats unter dem Gesichtspunkt eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder Fragen der Kausalität.

Fristversäumnisse stehen auf der Skala der häufigsten Anwaltshaftungsfälle ganz oben. Sie gibt es im elektronischen Rechtsverkehr genauso wie in der Papier- und Fax-Welt. Welche Sorgfaltsanforderungen Rechtsanwälte bei der Postausgangskontrolle zu beachten haben, differenzieren die Gerichte im Zusammenhang mit der Nutzung des elektronischen Anwaltspostfaches (beA) derzeit aus.<sup>4</sup> Seit der Einführung des elektronischen Anwaltspostfaches ist eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen ergangen, aus denen sich die Tücken des elektronischen Rechtsverkehrs ersehen lassen. Im Zuge der Corona-Pandemie<sup>5</sup> und der damit wahrscheinlich verbundenen vermehrten Nutzung des elektronischen Anwaltspostfaches wird es sicherlich zu weiteren Anwaltshaftungsfällen kommen, die in absehbarer Zeit die Gerichte befragen. Auf das beA sollte also im Rahmen des Risikomanagements von Kanzlei auch während der Corona-Krise ein besonderes Augenmerk gelegt werden.



Dr. Tanja Schramm

<sup>4</sup> Siehe hierzu auch eine Zusammenfassung von Jungk, AnwBl 2/2020, 102 ff.

<sup>5</sup> Siehe zum Umgang mit der Coronakrise in der Anwaltskanzlei fortlaufend aktualisierte FAQ des DAV im AnwBl, elektronisch abrufbar unter [www.anwaltsblatt.anwaltverein.de](http://www.anwaltsblatt.anwaltverein.de)

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 14.02.2019 - Az. IX ZR 181/17, NJW 2019, 1151

<sup>2</sup> OLG Köln, Beschluss v. 05.11.2018 - Az. 5 U 33/18, NJW-RR 2019, 759

<sup>3</sup> Vgl. u. a. zu den Überwachungspflichten eines Anwalts bei Berufungseinlegung über beA: BAG, Beschluss v. 07.8.2019 - 5 AZB 16/19, NJW 2019 2793; zu den Anforderungen an Anweisung bei Versendung fristgebundener Schriftsätze: BGH, Beschluss v. 14.11.2019 - IX ZB 18/19, NJW-RR 2020, 122; keine vorschnelle Aufgabe der Übermittlung eines fristgebundenen Schriftsatzes: BGH, Beschluss v. 20.8.2019 - VIII ZB 19/18, NJW 2019, 3310; unwirksame Einreichung einer Berufung über das elektronische Anwaltspostfach: OLG Braunschweig, Beschluss vom 8.4.2019 - 11 U 146/18, NJW 2019, 2176; zu den Sorgfaltspflichten eines Anwalts bei Versendung fristwahrender Schriftsätze über beA: OLG Saarbrücken, Urt. v. 4.10.2019 - 2 U 117/19, NJW-RR 2019, 183



## Cybersicherheit im Fokus der BaFin und des BSI

Gerade in Zeiten, in denen sich ein Großteil der Arbeitnehmer im Home Office befinden und meist nur online mit ihrer Arbeit verbunden sind, hat das Thema Cybersicherheit einen besonders hohen Stellenwert. Diesem Thema widmete sich in diesem Jahr auch eine gemeinsame Broschüre der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI).

Die aktuellen Zahlen zur Cyberkriminalität zeichnen ein deutliches Bild. So hat sich allein in Deutschland der gesamtwirtschaftliche Schaden, der durch Cyberkriminalität verursacht wurde, in den letzten zwei Jahren nach Schätzungen des Branchenverbands Bitkom auf mehr als EUR 100 Milliarden verdoppelt. Fast täglich komme es zu Angriffen auf Finanzinstitute. Auch die Bedrohung durch Schadsoftware steige kontinuierlich an. Zwischen Juni 2018 und Mai 2019 seien rund 114 Mio. neue Schadprogramm-Varianten identifiziert worden.

Bereits 2018 hat das BSI die Schadsoftware Emotet als gefährlichste Schadsoftware der Welt bezeichnet und schreibt ihr auch im Jahr 2020 ein wesentliches Risiko für Staat, Wirtschaft und Gesellschaft zu. Tatsächlich sehen wir in unserer Cyber-Praxis zahlreiche komplexe Schadensfälle mit konzernweiten Auswirkungen, denen ein Cyberangriff mit Emotet zugrunde liegt. Hierdurch verursachte Schäden reichen insbesondere von enormen Betriebsunterbrechungsschäden, über Kosten für diverse externe Dienstleister zur Daten- und Systemwiederherstellung bis hin zu Haftpflichtansprüchen Dritter und gehen schnell in die Millionen.

Eine weitere Bedrohungslage geht von Botinfektionen aus. Täglich bis zu 100.000 Botinfektionen deutscher Systeme seien 2019 registriert und vom BSI mit dem Ziel der Bereinigung an die jeweiligen Netzbetreiber gemeldet worden. Mehr als jede zweite Attacke werde über kompromittierte oder missbräuchlich angemietete Cloud-Server ausgeführt. Beinahe jeder Cloud-Dienstleister sei bereits von Kriminellen zur Durchführung einer DDoS-Attacke missbraucht worden.

Zusätzlich zu den immer neuen und raffinierteren technischen Möglichkeiten, Cyberangriffe zu gestalten, werde das Risiko durch die weiterhin vorherrschende Sorg- und Hilfslosigkeit der Anwender noch verschärft. Abhilfe könne hier nur die Steigerung der digitalen Eigenverantwortung eines jeden Nutzers und die konsequente Nutzung von Sicherheitssystemen schaffen.

Auch Versicherungen seien beliebte Ziele von Cyberangriffen. Daher wird Versicherungen empfohlen, regelmäßig ihre IT-Sicherheit zu überprüfen, beispielsweise durch verschiedene Penetrationstests oder auch geplante Attacken, bei denen ein Cyberangriff simuliert wird. Hierbei würden zunehmend nicht nur die technischen Aspekte einbezogen, sondern vor allem auch der Faktor Mensch, der gemeinhin als größte Risikoquelle gilt.

Verlässliche Daten über die Zahl von Cyberangriffen bei Versicherungen gebe es nicht, da, anders als bei Banken, keine Meldepflicht herrsche, ein Manko, das nach Auffassung von Dr. Frank Grund, Exekutivdirektor Versicherungs- und Pensionsfondsaufsicht bei der BaFin, dringend behoben werden sollte. Denn die Bedrohungslage sei ernst und werde zunehmend ernster. Nach Auffassung der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) mache der verstärkte Einsatz von Big Data und Cloud Computing im Zusammenspiel mit immer häufigeren und raffinierteren Cyberangriffen die Versicherungswirtschaft anfällig. Angesichts dieser Gesamtsituation will die BaFin im Jahr 2020 schwerpunktmäßig die IT- und Cybersicherheit unter anderem von Versicherungsunternehmen untersuchen und insbesondere prüfen, wie in der Branche die versicherungsaufsichtsrechtlichen Anforderungen an die IT (VAIT) umgesetzt werden.

Lessons learnt liefern Versicherer nicht nur eigene Bedrohungsszenarien, sondern primär die deutlich zunehmenden Schadensfälle unter Cyberversicherungen. Das Risiko, Opfer von Cyberangriffen zu werden, existiert insoweit gerade auch für kleine und mittelständische Unternehmen (KMU). Nach einer Studie der Gothaer aus dem Jahr 2019, an der Vertreter von mehr als 1.000 KMU teilgenommen haben, belegte der Hackerangriff Platz 1 der Unternehmensrisiken. Von einem Angriff am häufigsten betroffen waren mittelständische Unternehmen mit 200 bis 500 Mitarbeitern, die in Deutschland oft Technologieführer in ihrem Bereich sind. Allerdings gaben nur 13 Prozent der Befragten an, eine Cyberpolice zu besitzen. 23 Prozent planten, in den kommenden zwei Jahren eine Cyberversicherung abschließen zu wollen. Dieser Markt hat offensichtlich Potenzial, das noch weiter ausgeschöpft werden und die Prognosen unterfüttern kann, dass die Cyberversicherung die Versicherungssparte mit dem größten Wachstumspotenzial ist.

Wir können diese Prognose mit Blick auf unsere Cyber-Praxis jedenfalls nur bestärken!



Amrei Zürn, LL.M.



## ECJ – EU Blocking Regulation

The Higher Regional Court of Hamburg (Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg) (Hamburg Court) has made a reference to the European Court of Justice (ECJ) seeking a preliminary ruling on the interpretation of Article 5 the EU Blocking Regulation (Council Regulation (EC) No 2271/96, as amended).

By way of summary, Article 5 prohibits EU operators from complying with certain sanctions imposed by the US on Cuba and Iran which are listed in the Annex to the EU Blocking Regulation.

### I. Background to the Referral

The US re-imposed sanctions on Iran in November 2018 after withdrawing from the Joint Comprehensive Plan of Action.<sup>2</sup> The US are threatening to impose sanctions for non-compliance not only on US companies, also on companies from other countries. These sanctions could result in considerable fines or even exclusion from the US market. So far, this had already led a large number of German and other European companies to withdraw from business with Iran.

In the case underlying the request for a preliminary ruling presented to the ECJ, Telekom Deutschland GmbH (Telekom) cancelled telephone and internet services contracts with ten companies which had links to Iran. According to the referral, the Telekom Deutschland group generates 50 percent of its turnover in the US market.

Bank Melli Iran disputed Telekom's termination of its telephone and internet services and commenced proceedings in the Hamburg courts. One of the arguments made by Bank Melli was that Telekom's termination was in contravention of Article 5 of the EU Blocking Regulation and was therefore ineffective.

The relevant part of Article 5 provides that: "No person referred to in Article 11 shall comply, whether directly or through a subsidiary or other intermediary person, actively or by deliberate omission, with any requirement or prohibition, including requests of foreign courts, based on or resulting, directly or indirectly, from the laws specified

in the Annex or from actions based thereon or resulting therefrom." While Article 5 of the EU Blocking Regulation prohibits any compliance with US secondary sanctions, sec. 7 of German Foreign Trade and Payments Ordinance (Außenwirtschaftsverordnung, AWV) only contains a prohibition of boycott declarations.

The Hamburg Court subsequently sought a preliminary ruling from the ECJ on the proper interpretation of Article 5 to allow it to decide the case.

### II. What Questions Have Been Asked?

The various questions referred to the ECJ can be summarised as follows:

#### 1. What is required, as a matter of US law, to show that an EU operator has acted in prohibited compliance with the specified US sanctions?

Bank Melli Iran argued that Telekom's sole motivation in terminating the contracts was to comply with US secondary sanctions. This gives rise to a question of how Bank Melli Iran could practically show that Telekom had acted in prohibited compliance with US secondary sanctions.

The Hamburg Court referred to a decision of the Higher Regional Court in Cologne (Cologne Court) delivered on 7 February 2020 that the first paragraph of Article 5 does not apply if an action is not preceded by "a direct or indirect official or court order from the USA".<sup>1</sup>

The Hamburg Court disagreed. It was of the view that Article 5 applied where the actions of an EU operator were predicated on compliance with US secondary sanctions without any such order. The Hamburg Court's view was that "the mere existence of secondary sanctions suffices, as only then can [Article 5] be implemented effectively."

#### Comment

The ECJ's ultimate interpretation of Article 5 will be critical for EU operators seeking to comply with the EU Blocking Regulation.

At this stage, the readings advanced by the Hamburg and Cologne courts, at least as is described in the referral, give rise to a number of unanswered questions and practical difficulties.

The Hamburg Court's reading of Article 5 seems to be broader than that of the Cologne Court. The Hamburg Court's reading suggests that Article 5 will apply where the actions of an EU operator are "predicated" on compliance with US secondary sanctions; an "official or court order from the USA" is not required. However, what is the standard of proof for showing that a decision is not "predicated" on prohibited compliance with US secondary sanctions, and what evidence might be probative for such a purpose?

On the other hand, the interpretation of the Cologne Court poses its own practical difficulties for parties seeking to rely on Article 5. This is because the US executive and judicial branches typically do not issue to non-US persons "direct or indirect official or court order[s]" in respect of sanctions compliance.

#### 2. Can the termination of a contract which has been effected through contractual provisions be challenged under Article 5 in the absence of any other reasons given?

In this case, one of the contracts with Bank Melli Iran was brought to an end by "ordinary termination", which does not require grounds for termination to be provided.

Telekom argued that it was free to end its business relationship with Bank Melli Iran in this manner; its contractual right to do so was not affected by Article 5 and its motives were immaterial. According to the reference, this view appears to be supported by the views of several German courts. For instance, the Cologne Court expressly held that "ordinary termination" could also "be motivated by US foreign policy".

The Hamburg Court was of the view that motive was relevant. Where there were motives that were not related to US sanctions, there would be no infringement of Article 5. However, where the "decisive" motive was compliance with certain US sanctions, there would be an infringement. On this reading, an EU operator would have to explain its motives for acting and show that their act(s) were not taken in prohibited compliance with US sanctions.

#### Comment

An EU operator's appetite for Iran-related business may be influenced by a number of factors, with fear of adverse consequences in the US being only one such factor. For example, a firm might decide to terminate Iran-related arrangements because of reputational risk of doing business with Iran; commercial considerations; or the reluctance of banks to process payments with an Iran nexus. It may be the case that a decision is reached on a balancing of these factors; there is no clearly discernible decisive or dominant factor.

Regardless of which interpretation of Article 5 is preferred by the ECJ, it remains good practice for EU operators with business involving Iran to carefully document the reasons for any alterations in their approach. This evidence could prove to be valuable in the event of a dispute with their counterparties or interactions with their sanctions regulators.

#### 3. Must ordinary termination in breach of Article 5 necessarily be considered as invalid or can the purpose of the Regulation be satisfied through other penalties, such as a fine?

The Hamburg Court was also mindful of the remedies that would be appropriate in the event that Telekom's termination was ineffective by operation of Article 5.

The Hamburg Court found that a termination which violates Article 5 constitutes a legal transaction which violates a statutory prohibition in the sense of sec. 134 of the German Civil Code. The Federal Republic of Germany, in implementation of Article 9 of the EU Blocking Regulation, qualifies a violation of Art. 5 I of the EU Blocking Regulation as an administrative offence and imposes a fine of up

<sup>1</sup> Cologne Higher Regional Court, decision of 07.02.2020, ref. 19 U 118/19.

to EUR 500,000. Additionally, the Hamburg Court was concerned with the economic losses to which Telekom could be exposed if the court restrained Telekom from terminating its contracts with Bank Melli Iran. The Telekom Deutschland group generates 50 percent of its turnover in the US market, and would be exposed to economic losses if it were excluded from that market. The Hamburg Court therefore argues that it might be considered disproportionate to prevent Telekom from terminating the contractual relationship with Bank Melli Iran instead of merely imposing a fine.

#### Comment

It was reasonable for the Hamburg Court to make this referral given the magnitude of Telekom's exposure. One important distinction, which the ECJ may bear in mind in its consideration of appropriate remedies, is the difference between restraining termination of the contract (which would allow Bank Melli Iran to make a claim for damages for non-performance) and an order for specific performance (i.e. ordering Telekom to continue providing the services).

#### 4. Whether a restriction on the termination of business relationships by operation of Article 5 would be compatible with the freedom to conduct a business under European law.

The Hamburg Court was cognisant of the dilemmas faced by a number of EU operators when navigating the intersection of Article 5 of the EU Blocking Regulation and US sanctions:

"If they comply with EU law, they are at risk of exclusion from the US market; if they comply with the sanctions, they are in breach of EU law. In light of the clout which US sanctions have in fact, EU operators which comply with EU law may be exposed to considerable economic losses."

The referral also notes that such risk is "inadequately countervailed by the recovery claim" provided for in Article 6 of the EU Blocking Regulation.

Thus, the ECJ was asked to rule on whether the restrictions placed by Article 5 on the ability of EU operators to end their business relationships is compatible with Article 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the principle of proportionality anchored in Article 52 of that Charter.

#### Comment

Whilst the acknowledgement by the Hamburg Court of the compliance difficulties faced by EU operators is heartening, it is not clear whether an interpretive ruling by the ECJ will provide EU operators with sufficient guidance or comfort in navigating the compliance challenges identified by the Hamburg Court.

In this regard, further formal guidance from the European Commission to address these compliance issues would provide such additional comfort.

#### III. Conclusion

The referral puts to the ECJ a number of fundamental questions which EU operators have grappled with since the EU Blocking Regulation was updated in July 2018.

Therefore, should the ECJ choose to accept the referral, any ruling by it which touches on these issues should provide some important clarification on the interpretation of Article 5 of the EU Blocking Regulation. This should help EU operators seeking to navigate sanctions compliance in an increasingly fragmented sanctions landscape.

#### London



Nigel Brook



Chris Hill



Qi Jiang

#### Düsseldorf



Dr. Henning Schaloske



Anika Rothe, LL.M.



## Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die Haftpflichtversicherung

Mit dem Ausbruch der weltweiten Covid-19-Pandemie und den in diesem Rahmen behördlich angeordneten Schutzmaßnahmen zur Eindämmung des Virus, die letztlich zu einem Stillstand des öffentlichen Lebens geführt haben, sind in erster Linie Betriebsunterbrechungsversicherungen, Betriebsschließungsversicherungen sowie Veranstaltungsausfallversicherungen in den Fokus der Betrachtung gerückt. Angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Lockerungen, insbesondere der Wiedereröffnung von Restaurants und Geschäften für den Publikumsverkehr unter teilweise strengen Hygienevorschriften, wird nunmehr vermehrt erörtert, welche potentiellen Auswirkungen die Corona-Krise auf andere Versicherungszweige hat. Vor diesem Hintergrund sollen in diesem Beitrag mögliche Haftungs- und Deckungsfragen im Bereich der allgemeinen Haftpflichtversicherung sowie der Produkthaftpflichtversicherung beleuchtet werden, die sich (potentiell) im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie stellen.

### 1 Haftungsrisiken im Zusammenhang mit Covid-19

#### 1.1 Allgemeine Haftpflichtversicherung

In Bezug auf die allgemeine Haftpflichtversicherung sind grundsätzlich Haftungsszenarien denkbar, in denen der Geschädigte den Versicherungsnehmer wegen eines Personenschadens und/oder eines darauf basierenden Vermögensschadens in Anspruch nimmt. Mögliche Schadensersatzansprüche könnten dabei insbesondere auf eine unzureichende Reinigung und Desinfizierung von (Arbeits-)Räumen und Gegenständen, mangelnde Vorkehrungen zur Einhaltung der Abstandsregelungen sowie das Fehlen erforderlicher Schutzausrüstungen wie beispielsweise Mund-Nasen-Masken gestützt werden, die eine Infektion des Geschädigten verursacht haben. Dabei halten wir zum einen die Inanspruchnahme von Versicherungsnehmern durch ihre Arbeitnehmer oder andere Betriebsangehörige für denkbar. Zum anderen könnten Kunden des Versicherungsnehmers, die dessen Restaurant, Geschäft oder Betrieb besucht haben, Schadensersatzansprüche wegen einer Corona-Infektion geltend machen.

#### 1.2 Produkthaftpflichtversicherung

Auch im Bereich der Produkthaftpflichtversicherung gehen wir davon aus, dass sich potentielle Schadensersatzansprüche auf die Geltendmachung von Personenschäden und/oder hierauf beruhenden Vermögensschäden beschränken werden. Als typische Haftungsszenarien sind dabei insbesondere Inanspruchnahmen von Versicherungsnehmern zu erwarten, die persönliche Schutzausrüstungen sowie Medizinprodukte herstellen, die entgegen der (Kunden-)Erwartung nicht zur Eindämmung des Coronavirus oder zur Behandlung von infizierten Personen geeignet sind.

Ein erhöhtes Haftungsrisiko resultiert dabei insbesondere daraus, dass aufgrund der Pandemie eine Vielzahl von Unternehmen ihre Produktion auf Schutzausrüstungen und Gesundheitsgüter umgestellt haben.<sup>1</sup> Dies geht Hand in Hand mit verschiedenen Maßnahmen der Europäischen Kommission, die den Marktzugang für persönliche Schutzausrüstungen und Medizinprodukte erheblich erleichtert haben. So hat sich die Europäische Kommission angesichts der Bedeutung von Schutzmasken und -ausrüstung sowie Desinfektionsmitteln bei der Bekämpfung der Corona-Krise und der damit verbundenen exponentiell angestiegenen Nachfrage dazu entschieden, die bislang geltenden Regularien<sup>2</sup> zu lockern. Neben informierenden Leitfäden zur Produktion

<sup>1</sup> Ausführlich hierzu Schucht, Produktrecht im Pandemiemodus, NJW 2020, 1551.

<sup>2</sup> Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte; Verordnung (EU) 2016/425 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über persönliche Schutzausrüstungen.

von Schutzausrüstung, Handdesinfektionsmitteln sowie der Herstellung von Schutzausrüstung mittels 3D-Druck<sup>3</sup> hat die Europäische Kommission zudem eine Empfehlung über Konformitätsbewertungs- und Marktüberwachungsverfahren zur Bekämpfung der Covid-19-Bedrohung veröffentlicht.<sup>4</sup> Hierin ist unter anderem geregelt, dass die für die Produktbewertung verantwortlichen benannten Stellen Schutzausrüstungen vorrangig und zügig prüfen sollen. Daneben wurde bestimmt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Produkte ohne das sonst erforderliche CE-Kennzeichen in den Verkehr gebracht werden dürfen. Hinsichtlich Medizinprodukten, wie etwa den für die Behandlung von an Corona erkrankten Patienten dringend benötigten Beatmungsgeräten, hat die Europäische Kommission einen weiteren Leitfaden veröffentlicht.<sup>5</sup> Daneben sollen verschiedene Beschlüsse, die die Europäische Kommission vom 24.03.2020 angenommen hat, den Marktzugang erleichtern und es Herstellern ermöglichen, die für das Gesundheitswesen dringend benötigten Medizinprodukte schneller in den Verkehr zu bringen.

Obwohl die Erleichterungen des Marktzugangs zur Bedienung der Nachfrage an Schutzausrüstungen und Produkten des medizinischen Bereichs nachvollziehbar sind, bergen diese für die Hersteller bei Ausbleiben des versprochenen Schutzes vor einer Corona-Infektion oder – schlimmer – beim Versagen eines Beatmungsgerätes ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko. Insofern wird sich bei einer Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers stets die Frage stellen, ob das Produkt einen Fehler nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG aufweist. Dies ist der Fall, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere seiner Darbietung, des Gebrauchs und des Zeitpunkts seines Inverkehrbringens berechtigterweise erwartet werden durfte. Liegt ein solcher Fehler vor, haftet der Hersteller (und nach § 4 Abs. 2 ProdHaftG auch der Importeur) gemäß § 1 Abs. 1 ProdHaftG verschuldensunabhängig für den verursachten Schaden.

<sup>3</sup> Europäische Kommission, Konformitätsbewertungen für Schutzausrüstungen, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/40521>; Europäische Kommission, Leitlinien zu den geltenden Rechtsvorschriften für auf der Haut verbleibende Handreiniger und Handdesinfektionsmittel (Gels, Lösungen usw.), abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/40523>; Europäische Kommission, Konformitätsbewertungsverfahren für den 3D-Druck und für 3D-Druckerzeugnisse zur Verwendung im medizinischen Bereich im Zusammen mit COVID-19, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/40562>.

<sup>4</sup> Empfehlung (EU) 2020/403 der Europäischen Kommission vom 13. März 2020 über Konformitätsbewertungs- und Marktüberwachungsverfahren im Kontext der COVID-19-Bedrohung.

<sup>5</sup> Leitlinien 2020/C 108 I/01 der Europäischen Kommission vom 1. April 2020 zur Nutzung des Rahmens für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der durch die COVID-19-Krise verursachten Notsituation.

<sup>6</sup> E Robert-Koch-Institut, SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), 8. Inkubationszeit und serielles Intervall, Stand: 12.06.2020, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html).

### 1.3 Kausalitäts- und Beweisfragen

Werden Versicherungsnehmer in einem der oben genannten Szenarien von einem Dritten auf Ersatz eines Personen- oder darauf beruhenden Vermögensschadens in Anspruch genommen, werden sich aus unserer Sicht dabei häufig Fragen der Kausalität stellen. Insofern gehen wir davon aus, dass die weit überwiegende Mehrheit der (potentiellen) Kläger bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund unzureichender persönlicher Schutzausrüstung, fehlender Einhaltung der Abstandsregelungen oder nicht ausreichender Reinigung und Desinfektion im Regelfall den Kausalzusammenhang zwischen der (angeblichen) Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers und/oder einem anderen Versicherten und den entstandenen Schäden nicht nachweisen können. Dies beruht zum einen auf der Inkubationszeit von 1 bis 14 Tagen.<sup>6</sup> Zum anderen waren die möglichen Anspruchssteller vor der Infektion mit dem Coronavirus mit hoher Wahrscheinlichkeit verschiedenen Kontaminationsquellen ausgesetzt. Und auch bei (angeblich) fehlerhaften Medizinprodukten wird sich angesichts der Neuartigkeit des Coronavirus und des hierauf beruhenden Krankheitsverlaufes oftmals die Frage stellen, ob und wieweit Personenschäden kausal auf dem Medizinprodukt beruhen und ob dieses tatsächlich einen Fehler im Sinne des ProdHaftG aufweist.<sup>7</sup>

## 2 Deckungsrechtliche Risiken und Fragestellungen

### 2.1 Inhalt und Reichweite der (Produkt-)Haftpflichtversicherung

Nach § 100 VVG sowie der Regelung in Ziffer 5.1 AHB<sup>8</sup> ist der Versicherer verpflichtet, den Versicherungsnehmer von begründeten Ansprüchen freizustellen und unbegründete Ansprüche abzuwehren. Ungeachtet der angesprochenen Kausalitäts- und Beweisfragen hat der Versicherer bei einer Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers wegen grundsätzlich versicherter Schäden daher seiner Rechtsschutzverpflichtung auch dann nachzukommen, wenn erhebliche Nachweisprobleme bestehen. Da sowohl die Bedingungen für die allgemeine Haftpflichtversicherung als auch für die Produkthaftpflichtversicherung darüber hinaus üblicherweise entsprechend Ziffer 1.1 AHB sowie Ziffer 1 ProdHM<sup>9</sup> vorsehen, dass Versicherungsschutz (nur) für Personen-, Sach- und sich daraus ergebende Vermögensschäden besteht, gehen wir insgesamt aber davon aus, dass die Covid-19 Pandemie voraussichtlich nur zu einem

<sup>7</sup> Siehe den Beitrag von Marina Schulte, Die Aufklärungspflicht über neue Behandlungsmethoden bei einem Behandlungsvertrag.

<sup>8</sup> Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB), Musterbedingung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV), Stand Februar 2016.

<sup>9</sup> Besondere Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Produkthaftpflichtversicherung von Industrie- und Handelsbetrieben (Produkthaftpflicht-Modell), Musterbedingung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV), Stand Januar 2015.

leichten Anstieg von begründeten Freistellungsansprüchen im Rahmen von allgemeinen Haftpflicht- und Produkthaftungspolices führen wird. Dies beruht zum einen auf der Tatsache, dass die meisten mit dem Coronavirus infizierten Personen an eher geringfügigen Symptomen leiden, die – sofern sie überhaupt als Covid-19-Erkrankung identifiziert werden – zu keinen finanziellen Nachteilen führen. Zum anderen halten wir Szenarien von auf Covid-19 beruhenden Sachschäden für nur schwer vorstellbar.

Trotz der Begrenzung des Deckungsschutzes auf Personen- und Sach- sowie sich daraus ergebenden Vermögensschäden könnten sich Situationen ergeben, in denen Versicherungsnehmer wegen Fehlen anderweitigen Versicherungsschutzes versuchen, Gewinnausfälle wegen (behördlich angeordneter) Betriebsschließungen unter ihre allgemeine Haftpflicht- oder Produkthaftpflichtpolice zu fassen. Nach deutschem Verständnis stellt ein bloßer Nutzungsausfallschaden oder entgangener Gewinn allerdings einen reinen Vermögensschaden dar, der grundsätzlich nicht gedeckt ist.<sup>10</sup> Mit Blick auf den Inhalt und die Reichweite des Deckungsschutzes gehen wir daher davon aus, dass Gewinnausfälle ausschließlich in der Konstellation versichert sind, dass der Versicherungsnehmer und/oder seine Mitarbeiter einen Dritten mit dem Coronavirus infiziert haben und der Dritte infolgedessen seinen Betrieb schließen muss.

Soweit Dritte Ansprüche gegen den Versicherungsnehmer wegen Nichterfüllung oder mangelhafter Vertragsleistungen aufgrund der Covid-19-Pandemie geltend machen, sind solche Ansprüche in der Regel nicht versichert. Derartige Ansprüche sind schon nicht als Schadensersatzansprüche im Sinne der Versicherungsbedingungen zu qualifizieren und fallen daher nicht in den Anwendungsbereich der allgemeinen Haftpflicht- oder Produkthaftpflichtpolices. Daneben sind vertragliche Ansprüche auf Erfüllung, Nacherfüllung oder damit verbundene Ersatzansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung nach Ziffer 1.2 AHB deklaratorisch von der Deckung ausgeschlossen.

### 2.2 Infektionsklausel

Hinsichtlich etwaiger Deckungsanfragen im Zusammenhang mit einer auf eine Corona-Infektion gestützte Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers durch Dritte gehen wir davon aus, dass der sogenannten Infektionsklausel als Ausschlussstatbestand eine besondere Rolle zukommen wird. Nach Ziffer 7.18 AHB, der so oder ähnlich üblicherweise in den allgemeinen Haftpflichtpolices enthalten ist, sind Haftpflichtansprüche wegen Personenschäden, die aus der Übertragung einer Krankheit des Versicherungsnehmers resultieren, vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Insofern stellt sich die Frage, ob bereits die Infektion mit dem Coronavirus als Übertragung einer Krankheit anzusehen ist oder dies erst bei Manifestation von körperlichen Beschwerden der Fall ist.<sup>11</sup>

Im Ergebnis halten wir die Bedeutung der Infektionsklausel aber für gering. Denn der Ausschlussgrund gilt nur, wenn der Versicherungsnehmer selbst als natürliche Person und Träger des Coronavirus eine andere natürliche Person infiziert.<sup>12</sup> Daher ist die Deckung beispielsweise dann nicht ausgeschlossen, wenn es sich bei dem Versicherungsnehmer um ein Unternehmen handelt, das mit Ansprüchen seiner Mitarbeiter oder Dritter aus der Verletzung von Sicherheitsmaßnahmen konfrontiert wird. Zudem besteht nach der Rückausnahme in Ziffer 7.18 AHB Versicherungsschutz, wenn der Versicherungsnehmer beweist, dass er weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt hat.

### 3 Fazit

Insgesamt ist nicht auszuschließen, dass die Covid-19-Pandemie neben den viel diskutierten Betriebsschließungs- und Betriebsausfallversicherungen auch zu einem Anstieg von Haftpflichtansprüchen unter allgemeinen Haftpflichtpolices sowie Produkthaftpflichtversicherungen führen wird. Ein besonderes Haftungsrisiko resultiert dabei aus dem Maßnahmenpaket der Europäischen Kommission, das den Marktzugang von dringend benötigter Schutzausrüstung erleichtern und beschleunigen soll. Hinsichtlich deckungsrechtlicher Fragestellungen erwarten wir, dass Versicherungsnehmer versuchen könnten, mangels Abschluss von Betriebsschließungs- und Betriebsausfallversicherungen grundsätzlich nicht versicherte Nutzungsausfallschäden und entgangenen Gewinn unter (Produkt-)Haftungspolices geltend zu machen. Zudem liegt es nahe, dass der sogenannten Infektionsklausel in etwaigen versicherungsrechtlichen Streitigkeiten eine gesteigerte Bedeutung zukommen wird.



Dr. Isabelle Kilian

<sup>10</sup> S Ausnahmen in Ziffer 4.2.2.4, und Ziffer 4.3.2.3 ProdHB.

<sup>11</sup> Vgl. Günther/Piontek, Die Auswirkungen der "Corona-Krise" auf das Versicherungsrecht, r+s 2020, 242, 247; Rixecker, in: Schmidt, COVID-19, § 11 Rn. 82; Hardsdorf-Gebhardt, in: Später/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, AHB Ziffer 7 Rn. 430, 431.

<sup>12</sup> Pröls/Martin/Lücke AHB § 7 Rn. 150f.



## Auswirkungen der Covid-19 Pandemie auf die Aufklärungspflichten im Rahmen der Arzthaftpflichtversicherung

Die konkrete Behandlungsmethode des neuen Coronavirus (SARS-CoV2) beziehungsweise dessen Erkrankung (Covid-19) ist noch nicht abschließend erforscht. Es ist daher verständlich, dass die Mediziner sich auf ungewohntes Terrain begeben müssen und sowohl hinsichtlich der Medikamentenvergabe sowie der Therapie bestehende, wie auch neue Mittel ausprobieren müssen. In China, Italien, Frankreich und Spanien hat eine große Zahl von Patienten Off-Label- und Compassionate-Use-Therapien wie zum Beispiel Hydroxychloroquin und Remdesivir erhalten, die entweder auf ihren antiviralen oder entzündungshemmenden In-vitro-Eigenschaften beruhen. Obwohl viele Medikamente in vitro gegen verschiedene Coronaviren wirksam sind, gibt es derzeit keinen klinischen Beweis für die Wirksamkeit und Sicherheit eines Medikaments gegen irgendein Coronavirus beim Menschen, einschließlich SARS-CoV-2.<sup>1</sup>

### 1 Anforderungen an die Aufklärungspflichten

Vor diesem Hintergrund sollen in diesem Beitrag mögliche Haftungsfragen im Bereich der Arzthaftung beleuchtet werden, die sich (potentiell) im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie stellen. Es wird hierbei insbesondere untersucht, was der Arzt bei der Verwendung von neuartiger beziehungsweise noch nicht getesteter Behandlungsmethoden beachten muss.

Die Wahl der konkreten Behandlungsmethode ist nach dem Grundsatz der Therapiefreiheit primär Sache des Arztes.<sup>2</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG<sup>3</sup>

„fordert das Qualitätsgebot, dass die große Mehrheit der einschlägigen Fachleute (Ärzte, Wissenschaftler) die Behandlungsmethode befürwortet und von einzelnen, nicht ins Gewicht fallenden Gegenstimmen abgesehen, über die Zweckmäßigkeit der Therapie Konsens besteht. Dieses setzt im Regelfall voraus, dass über Qualität und Wirksamkeit der neuen

Methode – die in ihrer Gesamtheit und nicht nur in Bezug auf Teilaspekte zu würdigen ist – zuverlässige, wissenschaftlich nachprüfbar Aussagen gemacht werden können. Der Erfolg muss sich aus wissenschaftlich einwandfrei durchgeführten Studien über die Zahl der behandelten Fälle und die Wirksamkeit der Methode ablesen lassen. Ferner muss die Therapie in einer für die sichere Beurteilung ausreichenden Zahl von Behandlungsfällen erfolgreich gewesen sein.“

Der Arzt kann dabei auch neue, noch nicht allgemein anerkannte Methoden oder alternative Behandlungsmethoden und nicht zugelassene Medikamente anwenden. Dies stellt nicht zwingend ein Behandlungsfehler dar, solange sie auf einer verantwortungsvollen medizinischen Abwägung beruht.<sup>4</sup> Dabei muss der Behandler nicht immer den sichersten therapeutischen Weg wählen, aber das der Neulandmethode anhaftende höhere Risiko in besonderem Maße gegen das Behandlungsziel abwägen. Dies ist kein einmaliger Vorgang bei Beginn der Behandlung, sondern muss wiederholt werden, sobald neue Erkenntnisse

über Risiken und mögliche Nebenwirkungen vorliegen, über die sich der behandelnde Arzt ständig, insbesondere auch durch unverzügliche Kontrolluntersuchungen zu informieren hat.

Eine besondere Bedeutung kommt hierbei der Aufklärungspflicht zu, welche in § 630e BGB normiert ist. Hierbei ist zu differenzieren zwischen den Aufklärungspflichten für allgemein anerkannte Methoden, Außenseitermethoden, neue Behandlungsmethoden und speziell für den Einsatz für Medikamente und Medizinprodukte:

#### 1.1 Wissenschaftlich anerkannte Methoden

Bei allgemein wissenschaftlich anerkannten Methoden, wenn sie von der herrschenden oder doch überwiegenden Mehrheit in der medizinischen Wissenschaft für die Behandlung als geeignet und wirksam angesehen wird<sup>5</sup>, muss in erster Linie über den Eingriff überhaupt aufgeklärt werden, sowie über dessen Tragweite. Die ärztliche Aufklärung soll es dem Patienten ermöglichen, Art, Bedeutung, Ablauf und Folgen eines Eingriffs „im Großen und Ganzen“ zu verstehen.<sup>6</sup> Die exakten medizinischen Begrifflichkeiten müssen hierbei nicht verwendet werden. Sprachliche Besonderheiten des Patienten sind zu berücksichtigen.<sup>7</sup> Wählt der Arzt eine medizinisch standardgemäße Behandlungsmethode, bedarf es der Aufklärung über anderweitige, gleichfalls medizinisch indizierte, übliche Methode dann nicht, wenn die gewählte standardgemäße Therapie im Hinblick auf ihr Heilungschancen einerseits und ihr Belastungen und Risiken für den Patienten andererseits der Behandlungsalternative äquivalent oder zu präferieren ist.<sup>8</sup>

#### 1.2 Außenseitermethoden

Anders gestaltet sich dieses bei Außenseitermethoden. Der Unterschied zwischen einer Außenseitermethode und einer von herkömmlichen, bereits zum medizinischen Standard gehörenden Therapien liegt darin, dass bei Außenseitermethoden in besonderem Maße, mit bisher

fremdartigen Risiken und Nebenwirkungen zu rechnen ist.<sup>9</sup> Aus diesem Grund erfordert es eine verantwortungsvolle medizinische Abwägung, die durch einen speziell sorgfältigen Vergleich zwischen den zu erwartenden Vorteilen und ihren abzusehenden, assumierten oder in Erscheinung tretenden Nachteilen unter besonderer Beachtung des Wohles des Patienten gewährleistet wird.<sup>10</sup> Der Patient ist auch darüber aufzuklären, dass der geplante Eingriff nicht medizinischer Standard ist und seine Wirksamkeit statistisch nicht abgesichert ist.<sup>11</sup> Weiterhin muss sie erneut realisiert werden, sobald neue Erkenntnisse über mögliche Risiken und Nebenwirkungen vorliegen, eine ständige und unverzügliche Kontrolle des Arztes wird dabei gefordert. Letztlich muss dem durch die Anwendung ausgesetzten höheren Risiko des Patienten durch die Sachzwänge des konkreten Falles oder durch die günstigere Heilungsprognose sachlich gerechtfertigt sein.<sup>12</sup>

#### 1.3 Neue, noch nicht allgemein anerkannte Methoden

Will der Arzt vom medizinischen Standard abweichen und eine neue, noch nicht allgemein anerkannte Methode mit noch nicht abschließend geklärten Risiken anwenden, muss er den Patienten darüber aufklären, dass es sich um eine neue Methode handelt, die noch nicht lange praktiziert wird, deren Wirksamkeit statistisch noch nicht abgesichert ist und/oder dass die geplante Therapie (noch) nicht medizinischem Standard entspricht und unbekanntes Risiko birgt.<sup>13</sup> Hierbei ist es wichtig, dass dem Patienten die Möglichkeit eröffnet wird, selbst sorgfältig abzuwägen, ob er sich nach der gängigen Methode mit ubiquitären Risiken therapieren lassen will oder nach der neuen Therapie unter besonderer Aufmerksamkeit der in Aussicht gestellten Vorzüge und der noch nicht zweifellos vertrauten Gefahren.<sup>14</sup> Dabei gilt, dass die Aufklärungspflicht umso umfangreicher ist, desto weniger gesichert und fachlich anerkannt die beabsichtigte Methode ist. Je größer die Diskrepanz zwischen bestimmten neuen Methoden und anerkannten wissenschaftlichen Therapien ist, desto umfassender muss nachvollziehbarerweise die Informationspflicht des Arztes sein.<sup>15</sup>

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 10.07.1996 – Az. IV ZR 133/95, NJW 1996, 3074, 3075; BSG, Urt. v. 21.03.2013 – Az. B 3 KR 2/12 R, BeckRS 2013, 70811; VGH München, Urt. v. 24.07.2015 – Az. 14 ZB 15.372, BeckRS 2015, 49727.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 28.05.2019 – Az. VI ZR 27/17, NJW 2019, 2320, 2321; BGH, Urt. v. 11.10.2016 – Az. VI ZR 462/15, NJW-RR 2017, 533, 534; BGH, Urt. v. 14.11.1995 – Az. VI ZR 359/94, NJW 1996, 777, 779; OLG München, Urt. v. 23.02.2012 – Az. 1 U 2781/11, BeckRS 2012, 5186.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 19.11.1985 – Az. VI ZR 134/84, NJW 1986, 780, 780.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 22.09.1987 – Az. VI ZR 238/86, NJW 1988, 763, 764; BGH, Urt. v. 06.07.2010 – Az. VI ZR 198/09, BeckRS 2010, 17289; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.01.2019 – Az. 8 U 8/18, BeckRS 2019, 475; OLG Jena, Urt. v. 19.06.2012 – Az. 4 U 797/09, BeckRS 2012, 13697.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 22.10.2010 – Az. 3 StR 239/10, RDG 2011, 132, 134; BGH, Urt. v. 15.10.2019 – Az. VI ZR 105/18, VersR 2020, 168, 170.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 15.10.2019 – Az. VI ZR 105/18, VersR 2020, 168, 171; BGH, Urt. v. 30.05.2017 – Az. VI ZR 203/16, NJW 2017, 2685, 2686; Spickhoff/Knauer/Brose StGB § 223 Rn. 44f; Nußstein, Ärztliche Behandlung außerhalb des Standards – Anfechtung, Aufklärung und Einwilligung, VersR 2018, 1361, 1364.

<sup>11</sup> Geiß/Greiner/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, C. Haftung aus Aufklärungsfehler, Rn. 39, BGH, Urt. v. 22.12.2010 – 3 StR 239/19, NJW 2011, 1088, 1089.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 27.03.2007 – Az. VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767, 2768; BGH, Urt. v. 22.05.2007 – Az. VI ZR 35/06, NJW 2007, 2774, 2775; Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2019/2020, NJW 2020, 1720, 1724, 1725.

<sup>13</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 15.10.2019 – VI ZR 105/18, NJW 2020, 1358; Sodan/Peick, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 10 Rn. 70, 71a; BSG, Urt. v. 21.03.2013 – Az. B 3 KR 2/12 – BeckRS 2013, 70811; BGH, Urt. v. 26.11.1991 – Az. VI ZR 389/90, NJW 1992, 754, 755.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 27.03.2007 – Az. VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767, 2768; BGH, Urt. v. 22.12.2010 – 3 StR 239/19, NJW 2011, 1088, 1089.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 13.06.2006 – Az. VI ZR 323/04, BeckRS 2006, 8153; BGH, Urt. v. 27.03.2007 – Az. VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767; Katzenmeier, Aufklärung über neue medizinische Behandlungsmethoden – "Robodoc", NJW 2006, 2738, 2739, 2740; MüKo/Wagner, § 630a Rn.133ff.; Laufs/kern/Rehborn/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 96, Rn. 51.

<sup>1</sup> Kalil, Treating COVID-19 – Off-Label Drug Use, Compassionate Use, and Randomized Clinical Trials During Pandemics, Quelle: <https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2763802>, zuletzt aufgerufen am 26.05.2020.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 22.09.1987 – Az. VI ZR 238/86, NJW 1988, 763; BGH, Urt. v. 23.02.2012 – Az. I ZR 231/10, GRUR 2012, 1050, 1051; OLG Koblenz, Urt. v. 30.07.2013 – Az. 5 U 641/13, VersR 2014, 1133, 1134.

<sup>3</sup> So zuletzt BSG, Urt. v. 19.12.2017 – B 1 KR 17/17 R, MPR 2018, 56 (57); so auch Wagner, in: Krauskopf: Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 105. EL Januar 2020, SGB V § 13 Rn. 32.

<sup>4</sup> So zuletzt BGH, Urt. v. 15.10.2019 – VI ZR 105/18, NJW 2020, 1358; vgl. auch BGH, Urt. v. 22.5.2007 – VI ZR 35/06, r+s 2008, 33; zum Einsatz nicht zugelassener Arzneimitteln vgl. BSG, Urt. v. 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 R, NJW 2003, 460 (461).

#### 1.4 Aufklärungspflichten bei Medikamenten und Medizinprodukten

Weiterhin muss zwischen der Aufklärungspflicht bei Behandlungsmethoden, als auch bei Medikamenten und Medizinprodukten unterschieden werden. Bei einer zugelassenen Medikation beziehungsweise einem zugelassenen Medizinprodukt muss der Arzt den Patienten über Unverträglichkeiten und Nebenwirkungen informieren und bei gefährlichen Medikamenten/Medizinprodukten Hinweise zu den Komplikationen und einem drohenden Schaden geben. Dabei reicht grundsätzlich der Warnhinweis in der Packungsbeilage des Pharmaherstellers aus.<sup>16</sup> Kommen dennoch derart schwerwiegende Nebenwirkungen eines Medikaments in Betracht, so ist neben dem Hinweis in der Gebrauchsinformation auch eine Aufklärung durch den das Medikament verordnenden Arzt erforderlich.<sup>17</sup>

##### 1.4.1 Off-Label-Use

Strenger gestaltet sich die Aufklärungspflicht bei einem "Off-Label-Use", unter dem man ein auf dem Markt nicht für die konkrete Heilbehandlung zugelassenes disponibles Arzneimittel für ein Heilverfahren versteht.<sup>18</sup> Nach Auffassung des BSG, ist es dem Arzt auf eigene Verantwortung hin nicht verboten dieses einzusetzen.<sup>19</sup> Dennoch muss beachtet werden, dass ein "Off-Label-Use" zur Folge hat, dass Arzneimittel eingesetzt werden ohne die arzneimittelrechtlich vorgesehene Kontrolle der Sicherheit und Qualität, die in erster Linie Patienten vor inakzeptablen, unkalkulierbaren Risiken für die Gesundheit schützen sollen, sodass der "Off-Label-Use" nach der eher strengen und restriktiven Rechtsprechung des BSG nur in engen Grenzen aufgrund einer Güterabwägung zulässig ist.<sup>20</sup> Er kann dann zu Lasten der Krankenversicherung gehen, wenn eine schwerwiegende (lebensbedrohliche) Erkrankung vorliegt, wenn keine andere Therapie zugänglich ist und wenn aufgrund der Datenlage

begründete Aussicht auf Behandlungserfolge (kurativ oder palliativ) besteht.<sup>21</sup> Die Notwendigkeit, unvertretbare Nebenwirkungen zu analysieren und zu messen, wird als Kernelement des Standards zur Überprüfung der Arzneimittelsicherheit angesehen.<sup>22</sup>

##### 1.4.2 Klinische Prüfung/Bewertung

Hiervon ist wiederum zu unterscheiden, wenn ein Medikament beziehungsweise ein Medizinprodukt noch nicht zugelassen ist und sich noch in der Klinischen Prüfung/Bewertung gemäß §§ 40ff AMG und §§ 19ff MPG befindet. Hier ist der Patient neben den allgemeinen Aufklärungspflichten zusätzlich darüber aufzuklären, dass das Medikament/das Medizinprodukt im Rahmen der klinischen Prüfung eingesetzt wird. Aufgrund der Verbindung von Behandlungszweck und Forschungsinteresse, muss daher zusätzlich ein Probandenvertrag mit dem Patienten abgeschlossen werden, indem der Arzt den Patienten über sein Forschungsinteresse aufklärt und ihm die Frage stellt, ob er sich insoweit als Proband offerieren möchte.<sup>23</sup> Die Einwilligung als essentielles Erfordernis, muss vor dem Eintritt der klinischen Prüfung und während des gesamten Zeitraums vorliegen. Die Patienten müssen, durch einen über die Prüfung hinreichend informierten Arzt, über Risiken in Relation zur erwarteten Bedeutung des Arzneimittels aufgeklärt werden. Ziel ist es zu präzisieren und dem Probanden einzuschärfen, dass es sich um ein nicht zugelassenes, noch nicht ausgetestetes Produkt handelt, um letztlich eine Risikoeinschätzung zu ermöglichen.<sup>24</sup> Dabei muss beachtet werden, dass auch ohne Nachfrage des Probanden, über alle Informationen aufgeklärt werden muss, die ein Interesse im konkreten Fall berühren.<sup>25</sup> Daneben ist zwingend eine Probandenversicherung abzuschließen.

## 2 Fazit

Die Anwendung neuer beziehungsweise nicht anerkannter Verfahren ist für den medizinischen Fortschritt zwar unerlässlich, jedoch darf dieses niemals eine Rechtfertigung dafür sein, dass Patienten über die Neuheit einer Behandlungsmethode und die damit einhergehenden Risiken im Ungewissen gelassen werden. Als Beispiel dafür kann das Malariamittel Chloroquin und Hydroxychloroquin angeführt werden, dass aufgrund von Laborexperimenten und ergebnisreicher klinischen Erfahrungen zur Behandlung von Patienten mit COVID-19 eingesetzt wurde. Dagegen wurden die Mittel in einer großen internationalen Beobachtungsstudie zum einen als unwirksam erwiesen, zum anderen zeigten sich schwere Nebenwirkungen, die zu einem Anstieg von schweren Herzrhythmusstörungen und Todesfällen führen können. Aus dem zuvor Elaborierten lässt sich erkennen, wie rapide ein Arzthaftungsfall entstehen kann. Zur Legitimation eines Einsatzes einer neuen Behandlung bedarf es in folgedessen eines informierten Einverständnisses des Patienten, die jedoch nicht erwartet werden kann, wenn dieser nicht mit konkret fassbaren Informationen versorgt wird, sondern nur mit dem allgemeinen Hinweis, es könnten bei einer bestimmten

Behandlungsmethode auch bislang noch unbekannte Risiken eintreten. Letztlich wird es auch beim Einsatz neuer Behandlungsmethoden für die Willensbildung des Patienten darauf ankommen, auf welche Weise der behandelnde Arzt die Behandlungsart präsentiert und damit den Patienten bei seiner Entscheidungsfindung leitet. Der Hilfs- und Beratungsbedürftigkeit des Patienten muss auf dieser Weise hinreichend Rechnung getragen werden.<sup>26</sup>



Dr. Marina Schulte

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 15.03.2005 – VI ZR 289/03, NJW 2005, 1716, 1717; OLG Dresden, Urt. v. 20.04.2018 – Az. 4 U 307/18, BeckRS 2018, 16444; Clausen/Schroeder-Printzen/Terbille/Feifel, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 1 Rn. 357-360; Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/Mayer, Arzneimittelrecht, § 45 Rn. 75ff.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 27.10.1981 – Az. VI ZR 69/80, NJW 1982, 697, 698; Ziegler/Ziegler, Risiken und Nebenwirkungen in Aufklärungsbögen, NJW 2019, 398, 402.

<sup>18</sup> BSG, Urt. v. 19.03.2002 – Az. B 1 KR 37/00 R, NJW 2003 460.

<sup>19</sup> BSG, Urt. v. 19.03.2002 – Az. B 1 KR 37/00 R, NJW 2003 460, 461.

<sup>20</sup> BSG, Urt. v. 19.03.2002 – Az. B 1 KR 37/00 R, NJW 2003, 460, 463, 464; Krüger, Haftung des pharmazeutischen Unternehmers bei Off-Label-Use, PharmR 2004, 52, 52; Gocke, Der zulassungsüberschreitende Einsatz von Arzneimitteln ("Off-Label-Use") - - zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundessozialgerichts vom 19. März 2002 (B 1 KR 37/00), NZS 2002, 620, 626.

<sup>21</sup> BSG, Urt. v. 19.03.2002 – Az. B 1 KR 37/00 R, NJW 2003, 460, 463, 464; BGH, Urt. v. 14.04.2007 – Az. VI ZR 108/06, VersR 2007, 999; Niemann, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum so genannten "off-label-use"-Anwendung eines zugelassenen Arzneimittels außerhalb seiner zugelassenen Indikation, NZS 2020, 361, 365.

<sup>22</sup> BSG, Urt. v. 13.12.2016 – Az. B 1 KR 10/16 R, BeckRS 2016, 114895; BSG, Urt. v. 13.10.2010 – Az. B 6 KA 47/09 R, BeckRS 2011, 68192.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 27.03.2007 – Az. VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767ff.; BGH, Urt. v. 13.06.2006 – Az. VI ZR 323/04, NJW 2006, 2477, 2578; BGH, Urt. v. 21.11.1995 – Az. VI ZR 329/94, NJW 1996, 776, 777.



## Aktuelle Entwicklungen in den Brustimplantate-Verfahren

Die haftungs- und deckungsrechtlichen Fragestellungen rund um die Folgen der Herstellung mangelhafter Silikon-Brustimplantate durch den französischen Hersteller Poly Implant Prothèse (PIP) sind auch zehn Jahre nach Aufdeckung des Skandals nicht abgeschlossen. Durch zwei aktuelle Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes und des Bundesgerichtshofes zeichnen sich neue Entwicklungen ab.

### Bisherige nationale und europäische Gerichtsentscheidungen

Bereits in den vergangenen Jahren haben sich sowohl nationale Gerichte als auch der Europäische Gerichtshof mit einer Vielzahl von Verfahren im Zusammenhang mit mangelhaften Brustimplantaten auseinandergesetzt. So hat der Europäische Gerichtshof im Jahr 2017 klargestellt, dass die im Konformitätsverfahren eingebundenen benannte Stellen zwar besondere Pflichten treffen können, jedoch keiner generellen Pflicht unterliegen, unangemeldete Inspektionen durchzuführen, Produkte zu prüfen und/oder Geschäftsunterlagen des Herstellers zu prüfen.<sup>1</sup> Sobald der benannten Stelle allerdings Hinweise darauf vorliegen, dass ein Medizinprodukt die Anforderungen der Medizinprodukterichtlinie nicht erfüllt, hat die benannte Stelle alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um insbesondere festzustellen, ob die Konformitätserklärung aufrechterhalten werden kann. Nach den Feststellungen des Europäischen Gerichtshofes richtet sich die Haftung der benannten Stelle wegen etwaiger Pflichtverletzungen nach dem jeweiligen nationalen Recht.

In der Anschlussentscheidung des Bundesgerichtshofes im Jahr 2018 war die Frage nach der Haftung zunächst irrelevant, da im streitgegenständlichen Verfahren eine Pflichtverletzung der benannten Stelle mangels Verdachtsmomenten, die eine Pflicht zur unangemeldeten Prüfung zur Folge gehabt hätten, aus Sicht des Gerichts nicht in Betracht kam.<sup>2</sup> Auf dieser Grundlage lehnte der Bundesgerichtshof eine Haftung des TÜV Rheinland ab.

Im September 2018 hat das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. den Europäischen Gerichtshof um Klärung gebeten, ob das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht nur die EU-Mitgliedsstaaten und die Unionsorgane, sondern auch Private bindet.<sup>3</sup> Hintergrund war ein Verfahren einer deutschen Patientin gegen den Haftpflichtversicherer des inzwischen insolventen Herstellers PIP auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. In den maßgeblichen Versicherungsbedingungen ist der Versicherungsschutz geografisch „ausschließlich für Schadensfälle, die im metropolitanen Frankreich und in den französischen Überseegebieten eintreten“ beschränkt. Diese Regelung stellt aus Sicht des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar, die alle nichtfranzösischen Patientinnen betrifft. Daher wurde der Europäische Gerichtshof um die Klärung der Frage gebeten, ob das Diskriminierungsverbot in Art. 18 Abs. 1 AEUV auch für Private wie einen Versicherer gilt.

### Bundesgerichtshof hält deliktische Haftung für grundsätzlich denkbar

Mit Urteil vom 27.02.2020 hat sich der Bundesgerichtshof nunmehr konkret mit der Haftung der benannten Stelle auseinandergesetzt.<sup>4</sup> Die Vorinstanzen hatten eine Haftung jeweils aus Rechtsgründen abgelehnt. Daher musste der Bundesgerichtshof nunmehr über die Frage entscheiden, ob grundsätzlich ein Anspruch der Patientinnen gegen den TÜV Rheinland auf Grundlage eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder aus Delikt denkbar ist.

Nach Ansicht des Gerichts kommt zunächst ein Anspruch aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht in Betracht. Zum einen sei die Leistungsnähe zwischen dem Hersteller und der benannten Stelle zu der geschädigten Patientin fraglich, da keine unmittelbare Beziehung zu den Patientinnen bestehe. Insofern wirke sich die fehlende Aufdeckung der Verwendung minderwertigen Silikons nur mittelbar auf die Patientinnen aus. Zum anderen fehle es an einem schutzwürdigen Einbeziehungsinteresse. Sinn und Zweck des Zertifizierungsauftrages der benannten Stellen sei einzig die Durchführung des Konformitätsverfahrens und die damit einhergehende Prüfung der Marktfähigkeit. Das allgemeine Interesse, dass durch die Herstellung der Produkte kein Schaden entstehe, sei für ein schutzwürdiges Interesse nicht ausreichend.

Allerdings komme, so der Bundesgerichtshof, grundsätzlich eine deliktische Haftung in Betracht. Bei der im Medizinproduktegesetz getroffenen Regelung zum Konformitätsbewertungsverfahren handele es sich um ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 S. 1 BGB. Gleiches gelte für die im Medizinproduktegesetz geregelten Rechte und Pflichten der benannten Stellen bei Medizinprodukten sowie der Regelungen in Anhang II der Medizinprodukterichtlinie, da der Schutz der Empfänger nicht nur durch den Hersteller der Medizinprodukte, sondern auch der benannten Stelle obliege. Aufgrund der den benannten Stellen eingeräumten Befugnisse – unter anderem zur Einschränkung, Aussetzung und Entziehung von Bescheinigungen – seien deren Tätigkeiten mit denen einer Behörde vergleichbar. Darüber hinaus sei eine Haftung der benannten Stellen auch sinnvoll und notwendig, da insbesondere durch fehlerhafte Medizinprodukte besondere gesundheitliche Gefahren drohen. Überdies sei die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruches gegen die benannte Stelle sinnvoll und notwendig, um Anreize zu verhindern, die dem Sinn und Zweck des Konformitätsbewertungsverfahrens entgegenlaufen.

Auf Grundlage dieser Feststellungen muss das Berufungsgericht die Haftung der benannten Stelle nun weiter beurteilen. Neben den oben zusammengefassten Grundsätzen zu einer deliktischen Haftung wird das Oberlandesgericht Nürnberg als Vorinstanz zudem zu beachten haben, dass aus Sicht des Bundesgerichtshofes auch eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB wegen zumindest fahrlässiger rechtswidriger Körperverletzung und Gesundheitsschädigung nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann.

### EuGH bestätigt geographische Begrenzung des Versicherungsschutzes

In Bezug auf die von dem Oberlandesgericht Frankfurt a.M. vorgelegte Frage im Vorabentscheidungsverfahren hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 11.06.2020 jüngst festgestellt, dass Art. 18 Abs. 1 AEUV keine Anwendung auf Klauseln findet, die die geografische Reichweite der Deckung eines Haftpflichtversicherers auf Schäden beschränken, die im Gebiet eines einzigen Mitgliedsstaates eintreten.<sup>5</sup> Daher verstoße die Klausel im Versicherungsvertrag des französischen Haftpflichtversicherers, wonach die Einstandspflicht auf Schäden beschränkt ist, die in Frankreich eintreten, nicht gegen Unionsrecht. Hierzu hat der Europäische Gerichtshof weiter ausgeführt, dass zunächst überhaupt der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet sein müsse, um eine mögliche Diskriminierung zu prüfen.<sup>5</sup> Dies sei vorliegend allerdings nicht der Fall, da nach geltendem Unionsrecht keine Versicherungspflicht für Hersteller von Medizinprodukten besteht. Auch fehle es an einem konkreten Bezug zu einer der im Europäischen Recht garantierten Grundfreiheiten. Alleine aus dem Umstand, dass im konkret zu entscheidenden Sachverhalt einer deutschen Patientin in Deutschland die Brustimplantate des französischen Herstellers PIP eingesetzt wurden, könne kein Gebrauch einer der Grundfreiheiten erkannt werden.

Da sich die Klägerin aus Sicht des Europäischen Gerichtshofes daher schon nicht auf das Diskriminierungsverbot berufen könne, hat das Gericht die weitere Frage des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M., ob Art. 18 Abs. 1 AEUV auch auf einen Versicherer Anwendung findet, offengelassen.

Für geschädigte Patientinnen außerhalb Frankreichs bedeutet diese Grundentscheidung des Europäischen Gerichtshofes, dass eine Inanspruchnahme des Haftpflichtversicherers von PIP ausscheidet. Mit Blick auf das Verfahren vor dem Oberlandesgericht Frankfurt a.M. ist daher mit einer Klageabweisung zu rechnen.



Dr. Isabelle Kilian

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 16.02.2017 – C-219/15, NJW 2017, 1161.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 22.6.2017 – VII ZR 36/14, NJW 2017, 2617.

<sup>3</sup> OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 11.09.2018 – 8 U 27/17, NJW 2019, 525.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 27.2.2020 – VII ZR 151/18, NJW 2020, 1514.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 11.06.2020 – C-581/18, NJW 2020, 2169.



## Aktuelle Rechtsprechung

### BGH: Haftung des Abschlussprüfers wegen eines falschen Bestätigungsvermerks im Wertpapierprospekt

In seinem Urteil vom 12.03.2020 entschied der VII. Zivilsenat des BGH<sup>1</sup>, dass eine Haftung des Abschlussprüfers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 Abs. 1 HGB voraussetze, dass Gegenstand der Prüfung eine nach Maßgabe des Handelsrechts vorgeschriebene Pflichtprüfung sei. Eine solche Pflichtprüfung liege nicht vor, wenn die Prüfung der Jahresabschlüsse und der Lageberichte lediglich auf der Grundlage wertpapierrechtlicher Vorschriften über den notwendigen Inhalt eines Prospekts für die Emission einer Orderschuldverschreibung erforderlich ist. Darüber hinaus komme ein Anspruch eines Anlegers aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gegen einen Wirtschaftsprüfer in Betracht, wenn der in einem Wertpapierprospekt enthaltene Bestätigungsvermerk nicht nur unrichtig sei, sondern der Wirtschaftsprüfer seine Aufgabe nachlässig erledige, zum Beispiel durch unzureichende Ermittlungen oder Angaben ins Blaue hinein und dabei eine Rücksichtslosigkeit an den Tag lege, die angesichts der Bedeutung des Bestätigungsvermerks für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheine.

Der Kläger zeichnete Orderschuldverschreibungen einer Emittentin und stellte dieser die entsprechenden Beträge zur Verfügung. Bei seiner Anlageentscheidung stützte der Kläger sich nach den Angaben in den Zeichnungsanträgen unter anderem auf Emissionsprospekte der Emittentin. In der anschließenden Insolvenz der Emittentin fiel der Kläger zum großen Teil aus. Mit seiner Klage nahm er den beklagten Abschlussprüfer der Emittentin auf Schadensersatz in Anspruch, der die im Emissionsprospekt abgedruckten Jahresabschlüsse und Lageberichte der Emittentin geprüft und uneingeschränkte Bestätigungsvermerke erteilt hatte.

Anders als das Berufungsgericht verneint der Bundesgerichtshof einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 Abs. 1 HGB. So habe der

Beklagte keine gesetzlich vorgeschriebene Pflichtprüfung durchgeführt, die eine Strafbarkeit nach § 332 Abs. 1 HGB begründen könne. Eine solche sei nicht gegeben, wenn die Prüfung der Jahresabschlüsse und der Lageberichte lediglich auf der Grundlage wertpapierrechtlicher Vorschriften über den notwendigen Inhalt eines Prospekts für die Emission einer Orderschuldverschreibung erforderlich sei. Denn der Straftatbestand setze eine nach dem Handelsrecht vorgeschriebene Regelprüfung voraus und gelte nicht für andere Prüfungsanlässe. Als kleine Kapitalgesellschaft nach § 267 Abs. 1 HGB war die Emittentin jedoch nicht gemäß § 316 Abs. 1 HGB verpflichtet, ihren Jahresabschluss und Lagebericht durch einen Abschlussprüfer zu prüfen. Die gesetzlich vorgeschriebene Abschlussprüfung unterscheide sich nach ihrem Schutzzweck von den Regelungen zum Inhalt von Prospekten. Eine analoge Anwendung von § 332 Abs. 1 HGB zu Lasten des Abschlussprüfers sei ausgeschlossen.

Jedoch bestätigte der Bundesgerichtshof die Auffassung des Berufungsgerichts, das einen Anspruch aus § 826 BGB gegen den Beklagten wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung bejahte. Nicht zu beanstanden sei die Annahme des Oberlandesgerichts Dresden, der beklagte Abschlussprüfer habe bewusst abweichend von eigenen Erkenntnissen und Prüfungsergebnissen falsch testiert, dass die Lageberichte den Anforderungen des § 322 Abs. 6 HGB entsprächen.

### VGH: Grenzen der Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) bei der grenzüberschreitenden Aufsicht von Versicherern

Mit Urteil vom 30.04.2020 setzte der Hessische Verwaltungsgerichtshof (VGH) der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) Grenzen bei der grenzüberschreitenden Beaufsichtigung von Versicherern: Die BaFin darf von Versicherern aus EU- und EWR-Ländern nicht verlangen, Jahresberichte über Kundenbeschwerden vorzulegen.<sup>2</sup>

Die Klägerin – ein in Österreich ansässiger Versicherer – ist in Deutschland im Rahmen des Dienstleistungsverkehrs tätig. Sie wendet sich – neben 19 weiteren in Österreich ansässigen Versicherern – gegen die Auferlegung einer jährlichen Berichtspflicht über etwaige Beschwerden von Kunden im Rahmen des von ihr in Deutschland betriebenen Versicherungsgeschäfts durch die BaFin. Die Klägerin argumentiert, dass die Finanzmarktaufsicht (FMA) bereits das von der Klägerin eingerichtete Beschwerdemanagement beaufsichtige. Eine doppelte, sich gegebenenfalls auch widersprechende Aufsicht sowohl in Deutschland als auch in Österreich sei wettbewerbsbehindernd und europarechtswidrig.

Der Verwaltungsgerichtshof entschied, dass mangels Rechtsverstoßes durch die Klägerin die Tatbestandsvoraussetzungen für ein Einschreiten der BaFin nicht gegeben seien. Während die FMA vorrangig für die Aufsicht über den österreichischen Versicherer zuständig sei, obliege der BaFin lediglich eine nachrangige Rechtsaufsicht. Es sei ihr darüber hinaus nicht erlaubt, im Sinne einer von ihr angestrebten Optimierung der Belange der Versicherten über die Vorgaben der Solvency II-Richtlinie hinauszugehen.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit hat der VGH in seinem Urteil die Revision zugelassen.

### OLG Hamm: Covid-19 ist keine versicherte meldepflichtige Krankheit in der Betriebsschließungsversicherung

Am 15.07.2020 hat das Oberlandesgericht Hamm eine weitere Entscheidung zum Versicherungsschutz im Rahmen einer Betriebsschließungsversicherung für behördliche Maßnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie erlassen.<sup>3</sup> Das Gericht wies die Beschwerde einer Gaststättenbetreiberin gegen einen Beschluss des Landgerichts Essen vom 16.06.2020 (Az. 18 O 150/20) zurück, welches bereits in der ersten Instanz den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zugunsten der Antragstellerin abgewiesen hatte. Das Gericht wies darauf hin, dass die Aufzählung der „versicherten“ Krankheiten und Krankheitserreger in den vereinbarten Versicherungsbedingungen abschließend sei. Der Wortlaut „nur die im Folgenden aufgeführten (vgl. §§ 6 und 7 IfSG)“ und die anschließende ausführliche Auflistung einer Vielzahl von

Krankheiten und Erregern mache dem – für die Auslegung maßgeblichen – durchschnittlichen Versicherungsnehmer deutlich, dass der Versicherer nur für die benannten, vom Versicherer einschätzbaren Risiken einstehen wolle. Vor diesem Hintergrund könne der Hinweis „vgl. §§ 6 und 7 IfSG“ nicht dahin verstanden werden, dass der Versicherer auch für eine spätere – hier nach Auffassung der Antragstellerin erfolgte – Erweiterung des Gesetzes Versicherungsschutz gewähren würde.

Darüber hinaus betonte das Gericht, dass das Landgericht Essen in der ersten Instanz auch einen Verfügungsgrund zu Recht verneint habe. So wäre unter Berücksichtigung aller Umstände – auf der Grundlage des Vortrags der Antragstellerin – eine Vorwegnahme der Hauptsache nicht gerechtfertigt.

Der Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm fügt sich in eine Reihe weiterer Entscheidungen zur Betriebsschließungsversicherung ein. So hat bereits das Landgericht Bochum mit Urteil vom 15.07.2020 (Az. I-4 O 215/20) entschieden, dass bei einer Auflistung von Krankheiten und Krankheitserregern in den Versicherungsbedingungen kein Deckungsschutz für das neuartige Coronavirus bestehe. Auch das Landgericht Mannheim hatte in seinem Urteil vom 29.04.2020 (Az. 11 O 66/20) zumindest anklingen lassen, dass bei einer Aufnahme eines enumerativen Katalogs in den Versicherungsbedingungen kein Versicherungsschutz für neu hinzukommende Krankheiten bestehe (VersR 2020, 904, 905).

### OLG Karlsruhe: Haftung der Ärzte wegen fehlenden Hinweises über das Risiko einer schweren Behinderung des Kindes

In seinem Urteil vom 19.02.2020 beschäftigte sich das Oberlandesgericht Karlsruhe mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Eltern eines behinderten Kindes Ansprüche auf Schadensersatz haben, wenn sie von den behandelnden Ärzten nicht auf das Risiko einer schweren Behinderung ihres ungeborenen Kindes hingewiesen wurden.<sup>4</sup>

Bei der MRT-Untersuchung einer schwangeren Frau zeigte sich eine Fehlbildung des Gehirns des Kindes, eine sogenannte „Balkenagenesie“. Dabei handelt es sich um ein Fehlen des Balkens zwischen den beiden Gehirnhälften. In den meisten Fällen kommen Kinder damit gesund zur Welt, in 12 Prozent der Fälle kommt es dagegen zu schweren Behinderungen. Im Fall der Klägerin, die bereits im Jahr davor eine Schwangerschaft aufgrund einer bei einer pränatalen Diagnostik festgestellten „Turner-Syndroms“ abgebrochen

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 12.3.2020 – VII ZR 236/19.

<sup>2</sup> BGVGH Kassel, Urt. v. 30.04.2020 – 6 A 2149/18.

<sup>3</sup> OLG Hamm, Beschl. vom 15.07.2020 – 20 W 21/20.

hatte, kam das Kind mit schweren Behinderungen zur Welt. Die Eltern verklagten daraufhin das Krankenhaus und die behandelnden Ärzte und verlangten Ersatz ihres durch die Betreuung des schwer behinderten Kindes entstehenden Mehraufwandes. Sie seien nicht auf das Risiko einer schweren Behinderung hingewiesen worden und hätten bei hinreichender Kenntnis des Risikos, die Schwangerschaft abgebrochen.

Das Oberlandesgericht Karlsruhe hat der Berufung überwiegend stattgegeben. Aus dem Behandlungsvertrag resultiert die Verpflichtung der Ärzte, die Klägerin über das Risiko einer schweren Behinderung zu informieren, da die Eltern sich mit dem erkennbaren Ziel in die Behandlung begeben haben, möglichst frühzeitig auf solche möglichen Schädigungen hingewiesen zu werden. Laut Gerichtsmitteilung sind die Eltern nur über mögliche Verzögerungen in der Entwicklung, nicht über das Risiko schwerer Schädigungen aufgeklärt worden. Eine Berechtigung für Vorenthaltung dieser Informationen bestand nicht. Damit haben die Beklagten ihre Pflichten aus dem Behandlungsvertrag verletzt, als die Kläger nicht in realistischer Weise auf das Risiko hingewiesen wurden.

Nach Anhörung der Mutter kam der Senat zum Ergebnis, dass sie die Schwangerschaft, aufgrund der prognostizierbaren, exzeptionellen schweren gesundheitlichen Folgen für die Mutter, in zulässiger Weise gemäß § 218a Abs. 2 StGB abgebrochen habe. Daraufhin sprach der Senat der Mutter im Hinblick auf die bei ihr eingetretenen, schwerwiegenden psychischen Folgen, ein Schmerzensgeld in Höhe von 20.000 Euro zu. Zugleich wurde den Eltern ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der gegenüber einem gesunden Kind entstehenden vermehrten Unterhaltsleistungen und des vermehren Pflegeaufwandes zugesprochen.

### OLG Köln: Klage zur Feststellung der Wirksamkeit einer Subsidiaritätsklausel in der Mehrfachversicherung ist unzulässig

In seinem Hinweisbeschluss vom 21.10.2019 hat das Oberlandesgericht Köln entschieden, dass es sich bei der Frage der Wirksamkeit einer Subsidiaritätsklausel nur um die Vorfrage für den Innenausgleich handelt, welche nicht Gegenstand einer Feststellungsklage gem. § 256 ZPO sein kann.<sup>5</sup> Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht die AGB-rechtliche Wirksamkeit einer einfachen Subsidiaritätsklausel festgestellt.

In dem vom Senat zu entscheidenden Fall stritten zwei Versicherer über die Ausgleichspflicht nach § 78 Abs. 1 VVG. Beide Versicherer hatten in ihren Verträgen eine einfache Subsidiaritätsklausel verwendet.

Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage führte das Oberlandesgericht Köln aus, dass allein das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses den Gegenstand einer Feststellungsklage bilden kann. Dabei könne sich das Feststellungsbegehren u.a. auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus dem Rechtsverhältnis und auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen beschränken. Allerdings seien bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses und reine Tatsachen kein Rechtsverhältnis. Neben der Wirksamkeit der von der Beklagten verwendeten Subsidiaritätsklausel, seien noch weitere Voraussetzungen wie die Wirksamkeit der vom Kläger verwendeten Subsidiaritätsklausel für das Bestehen und den Umfang der Ausgleichspflicht nach § 78 Abs. 1 VVG entscheidend. Daher stelle die Frage der Wirksamkeit der von der Beklagten verwendeten Subsidiaritätsklausel nur eine Vorfrage für den Innenausgleich zwischen den Parteien dar.

Wie bereits das Landgericht Köln hatte auch das Oberlandesgericht keine Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der einfachen Subsidiaritätsklausel. In einer solchen Klausel schließt der Verwender die Haftung für den Fall aus, dass dasselbe Risiko in einem anderen Versicherungsvertrag versichert wurde und die Leistung in Anspruch genommen werden kann. Die Auslegung der Klausel müsse aus der Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers erfolgen. Dies gelte auch für den Fall konkurrierender Subsidiaritätsklauseln, bei dem sich die Auslegung auch auf das Verhältnis der Versicherer untereinander auswirkt. Die jeweiligen Subsidiaritätsklauseln gelten nämlich allein in dem Verhältnis der Versicherer zu ihrem Versicherungsnehmer.

Da Subsidiaritätsklauseln gerade in der Auslandskrankenversicherung üblich sind, sei die vom Kläger verwendete Subsidiaritätsklausel nicht überraschend gem. § 305c Abs. 1 BGB. Außerdem werde der Vertragszweck nicht durch die Subsidiaritätsklausel gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gefährdet. Allgemein habe der Bundesgerichtshof die Wirksamkeit von Subsidiaritätsklauseln in der Auslandskrankenversicherung anerkannt. Da der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz bei einer Auslandsreise nicht immer vollständig überblicken

könne, schließe er die Auslandskrankenversicherung ab, um etwaige Lücken im Versicherungsschutz zu schließen. Die Auslandskrankenversicherung solle daher nur subsidiär für die Fälle gelten, in denen das Risiko von keiner anderen Versicherung getragen wird. Schließlich sei auch nicht von einer unangemessenen Benachteiligung des Versicherungsnehmers und der mitversicherten Karteninhaber gem. § 307 Abs. 1 BGB auszugehen. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer werde die einzelne Subsidiaritätsklausel in dem Fall konkurrierender Klauseln so verstehen, dass er sich wahlweise an einen Versicherer wenden könne und nicht dahingehend, dass die Versicherungsschutz komplett entfalle.

### OLG Köln: Beweislast im Organhaftungsprozess bei Gesamtrechtsnachfolge

In seinem Urteil vom 01.10.2019 hat das Oberlandesgericht Köln entschieden, dass sich die Darlegungs- und Beweislast des Vorstands im Rahmen des § 93 Abs. 1 AktG für die Erben des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds im Falle der Berufung auf nicht näher substantiierte Negativtatsachen nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast bestimmt. Demnach müsse der Vorstand bei einer Inanspruchnahme gem. § 93 Abs. 1 AktG darlegen und beweisen, dass er nicht pflichtwidrig gehandelt hat.

In dem zugrundeliegenden Fall nahm die Gesellschaft das Land NRW als Fiskalerben des verstorbenen Vorstandsmitglieds aufgrund verschiedener Pflichtverletzungen auf Schadensersatz in Millionenhöhe in Anspruch.

Das Gericht ließ dabei die Frage offen, ob § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für den Fall einer Gesamtrechtsnachfolge auf der Seite des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds durch Erbfall dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass ausnahmsweise die Gesellschaft und nicht das in Anspruch genommene Organ darlegungs- und beweispflichtig ist. Denn auch unter Rückgriff auf allgemeine Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast sei im vorliegenden Fall das Land NRW als Beklagte dafür darlegungspflichtig, dass der Erblasser keine Pflichtverletzung begangen hat. Nach allgemeinen Grundsätzen wechsele die Darlegungslast zum Gegner, wenn eine primär darlegungspflichtige Partei eine negative Tatsache zu behaupten habe. Der Gegner werde in diesem Fall sekundär darlegungspflichtig. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der erschwerten Beweisführung als Erbe. Zum einen habe der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers ein Recht zur Einsichtnahme aus nachwirkenden Treupflichten aus dem beendeten Organverhältnis und/oder eines solches Recht gem. § 810 BGB. Zum anderen stünde der Erbe besser als der Erblasser, wenn er den Zugriff auf die gesamte Erbmasse erhalte, aber eine sicherere Stellung gegenüber etwaigen Gläubigern als der Erbe selbst hat. Die Frage der teleologischen Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge komme somit erst dann zum Tragen, wenn im Anschluss an hinreichend konkrete Darlegungen beider Seiten die Frage nach der Beweislast zu beantworten sein wird.

<sup>4</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16.

<sup>5</sup> OLG Köln, Beschl. v. 21.10.2019 – 9 U 98/19.

<sup>6</sup> OLG Köln, Urt. v. 1.10.2019 – 18 U 34/18.



## Aktuelle Entwicklungen

### EIOPA legt Thesenpapier zur Pandemiedeckung vor

Die Europäische Versicherungsaufsicht EIOPA hat in einem Thesenpapier vom 27.07.2020 klargestellt, dass die private Versicherungswirtschaft alleine die Kosten von Pandemien nicht schultern kann. Sie plädiert dafür, dass öffentlicher sowie privater Sektor gemeinsam Konzepte zur Erhöhung der Widerstandsfähigkeit gegen die Folgen von Pandemien entwickeln sollen. Schlüsselemente seien eine angemessene Risikobewertung, Risikoprävention und Anpassungsmaßnahmen, angemessenes Produktdesign sowie der Risikotransfer.

Als denkbare Optionen benennt EIOPA verschiedene Versicherungsmodelle und Deckungen. Sie unterscheiden sich beispielsweise darin, ob die Deckung obligatorisch sein soll und ob die Auszahlungen auf einem vorher vereinbarten Parameter oder Index basieren sollen. Die Möglichkeiten zur Zusammenarbeit der Beteiligten umfassen etwa eine EU-Expertengruppe für den Datenaustausch und die Risikomodellierung. Ebenso könnten öffentliche und private Präventionsmaßnahmen auf einer Plattform koordiniert werden.

### BaFin hält ausgesprochene Befreiungen von unterjährigen Berichtspflichten über das Jahr 2020 hinaus aufrecht

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hält 2019 ausgesprochene Befreiungen von Teilen des unterjährigen Berichtswesens bis auf Weiteres aufrecht, wenn auch unternehmensindividuelle Corona-Folgen dies zulassen.

Gemäß § 45 VAG kann die BaFin Versicherungsunternehmen unter bestimmten Voraussetzungen von quantitativen unterjährigen Berichtspflichten befreien. Sie hat bereits 2019 von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und hält diese bewährte Praxis auch über das Jahr 2020 hinaus aufrecht. Mit dieser Verlängerung will die BaFin alle Beteiligten entlasten – auch mit Blick auf den noch laufenden Solvency-II-Review. Die BaFin wird die Unternehmen nicht gesondert informieren, sondern ersetzt mit dieser Veröffentlichung individuelle Schreiben.

Sofern die BaFin wegen der unternehmensindividuellen Folgen der Corona-Krise oder aus sonstigen Gründen eine bereits erteilte Befreiung widerruft, informiert sie das betroffene Unternehmen bis spätestens 30.09.2020. Unternehmen, die sie erstmals für das Berichtsjahr 2021 teilweise von den unterjährigen Berichtspflichten befreien möchte, wird die BaFin kurzfristig kontaktieren, damit sie bis Ende Oktober 2020 auch formal eine Befreiung aussprechen kann.

### BaFin veröffentlicht Auslegungsentscheidung zu Anlageentscheidungen von Versicherern

Die BaFin hat am 13.07.2020 eine Auslegungsentscheidung zu Anlageentscheidungen im Interesse der Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigten und dem Umgang mit Interessenkonflikten im Rahmen des Grundsatzes der unternehmerischen Vorsicht veröffentlicht.

Der Grundsatz der unternehmerischen Vorsicht besagt, dass Versicherer das Interesse der Versicherten explizit berücksichtigen müssen. Dies gilt nach § 124 Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 VAG insbesondere für die Vermögenswerte, die zur Bedeckung der versicherungstechnischen Rückstellungen gehalten werden.

Versicherte haben – außerhalb der fonds- und indexgebundenen Lebensversicherung – meist keinen Einfluss auf die konkrete Anlagetätigkeit des Unternehmens. Sie müssen sich darauf verlassen, dass die Anlage von Vermögenswerten im Falle von Interessenkonflikten in ihrem Interesse erfolgt und dass sich ein Versicherungsunternehmen an eine gegebenenfalls veröffentlichte Anlagepolitik hält. Versicherer müssen dies durch geeignete Maßnahmen und Prozesse sicherstellen, beispielsweise durch eine eigene Richtlinie zu Interessenkonflikten („Conflict of Interest Policy“) oder die Integration von entsprechenden Maßnahmen in bereits bestehende Prozesse. Die implementierten Maßnahmen und Prozesse sollten regelmäßig überprüft und gegebenenfalls überarbeitet werden.

### Erneute Verschärfung des Geldwäschegesetzes

Durch das am 01.01.2020 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie wurden der Kreis der nach dem Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (GwG) Verpflichteten sowie die Verdachtsmeldepflicht freier Berufe bei Immobilientransaktionen ausgeweitet. So gelten etwa Dienstleistungsanbieter im Bereich von virtuellen Währungen, deren Anonymität potenziellen Missbrauch für kriminelle und terroristische Zwecke ermöglicht, künftig generell als geldwäscherechtlich Verpflichtete. Darüber hinaus ist der Öffentlichkeit nun Einsichtnahme in das Transparenzregister gestattet, ohne dass es hierfür der Darlegung eines berechtigten Interesses bedarf. Zudem erhalten Behörden mehr Kompetenzen bei der Geldwäschebekämpfung.

Die Novellierung bringt auch Verschärfungen für die Tätigkeit insbesondere von wirtschaftlich beratenden Rechtsanwälten mit sich, soweit das übernommene Mandat als ein sogenanntes „Kataloggeschäft“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG einzuordnen ist. Hierzu gehörten bisher beispielsweise der Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben, Verwaltung von Geld und anderen Vermögenswerten oder die Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel. Neu hinzugekommen als Kataloggeschäfte sind die Beratung des Mandanten im Hinblick auf dessen Kapitalstruktur, dessen industrielle Strategie oder damit verbundenen Fragen (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. c GwG) und die Beratung oder Dienstleistungen im Zusammenhang mit Zusammenschlüssen oder Übernahmen (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. d GwG). Von besonderer Bedeutung für die anwaltliche Beratung hat zudem die Aufnahme der geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 lit. e GwG) in den Kreis der Kataloggeschäfte.



## Insight: Clyde & Co

### Covid-19

Aktuelle Nachrichten und relevante Entwicklungen im Zusammenhang mit COVID-19 können Sie unserem Coronavirus-Information-Hub entnehmen.

### Webinare

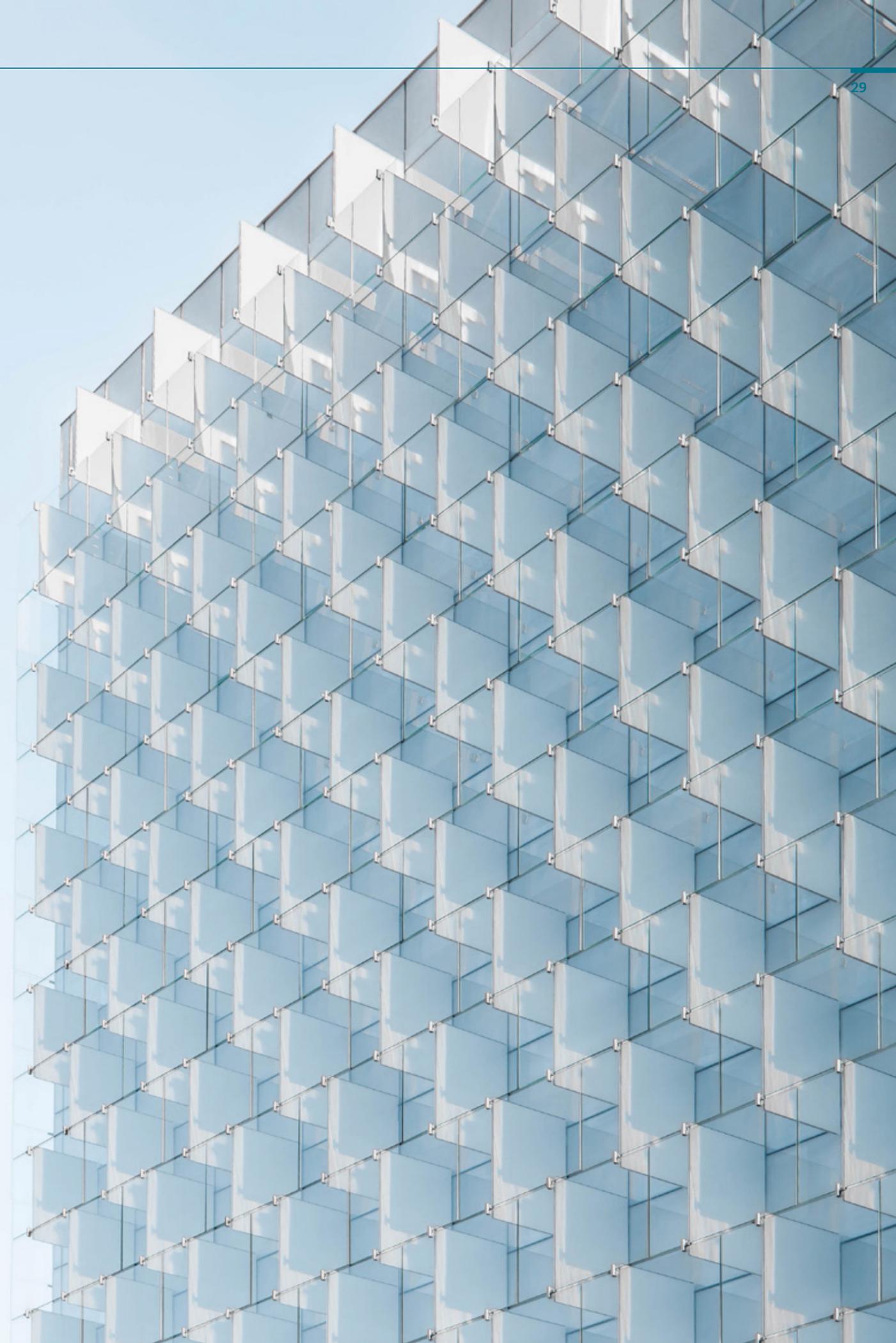
- **Dr. Marina Schulte, Dr. Isabelle Kilian:** “Risikomanagement und Haftungsvermeidung in der Corona-Krise – Ein Einblick in die Krankenhauspraxis”, Webinar vom 13. und 25.08.2020
- **Dr. Henning Schaloske, Dr. Paul Malek, Amrei Zürn:** “Cyber-Risiken für Unternehmen, Compliance-Pflichten im Bereich Datenschutz und IT-Sicherheit, Versicherungslösungen zur Absicherung”, Webinar des BioRiver Life Science im Rheinland e.V. vom 25.08.2020 zum Thema “Cyber-Risiken für Unternehmen – Praxisfälle, Managerhaftung und Absicherungen”
- **Daniel Kreienkamp** “Fallstricke in Mandats-, Honorar- und Haftungsvereinbarungen” Webinar der HVR vom 17.09.2020
- **Dr. Henning Schaloske, Dr. Rebecca Hauff:** “Covid-19 und Insolvenzzrisiken: Auswirkungen auf Haftung und Deckung”, Webinar vom 30.09.2020
- **Dr. Henning Schaloske, Laura Cooke, David Meheut:** FI and D&O Virtual Conference Series - Cum Ex webinar vom 06.10.2020
- **Dr. Henning Schaloske, Mandip Sagoo, Dean Carrigan, David Meheut:** FI and D&O Virtual Conference Series - W&I Webinar vom 20.10.2020
- **Dr. Daniel Kassing, Dr. Isabelle Kilian:** “Month in review - 08/2020: Rechtsprechungs-Update Financial Lines und Auswirkungen der Covid-19 Pandemie auf die Haftpflichtversicherung” - Webinar vom 27.08.2020

### Veröffentlichungen

- **Dr. Marina Schulte:** “Auswirkungen der Covid-19 Pandemie auf die Aufklärungspflichten im Rahmen des Behandlungsvertrages”, ZGMR 2020, 199
- **Eva-Maria Goergen, Dr. Boris Derkum:** “Ablehnung einer Leistungsverfügung wegen faktischer Betriebsschließung durch Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Krise” - Anmerkung zu LG Mannheim, Urt. vom 29.04.2020 - 11 O 66/20, VersR 2020, 907
- **Dr. Vincent Schreier:** “Die zutreffende Einordnung von Versicherungsverträgen - Zur Unterscheidung zwischen Summen- und Schadensversicherung”, VersR-Blog-Beitrag vom 15.09.2020
- **Dr. Henning Schaloske:** “Exzedentenversicherung - Rechtsfragen in der Schadenspraxis”, Verlässlichkeit, Verantwortung, Vertrauen, Festschrift für Jörg Freiherr Frank von Fürstenwerth 2020, 315

### Events

- 30.10.2020: **Month in review 10/2020 Webinar**
- 11. & 12.11.2020: **Euroforum Cyber Konferenz im Hyatt Regency Düsseldorf**
- 26.11.2020: **DAV Fachtagung Webinar**
- 23.02.2021: **PI Risk Day in Düsseldorf**



---

# 440

Partners

---

# 1,800

Lawyers

---

# 4,000

Total staff

---

# 50+

Offices\*

[www.clydeco.com](http://www.clydeco.com)

---

\*includes associated offices

This update provides general information and is not intended to be comprehensive or to provide any specific legal advice. Professional advice appropriate to the specific situation should always be sought. Clyde & Co (Deutschland) LLP accepts no responsibility for loss occasioned to any person acting or refraining from acting on material contained in this summary. Any reliance on this information is solely at your own risk. No part of this summary may be used, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, reading or otherwise without the prior permission of Clyde & Co (Deutschland) LLP.

Clyde & Co (Deutschland) LLP trades as Clyde & Co and is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC413029 and with its registered office at The St Botolph Building, 138 Houndsditch, London, EC3A 7AR, United Kingdom. Clyde & Co (Deutschland) LLP is registered in the partnership register of the Amtsgericht Essen under number PR. 3857.

© Clyde & Co (Deutschland) LLP 2020.  
All rights reserved.