



CLYDE&CO

Insurance & Reinsurance

Quarterly Update 03/2021

Inhalt

01.

Editorial

02.

Zum Begriff der „personenbezogenen Daten“ im Rahmen des DS-GVO-Auskunftsanspruchs

04.

BGH: Unwirksamkeit einer Vereinbarung mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter über einen Verzicht oder Vergleich in Bezug auf Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG a.F.

06.

BGH: Absenken der Substantiierungspflicht in einem medizinischen Produkthaftungsstreit

08.

Neuerungen im BGB – Die Digitalisierung des Vertragsrechts

12.

ESG-Klagen als D&O-Risiko

14.

Q&A with Jan Spittka, Clyde & Co

17.

Aktuelle Rechtsprechung

22.

Aktuelle Entwicklungen

24.

Insight: Clyde & Co



Liebe Leserin, lieber Leser,

wir freuen uns über Ihr Interesse an unserem Insurance & Reinsurance Quarterly Update 3/2021! Dieses Update erreicht Sie in Zeiten des Wandels und Aufbruchs: Die Bundestagswahlen liegen hinter uns und große Herausforderungen mit Blick etwa auf Klimawandel, Digitalisierung, Bildung, Soziale Marktwirtschaft und Deutschlands und Europas Rolle in der Welt vor uns. Auch bei uns sind es dynamischen Zeiten: Unternehmen und Märkte öffnen sich und wir freuen uns, unsere Mandanten, Geschäftspartner und Kolleginnen und Kollegen wiederzusehen. Gleichzeitig blicken wir in diesen Tagen auf 5 Jahre Clyde & Co Deutschland zurück: Was im September 2016 mit sieben Anwältinnen und Anwälten begann, hat sich zu einem Team von mehr als 100 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern über drei Büros entwickelt - 5 years, 3 offices, 1 team!

Für die Unterstützung und das Vertrauen unserer Mandanten in Deutschland und international sagen wir: Danke! Wir sind stolz darauf, binnen kurzer Zeit ein marktführendes Angebot insbesondere für die Versicherungswirtschaft entwickelt zu haben: von Insurance Claims über Products & Innovations bis zu Corporate Insurance & Regulatory decken wir die gesamte Bandbreite der versicherungsbezogenen Rechtsthemen unserer Mandanten ab. Mit dieser Bandbreite, mit unserer konsequenten Ausrichtung auf Premium Quality & Service sowie mit unserer internationalen Reichweite setzen wir uns von Wettbewerbern ab und sind strategischer, langfristiger und umfassender Partner unserer Mandanten!

Im Kontext dieser stetigen Weiterentwicklung unserer Services freuen wir uns insbesondere, Ihnen unseren neuen Partner Jan Spittka vorzustellen. Jan Spittka ist ausgewiesener Experte für Datenschutz und Cybersecurity und verstärkt sowohl unsere Corporate Insurance & Regulatory wie auch unsere Cyber Practices. In diesem Quarterly Update finden Sie ein Interview und einen Beitrag von Jan Spittka zum Begriff der „personenbezogenen Daten“ im Rahmen des DS-GVO Auskunftsanspruchs.

Folgende weitere Themen stehen in unserem Quarterly Update 3/2021 im Fokus:

- Unwirksamkeit eines Vergleichs über einen Anspruch gemäß § 64 GmbHG a.F.
- Substantiierung in einem Verfahren der medizinischen Produkthaftung
- Digitalisierung des BGB
- ESG-Klagen als D&O-Risiko

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre!



Ihr Dr. Henning Schaloske



Zum Begriff der „personenbezogenen Daten“ im Rahmen des Art. 15 DS-GVO-Auskunftsanspruchs

Der Bundesgerichtshof¹ hat sich vor kurzem mit dem Begriff der „personenbezogenen Daten“ im Rahmen des DS-GVO-Auskunftsanspruchs auseinandergesetzt.

Sachverhalt

Ein Versicherungsnehmer machte gegen einen Versicherer einen datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch geltend. Die Klage, die noch nach altem Recht erhoben worden war, hatte in erster Instanz keinen Erfolg². Das Berufungsgericht musste bereits nach der mittlerweile anwendbaren DS-GVO entscheiden. Nachdem die Beklagte im Laufe des Rechtsstreits bereits Auskünfte zu den bei ihr verarbeiteten personenbezogenen Daten des Klägers erteilt hatte, beantragte dieser zuletzt, „eine vollständige – über den Umfang der [bereits erteilten Auskünfte] hinausgehende – Datenauskunft durch Überlassen in Kopie – hilfsweise in Textform – zu erteilen“. Das Landgericht Köln wies die Klage ab. Der Anspruch aus Art. 15 DS-GVO sei aufgrund der bereits erteilten Auskünfte durch Erfüllung erloschen und es bestehe kein darüberhinausgehender Anspruch über interne Vorgänge, wie zum Beispiel Vermerke oder über Schriftverkehr, der dem Kläger bereits bekannt ist. Der Anspruch aus Art. 15 DS-GVO diene nicht der vereinfachten Buchführung des Betroffenen.³

Aufhebung und Zurückverweisung durch BGH

Der BGH hat das Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zu zurückverwiesen. Die Antragsfassung sei mit § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vereinbar. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Auskunftsanspruch sei seitens der Beklagten bereits vollständig erfüllt, sei rechtfehlerhaft, da diese im Ergebnis auf einem zu engen Verständnis des Begriffs der „personenbezogenen Daten“ im Kontext des Art. 15 DS-GVO beruhe. Der DS-GVO-Auskunftsanspruch beziehe sich auf personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, das heißt auf alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Ein engeres Verständnis dieses Begriffs im Zusammenhang mit Art. 15 DS-GVO, etwa im Wege der teleologischen Reduktion auf „signifikante biografische Informationen“ oder eine Einschränkung auf solche Daten, die der betroffenen Person noch nicht bekannt sind, sei unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des EuGH⁴ nicht mit der DS-GVO vereinbar. Daher könnten auch ein „Prämienkonto“, Daten eines Versicherungsscheins sowie interne Vermerke und Kommunikation nicht kategorisch vom Anwendungsbereich des Art. 15 DS-GVO ausgeschlossen werden. Zu Ausnahmetatbeständen des DS-GVO-Auskunftsanspruchs, etwa nach Art. 12 Abs. 5 Satz 2, 15 Abs. 4 DS-GVO oder § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG, konnte der BGH sich mangels tatsächlicher Feststellungen im Berufungsurteil nicht äußern. Ob und inwieweit der Auskunftsanspruch gegen den Versicherer tatsächlich besteht, muss nun das LG Köln entscheiden.

¹ BGH, Urt. v. 15.06.2021 – VI ZR 576/19

² AG Brühl, Urt. v. 02.05.2018 – 24 C 407/17

³ LG Köln, Urt. v. 19.06.2019 – 26 S 13/18

⁴ EuGH, Urt. v. 20.12.2017 – C-434/16 m.w.N.

Praxishinweis

Vor dem Hintergrund der derzeit in Rechtsprechung und Literatur hitzig geführten Diskussion zu den Voraussetzungen und Ausnahmen des DS-GVO-Auskunftsanspruchs ist es wichtig, sich klar zu machen, worüber der BGH entschieden hat und worüber nicht. In der Sache ist die Entscheidung nämlich wenig spektakulär. Dafür, dass „personenbezogene Daten“ im Sinne des Art. 15 DS-GVO anders zu verstehen sind als im Rest der DS-GVO, gibt es in der Tat keine nachvollziehbaren Argumente. Die Frage, ob Auskunft über Interna oder der betroffenen Person bekannte Daten gegeben werden muss, ist keine Frage der „personenbezogenen Daten“, sondern ob Geheimhaltungsinteressen bestehen (Art. 15 Abs. 4 DS-GVO, § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG) oder ob ein qualitativer oder quantitativer Exzess (Art. 12 Abs. 5 2 DS-GVO) vorliegt. Interessant ist, dass der BGH Art. 15 Abs. 1, 3 DS-GVO wohl als einheitlichen Anspruch sieht, bei dem die Herausgabe der Kopie der personenbezogenen Daten nach Art. 15 Abs. 3 DS-GVO die Modalität der Erfüllung ist. Zu den relevanteren Fragen des DS-GVO-Auskunftsanspruchs, zum Beispiel ob überhaupt ein Anspruch auf Kopien von Dokumenten, die personenbezogene Daten enthalten, besteht, wann der Anspruch unverhältnismäßig ist, ob die Verfolgung datenschutzfremder Ziele zu einem Ausschluss führt oder wann Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen, hat sich der BGH nicht geäußert. Die wirklich umstrittenen Fragen bleiben daher weiter offen. Spannend ist, dass der BGH die Anforderungen an die Bestimmtheit der Antragsfassung nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO deutlich niedriger ansetzt als jüngst das BAG⁵. Bahnt sich hier seit langem wieder ein Fall für den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes an?



Jan Spittka

⁵ BAG, Urt. v. 27.04.2021 – 2 AZR 342/20.



BGH: Unwirksamkeit einer Vereinbarung mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter über einen Verzicht oder Vergleich in Bezug auf Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG a.F.

Mit Urteil vom 20.04.2021 hat der Bundesgerichtshof zu der Frage Stellung genommen, ob das Verzichts- und Vergleichsverbot gemäß §§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 9b Abs. 1 GmbHG (a.F.) auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter gilt.¹ Mit Blick auf den (endgültigen) Insolvenzverwalter hatte der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass ein von diesem geschlossener Vergleich, der einen (teilweisen) Verzicht beinhaltet, nur dann unwirksam ist, wenn er dem Zweck des Insolvenzverfahrens – der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger – klar und eindeutig zuwiderläuft. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der Widerspruch zum Insolvenzverfahren unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten für jeden verständigen Beobachter ohne Weiteres ersichtlich ist, wenn der Widerspruch zum Insolvenzverfahren auch evident war und sich dem Geschäftspartner aufgrund der Umstände des Einzelfalles ohne Weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit der Handlung mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen mussten, ihm somit der Sache nach zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.² Ist der Vergleich für die Masse hingegen nur ungünstig, aber noch nicht insolvenzzweckwidrig, ist er wirksam.³

Die vorgenannte Rechtsprechung beinhaltet eine Auslegung der §§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3, 9b GmbHG nach Sinn und Zweck und – auf den ersten Blick überraschend – entgegen deren Wortlaut. Denn § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG, der am Ende der vorgenannten Verweiskette steht, bestimmt Folgendes:

„Ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9a oder ein Vergleich der Gesellschaft über diese Ansprüche ist unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.“

Gleichwohl hatte der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht für den Insolvenzverwalter gilt.⁴ Zwar enthielten, so der Bundesgerichtshof damals, §§ 4 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 2, 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG keine ausdrückliche Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs. § 9b Abs. 1 GmbHG, auf dessen entsprechende Anwendung § 64 Satz 4 GmbHG (a.F.) über § 43 Abs. 3 Satz 2 GmbHG verweise, spreche vielmehr von „der Gesellschaft“. Eine am Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte Auslegung ergebe jedoch, dass § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht für die Gesellschaft gilt, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

Anknüpfend an diese Rechtsprechung hatte das Berufungsgericht in dem dem hiesigen Urteil zugrunde liegenden Rechtsstreit die Frage zu beantworten, ob diese Nicht-Einschränkung auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter gilt. Das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch insoweit keine Anwendung finde. Die Bestimmung gelte nämlich, so das Berufungsgericht, deswegen nicht für den Insolvenzverwalter, weil das Insolvenzverfahren vom Ziel der bestmöglichen und gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung geprägt werde. Der Insolvenzverwalter solle nicht gezwungen werden, einen unter Umständen mit erheblichen Risiken verbundenen Rechtsstreit führen zu müssen und habe einen weiten Ermessensspielraum, der es ihm auch gestatte, eine notwendige Kooperation mit den Geschäftsführern einzugehen. Der Insolvenzverfahren biete den Gläubigern ausreichend Schutz, dessen Verletzung zur Unwirksamkeit des Geschäfts und zur Haftung des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO führen könne. Für einen vorläufigen Insolvenzverwalter, der nach §§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 60 InsO in gleicher Weise hafte und dem Insolvenzverfahren ebenfalls verpflichtet sei, gelte nichts anderes als

¹BGH, Urt. v. 20.04.2021 – II ZR 387/18

²BGH, Urt. v. 14.06.2018 – IX ZR 232/17 m.w.N

³BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 143/13

⁴BGH, Urt. v. 14.06.2018 – IX ZR 232/17.

für den (endgültigen) Insolvenzverwalter.

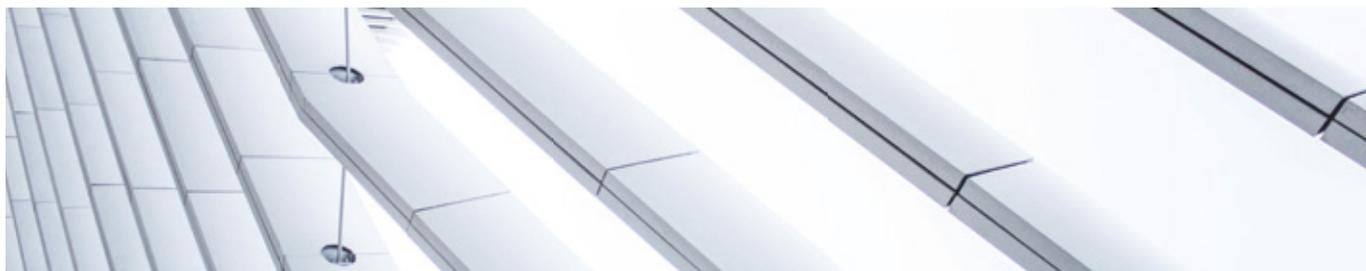
Dieser Auffassung hat der Bundesgerichtshof eine Absage erteilt und entschieden, dass eine Vereinbarung zwischen der späteren Insolvenzschuldnerin und einem Geschäftsführer über Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG a.F. auch dann dem Verzichts- und Vergleichsverbot des § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG (a.F.) unterliegt, wenn ihr der vorläufige Insolvenzverwalter nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) zugestimmt hat. Denn, so der Bundesgerichtshof, das gesellschaftsrechtliche Verzichts- und Vergleichsverbot werde erst durch den mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbundenen Beschlagnahme des Schuldnervermögens zugunsten der Gläubiger durch die insolvenzrechtlichen Bestimmungen überlagert. Die Bestellung eines (nur) vorläufigen Insolvenzverwalters und die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts bewirkten hingegen nur, dass der vorläufige Insolvenzverwalter wirksame rechtsgeschäftliche Verfügungen des Schuldners verhindern könne. Der mitbestimmende vorläufige Insolvenzverwalter sei daher auf die Kontrolle des Schuldners beschränkt, dessen Handlungen weiterhin den gesellschaftsrechtlichen Bindungen und damit auch § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG unterliegen. Ob dies auch dann gilt, wenn bereits im Eröffnungsverfahren die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht (also in dem in der Praxis selteneren Fall eines sog. starken vorläufigen Insolvenzverwalters), hat der Senat mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offengelassen.

Mit dem Urteil nimmt der Bundesgerichtshof zu einer bislang noch nicht entschiedenen Konstellation Stellung und erteilt der Wirksamkeit eines Verzichts des vorläufigen Insolvenzverwalters auf Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG a.F. eine Absage. Die Ausnahme von dem Verzichts- und Vergleichsverbot des § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt vielmehr nur ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens, weil erst dann die gesellschafts- durch die insolvenzrechtlichen Vorschriften überlagert werden. Nach aktueller Rechtslage gestaltet es sich genauso: Mit dem am 01.01.2021 in Kraft getretenen Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) wurden sämtliche

Anspruchsgrundlagen in Bezug auf die sog. Zahlungsverbote, die früher etwa in § 64 GmbHG, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG sowie §§ 130a Abs. 1, 2 und 177a HGB geregelt waren, nunmehr einheitlich in § 15b InsO normiert. In § 15b Abs. 4 Satz 5 InsO ist nunmehr sogar ausdrücklich geregelt, dass das Verzichts- und Vergleichsverbot nach § 15b Abs. 4 Satz 4 InsO unter anderem dann nicht gilt, wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs soll mit der Regelung „in Übernahme der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“ die Einschränkung des Verzichts- und Vergleichsverbots für den Insolvenzverwalter klargestellt werden (SanInsFoG, BT-Drs. 19/24181, 195). Ob dies ebenso für den vorläufigen starken Insolvenzverwalter gilt, bleibt damit auch nach aktueller Rechtslage offen (siehe oben).



Dr. Daniel Kassing LL.M



BGH: Absenken der Substantiierungspflicht in einem medizinischen Produkthaftungsstreit

Mit Beschluss vom 16.02.2021 hat der Bundesgerichtshof zur Substantiierungspflicht in einem medizinischen Produkthaftungsrechtsstreit Stellung genommen. Konkret ging es um die Frage, welche Anforderungen an die Darlegung und den Beweis eines (Medizin-) Produktfehlers nach § 3 ProdHaftG zu stellen sind.

Gegenstand des Rechtsstreits war eine der Klägerin eingesetzte Hüftprothese, die aus Klägersicht wegen eines erhöhten Metallabriebs im Sinne von § 3 ProdHaftG fehlerhaft ist. Zur Begründung legte die Klägerin Befunde einer regelmäßig stattfindenden Chrom-Kobalt-Blutuntersuchung vor. Der gerichtlich bestellte Sachverständige kam indes zu dem Schluss, dass die Blutwerte unter dem Grenzwert für eine erhöhte Metallpartikelbelastungen lägen. Daraufhin beantragte die Klägerin die Einholung eines orthopädischen Gutachtens, die sie mit attestierten Symptomen eines Pseudotumors als mögliche Reaktion auf ungewöhnlich hohe Metallpartikelbelastungen begründete. Daneben führte sie die unauffälligen Blutwerte auf die Bildung von Metalldepots zurück, welche im Blut nicht feststellbar seien. Das Oberlandesgericht München hielt diesen Vortrag nicht für hinreichend substantiiert und lehnte den Beweisantrag der Klägerin sowie die Berufung ab.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs hat das Oberlandesgericht München in der mit Nichtzulassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung überhöhte Anforderungen an die Substantiierungspflicht gestellt. Hierbei hat der Senat auf die in Arzthaftungsprozessen entwickelten Grundsätze zurückgegriffen und festgestellt, dass diese Grundsätze auch außerhalb des Arzthaftungsrechts in Fallgestaltungen Anwendung finden, in denen ein Erfolg versprechender Parteivortrag fachspezifische Fragen betrifft und besondere Sachkunde erfordert. In Arzthaftungsprozessen kann von dem Patienten nämlich gerade nicht erwartet oder gefordert werden, dass dieser sich zur ordnungsgemäßen Prozessführung medizinisches Fachwissen aneignet.¹ Für

die Patientenseite ist somit der Vortrag ausreichend, der die Vermutung gestattet, dass negative Folgen für den Patienten ihre Ursache in dem fehlerhaften Handeln der Gegenseite haben. Gleiches gilt für Einwendungen gegen ein gerichtliches Gutachten. Diese müssen ohne Unterstützung durch sachverständigen Rat oder eines Privatgutachtens möglich sein.²

Aus Sicht des Bundesgerichtshofes gelten die vorgenannten Grundsätze auch dann, wenn sich in einem Schadensersatzprozess wegen Produkthaftung medizinische Fragen stellen. Insoweit dürften weder an den klagebegründenden Sachvortrag noch an Einwendungen gegen ein Sachverständigengutachten hohe Anforderungen gestellt werden. So genügte aus Sicht des Bundesgerichtshofes im vorliegenden Fall ein einfaches, unbegründetes Attest als Einwand gegen das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen.

Diese Übertragung der aus dem Arzthaftungsrecht anerkannten Grundsätze auf das Produkthaftungsrecht ist nicht frei von Spannungen. Denn Ärzte haften, etwa bei Beratungsfehlern, verschuldensabhängig. Demgegenüber sieht das ProdHaftG eine Gefährdungshaftung der Hersteller vor – im Gegenzug trägt der Kläger nach § 1 Abs. 4 ProdHaftG die Beweislast für den Produktfehler, den eingetretenen Schaden und den Kausalzusammenhang. Bei einem Absenken der Substantiierungspflichten wird diese Beweislastverteilung erheblich in Frage gestellt und es wird letztlich dem Gericht auferlegt, die Klage durch die Einholung von Sachverständigengutachten zu begründen – und dies, wie hier, bereits durch Vorlage eines einfachen ärztlichen

¹BGH, Beschl. v. 12.03.2019 - VI ZR 278/18

²BGH, Beschl. v. 08.06.2004 - VI ZR 199/03

Attestes. Dies ähnelt dem Ausforschungsbeweis und ist von der Risikoverteilung im Produkthaftungsrecht weit entfernt. Daher bleibt abzuwarten, wie die Instanzgerichte mit der neuen Entscheidung umgehen werden und ob der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung zukünftig auch auf Fallkonstellationen außerhalb des medizinischen Produkthaftungsbereichs ausweiten wird und damit die Beweislastverteilung im Produkthaftungsrecht weiter in Frage stellt.



Dr. Isabelle Kilian





Neuerungen im BGB – Die Digitalisierung des Vertragsrechts

Am 30.06.2021 wurden zwei neue Bundesgesetze verkündet, mit denen der deutsche Gesetzgeber auf die fortschreitende Digitalisierung reagiert hat. Konkret handelt es sich um die Umsetzung der europäischen Warenverkaufsrichtlinie („WKRL“)¹ sowie der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen („DIDRL“)². Die hiermit verbundenen Neuregelungen führen zu den weitreichendsten Änderungen des BGH seit der Schuldrechtsmodernisierungsreform im Jahr 2002. Neben der Einführung von Spezialregelungen in den §§ 327 ff. BGB n.F. für Verbraucherverträge, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) zum Gegenstand haben, wird auch das Kaufrecht in den §§ 433 ff. BGB angepasst. Diese Neuregelungen, die zum 01.01.2022 in Kraft treten und für alle ab diesem Zeitpunkt geschlossenen Verträge gelten, sind nicht nur für die Industrie, sondern auch für Produkthaftpflichtversicherer relevant und werden zukünftig insbesondere bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sein müssen.

Hintergrund und Zielsetzung

Hintergrund der Neuerungen im BGB ist das Bestreben des europäischen Gesetzgebers, die digitale Strategie der Europäischen Kommission voranzutreiben. Ziel der WKRL sowie der DIDRL ist zunächst die Vollharmonisierung des Vertragsrechts für digitale Produkte in den EU-Mitgliedstaaten. Die aktuell bestehenden uneinheitlichen nationalen Regelungen sollen durch die Richtlinien ersetzt werden. In einigen Ländern, wie insbesondere Deutschland, müssen spezielle Vorschriften zu Verträgen über digitale Produkte überhaupt erst eingeführt werden. Daneben soll der Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern durch die Umsetzung der Richtlinien in nationales Recht weiter ausgebaut werden.

Neuer Sachmangelbegriff

Die auf den ersten Blick weitreichendste Änderung liegt in der Anpassung des kaufrechtlichen Sachmangelbegriffs. Ab dem 01.01.2022 ist dieser in § 434 BGB n.F. wie folgt definiert:

- Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht.
- Die Sache entspricht den subjektiven Anforderungen, wenn sie
 - die vereinbarte Beschaffenheit hat,
 - sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet und
 - mit dem vereinbarten Zubehör und den vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, übergeben wird.

¹ Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs.

² Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

Zu der Beschaffenheit nach Satz 1 Nummer 1 gehören Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und sonstige Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben.

- Soweit nicht wirksam etwas anderes vereinbart wurde, entspricht die Sache den objektiven Anforderungen, wenn sie
 - sich für die gewöhnliche Verwendung eignet,
 - eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann unter Berücksichtigung
 - der Art der Sache und
 - der öffentlichen Äußerungen, die von dem Verkäufer oder einem anderen Glied der Vertragskette oder in deren Auftrag, insbesondere in der Werbung oder auf dem Etikett, abgegeben wurden,
- der Beschaffenheit einer Probe oder eines Musters entspricht, die oder das der Verkäufer dem Käufer vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt hat, und
- mit dem Zubehör einschließlich der Verpackung, der Montage- oder Installationsanleitung sowie anderen Anleitungen übergeben wird, deren Erhalt der Käufer erwarten kann.

Zu der üblichen Beschaffenheit nach Satz 1 Nummer 2 gehören Menge, Qualität und sonstige Merkmale der Sache, einschließlich ihrer Haltbarkeit, Funktionalität, Kompatibilität und Sicherheit. Der Verkäufer ist durch die in Satz 1 Nummer 2 Buchstabe b genannten öffentlichen Äußerungen nicht gebunden, wenn er sie nicht kannte und auch nicht kennen konnte, wenn die Äußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in derselben oder in gleichwertiger Weise berichtigt war oder wenn die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

- Soweit eine Montage durchzuführen ist, entspricht die Sache den Montageanforderungen, wenn die Montage
 - sachgemäß durchgeführt worden ist oder
 - zwar unsachgemäß durchgeführt worden ist, dies jedoch weder auf einer unsachgemäßen Montage durch den Verkäufer noch auf einem Mangel in der vom Verkäufer übergebenen Anleitung beruht.

- Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache als die vertraglich geschuldete Sache liefert.

Der bisher geltende Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs ist damit ab dem 01.01.2022 aufgehoben. Nach dem neuen Kaufrecht stehen vielmehr die subjektiven und objektiven Anforderungen sowie Montageanforderungen gleichrangig nebeneinander. Diese Abkehr vom der bislang vorrangigen Bedeutung der vereinbarten Beschaffenheit hat zur Folge, dass zukünftig Konstellationen denkbar sind, in denen die gelieferte Ware zwar den vertraglich festgelegten Vorgaben entspricht, aber dennoch mangelhaft ist, da sich die Sache etwa nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und damit die objektiven Anforderungen nicht erfüllt sind.

Änderung von § 439 BGB

Daneben wird durch die Vorgaben in der WKRL insbesondere auch die Erstattung von Aus- und Einbaukosten (erneut) neu geregelt. § 439 Abs. 3 BGB n.F. ist wie folgt gefasst:

Hat der Käufer die mangelhafte Sache gemäß ihrer Art und ihrem Verwendungszweck in eine andere Sache eingebaut oder an eine andere Sache angebracht, bevor der Mangel offenbar wurde, ist der Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verpflichtet, dem Käufer die erforderlichen Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Sache zu ersetzen.

Die bislang geltende Einschränkung der Ersatzfähigkeit von Aus- und Einbaukosten bei grob fahrlässiger Unkenntnis der Mangelhaftigkeit im Zeitpunkt des Einbaus ist damit aufgehoben. Ab dem 01.01.2022 ist der Anspruch auf Erstattung von Aus- und Einbaukosten daher nur noch ausgeschlossen, wenn der Käufer die Mangelhaftigkeit im Zeitpunkt des Einbaus positiv kannte.

Aktualisierungspflicht für Waren mit digitalen Elementen

Weitere Neuerungen enthalten die Regelungen zu Verbrauchsgüterkaufverträgen in den §§ 474 ff. BGB, die mit den §§ 475a bis 475e BGB n.F. um spezielle Vorschriften für Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen ergänzt werden. Hierbei handelt es sich nach dem Gesetz um eine Ware, die in einer Weise digitale Produkte enthält oder mit digitalen Produkten verbunden ist, dass die Ware ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen kann. (vgl. § 475a Abs. 2 S. 1 BGB n.F.). Konkret betroffen sind etwa sogenannte Smart Home Geräte wie automatisierte Staubsauger und Rasenmäher mit embedded software, aber auch Smartphones und Tablets sowie teil- und vollautomatisierte Fahrzeuge. Für diese Waren mit digitalen Elementen sieht § 475b BGB n.F. eine eigene Sachmangeldefinition vor, die eine Ergänzung zu § 434 BGB n.F. darstellt. Nach der Neuregelung ist eine Sache auch dann mangelhaft, wenn der Verkäufer nicht dafür sorgt, dass diese durch Aktualisierungen nach Vertragsschluss weiterhin vertragsgemäß bleibt. Denn eine Ware mit digitalen Elementen entspricht den objektiven Anforderungen nur, „wenn dem Verbraucher während des Zeitraums, den er aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann, Aktualisierungen bereitgestellt werden, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit der Ware erforderlich sind, und der Verbraucher über diese Aktualisierungen informiert wird.“ (vgl. § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB n.F.). Unklar bleibt bei dieser Neuregelung allerdings die konkrete Dauer der durchzuführenden Aktualisierungen, da sich die Verbrauchererwartung insoweit nur schwer prognostizieren lässt. Zu einer zeitlichen Konkretisierung der Aktualisierungspflicht konnte sich der deutsche Gesetzgeber nicht durchringen, weshalb diese Frage zukünftig wohl vom Schrifttum und der Rechtsprechung zu klären ist. Daneben wird sich gerade bei den von §§ 475a ff. BGB n.F. angesprochenen Produkten mit embedded software in der Praxis häufig das Problem stellen, dass der Verkäufer der Waren mit digitalen Elementen zu einer Aktualisierung nicht in der Lage ist. Denn in der Vielzahl der Fälle wird

der Verkäufer gerade das digitale Element, auf das sich die Aktualisierungspflicht bezieht, nicht selbst hergestellt haben. Unternehmer sollten hier im Vorfeld vertragliche Vereinbarungen mit den jeweiligen Entwicklern oder Herstellern treffen, um ihren Pflichten nachkommen zu können. Ist dies nicht gegeben, kann die Pflicht zur Aktualisierung im Einzelfall wegen subjektiver Unmöglichkeit entfallen. Ergänzt werden die Sonderbestimmungen für digitale Produkte schließlich um eine eigene Verjährungsregelung in § 475e BGB n.F., um insbesondere der nach Vertragsabschluss fortdauernden Aktualisierungspflicht Rechnung zu tragen.

Beweislastumkehr bei Verbraucherverträgen

Eine Änderung, die nicht nur digitale Produkte, sondern alle Verbrauchsgüterkaufverträge betrifft, ist schließlich die Verlängerung der Beweislastumkehr in § 477 BGB n.F. von sechs Monaten auf ein Jahr. Tritt bei einem Kaufvertrag im B2C-Bereich innerhalb eines Jahres ein Mangel auf, wird somit grundsätzlich vermutet, dass die Sache – ob mit digitalen Elementen oder nicht – bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Diese Neuregelung erfüllt einerseits die mit der WKRL bezweckte Erhöhung des Verbraucherschutzes, führt andererseits aber zu einer erheblichen Haftungsverschärfung für Unternehmer.

Verträge mit digitalen Inhalten

Neben den vorgenannten Vorschriften, die allesamt das (Verbrauchsgüter-)Kaufrecht betreffen, wird das BGB ab dem 01.01.2022 in den §§ 327 ff. BGB n.F. um Regelungen für Verträge mit digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen ergänzt. Nach § 327 Abs. 1 BGB n.F. fallen unter den Anwendungsbereich alle Verbraucherverträge, „welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen (digitale Produkte) durch den Unternehmer gegen Zahlung eines Preises zum Gegenstand haben.“ Die Begriffe der „digitalen Inhalte“ und „digitalen Dienstleistungen“ werden im Gesetz definiert. Zusammengefasst sind insbesondere Verträge betroffen, die sich auf Erstellung und Bereitstellung von Daten in digitaler Form sowie die Verarbeitung und Speicherung von Daten in digitaler Form beziehen. Entscheidend ist dabei nicht die Art des Vertragsgegenstands, sondern dessen

digitale Form. Die Verkörperung auf einem physischen Datenträger steht dem jedoch nicht entgegen. Erfasst werden beispielsweise Verträge über Computersoftware und Musikdateien, aber auch Streamingdienste und Cloudanbieter. Für die Abgrenzung zu den Regelungen in den §§ 475a ff. BGB n.F. wird dabei entscheidend sein, dass bei Waren mit digitalen Elementen das verkörperte Produkt im Vordergrund steht, welches allerdings seine Funktion ohne das digitale Element nicht erfüllen kann. Die Neuregelungen im Allgemeinen Teil des BGB enthalten ein eigenes Gewährleistungsregime mit Vorschriften zum Produktmangel (§ 327e BGB n.F.), Verbraucherrechten (§§ 327i ff. BGB n.F.) sowie Regelungen zur Verjährung (§ 327j BGB n.F.) und Beweislastumkehr (§ 327k BGB n.F.).

Zusammenfassung und Ausblick

Mit den umfassenden Änderungen des Kaufrechts sowie der Einführung neuer Regelungen zu digitalen Produkten geht eine erhebliche Haftungsverschärfung für Unternehmen einher. Diese sollten sich noch vor Inkrafttreten am 01.01.2022 detailliert mit den Neuerungen befassen und den sich hieraus ergebenden Anpassungsbedarf für Kauf- und Lieferverträge sowie bislang verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen kritisch prüfen. Relevanz entfaltet die Reform des BGB wegen der neuen Haftungsregelungen daneben auch für Produkthaftpflichtversicherer. Dies gilt insbesondere für die (erneute) Änderung der Regelung zu Aus- und Einbaukosten, als auch die neuen Aktualisierungspflichten bei dem Verkauf von Waren mit digitalen Elementen sowie digitalen Produkten. Insoweit sind Änderungen in den Versicherungsbedingungen, die den Neuregelungen Rechnung tragen, angezeigt und zu erwarten.



Dr. Isabelle Kilian



ESG-Klagen als D&O-Risiko

Von Unternehmen wird mehr als nur wirtschaftlicher Erfolg verlangt. Durch freiwillige Selbstverpflichtung und neue regulatorische Vorgaben sind sie zunehmend gefordert, sich auch für die Umwelt und Gesellschaft zu engagieren. Sie müssen ökologische und soziale Aspekte angemessen behandeln sowie eine gute Unternehmensführung an den Tag legen (Environmental, Social und Governance, kurz ESG). Erfüllen Unternehmen die Anforderungen nicht, kann dies regulatorische Maßnahmen und erfolgreiche Klagen von Verbrauchern, Investoren und anderen Interessengruppen nach sich ziehen – und zu Schäden bei D&O-Versicherern führen.

Das Urteil des Hague District Court gegen den Mineralölkonzern Royal Dutch Shell

Vor einigen Wochen verurteilte der niederländische Hague District Court den Mineralölkonzern Royal Dutch Shell dazu, seinen Ausstoß von CO₂ bis 2030 um netto 45 Prozent im Vergleich zu 2019 zu senken. Das Gericht stellte in seinen Urteilsgründen fest, dass das Unternehmen verpflichtet sei, seine Emissionen auf ein Niveau zu drosseln, das mit den Zielen des Pariser Klimaabkommens kompatibel ist. Dies folgt nach den Feststellungen des Gerichts aus einer ungeschriebenen Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Reduzierung von CO₂-Emissionen.

Diese allgemeine Sorgfaltspflicht werde im Hinblick auf den Umweltschutz durch internationale Menschenrechtsabkommen und sonstige internationale Abkommen ausgefüllt. Shell sei demnach zwar nicht allein für den Klimawandel verantwortlich, trage aber hierzu bei. Für das Gericht war auch maßgeblich, dass Shell bereits im Jahr 1988 zum Thema Klimaschutz und Reduzierung von Treibhausgasen Stellung genommen und selbst angekündigt hat, den Ausstoß der Gase in den eigenen Betrieben zu reduzieren und Kunden zu helfen, diesen Zielen folgend zu agieren.

Auch die Nichteinhaltung von „Soft Law“ kann zu Klagen führen

Das Urteil ist im Hinblick auf den Umweltschutz und die dogmatische Herleitung aus mehreren Gründen bahnbrechend. Im Kontext aktueller Unternehmensrisiken und der D&O-Versicherung ist es aber letztlich nur ein weiteres Beispiel dafür, wie die zunehmende Regulierung auf dem Gebiet Environmental, Social and Governance (ESG) weiter voranschreitet und das solche „ESG-Klagen“ gegen Unternehmen gerade nicht nur ein fiktives (Zukunfts-) Szenario sind. Die Urteilsgründe stützen sich auf konkrete rechtliche Anknüpfungspunkte, dass Unternehmen auch an auf den ersten Blick nicht verbindliche Übereinkünfte, Absichtserklärungen oder Leitlinien (sogenanntes Soft Law) gebunden sein können.

Relevant sind die drei Kernprinzipien Environmental, Social and Governance. Hierunter versteht man im Wesentlichen den effizienten Umgang mit Energie und Rohstoffen, umweltverträgliche Produktion und geringe Emissionen in Luft und Wasser (Environment). Innerhalb der sozialen Verantwortung sollen Aspekte wie Arbeitssicherheit, Gesundheitsschutz, Diversity oder gesellschaftliches Engagement geschützt und verstärkt werden. Governance meint wiederum eine nachhaltige Unternehmensführung. Hierzu zählen zum Beispiel Themen wie Compliance, Steuerungs- und Kontrollprozesse und letztlich auch der Schutz des Unternehmens vor Cyberisiken.

Was folgt daraus für Unternehmen und die Leitungsorgane?

Ähnlich wie bei anderen regulatorischen Vorgaben und Compliance-Themen müssen sich die Leitungsorgane mit den relevanten ESG-Vorgaben auseinandersetzen und sich ihrer entsprechenden Leitungsverantwortung bewusst sein. Die Delegation dieser Themen auf Arbeitsgruppen entbindet Leitungsorgane nicht von ihren entsprechenden Überwachungspflichten.

Sofern noch nicht vorhanden, muss eine ESG-Strategie erstellt werden. Wurden ESG-Ziele in der Vergangenheit bereits definiert und/oder auch öffentliche Stellungnahmen getätigt, muss dieser „Soll“-Zustand mit dem tatsächlichen „Ist“-Zustand verglichen und geprüft werden, ob und wie das gesetzte Ziel noch erreicht werden kann. Es kann sich daher die Situation ergeben, dass Leitungsorgane letztlich Vorgaben im Hinblick auf ESG-Themen ausgesetzt sind, die von ihren Vorgängern definiert wurden.

Für D&O-Versicherer kann es also durchaus sinnvoll sein, sich in bestimmten Sektoren auch die derzeitigen und künftigen ESG-Klagerisiken des Versicherungsnehmers näher anzuschauen. Denn letztlich stellt sich die Frage, ob die durch Klagen verursachten Schäden und die aus einem etwaigen Reputationsverlust resultierenden Einbußen gegen Leitungsorgane regressiert werden können.



Dr. Paul Malek, LL.M.



Q&A with Jan Spittka, Clyde & Co

Jan Spittka leads our German Data Protection & Privacy team, representing international and domestic clients in contentious and non-contentious data and cybersecurity matters. Even though Jan has a longstanding focus on the insurance sector, he covers a wide range of sectors. His key areas of expertise are complex data-related projects such as the introduction of new technologies and services or outsourcing, data breach handling, general GDPR compliance and litigation and in particular navigating clients through investigations by data protection regulators, including administrative fining procedures.

Could you please introduce yourself and your role at Clyde & Co?

I have joined Clyde & Co as a data privacy and cybersecurity partner in July 2021, working from the firm's Düsseldorf office. Having started dealing with data protection law back in law school in the mid-2000s and further specializing as post-graduate and during my legal traineeship (which I spent inter alia with a data protection authority), this area of law – and in particular the EU General Data Protection Regulation (GDPR) – has pretty much dominated my entire professional career as a lawyer. Since day one of being a lawyer, I had a strong focus on the insurance sector. That said, joining Clyde & Co was just the logical next step. In my role at the firm, I provide the full 360-degree range of data privacy and cybersecurity advice to our clients. This starts with preemptive GDPR compliance work (e. g. general assessment of admissibility and data protection by design requirements, drafting privacy notices and declarations of consent, negotiating data-related contracts) when client's intent to introduce new products and services or plan to outsource IT operations or business processes. This may also involve consulting and negotiating new cutting-edge technologies with the competent data protection authority. When clients face a data breach or any other non-compliance with the data privacy laws, I turn into a crisis manager and litigator helping clients to fight off regulatory sanctions by data protection authorities as well as damage claims pushed by the affected individuals, consumer protection organizations or institutional plaintiffs.

What are the key skills for being a data protection and privacy lawyer?

Although the area of data privacy and cybersecurity seems to be a very specialized one, it requires the entire range of skills of a lawyer. This starts with providing balanced, reliable, and risk-based legal assessments regarding new scenarios and open legal questions, drafting skills when designing privacy notices and declarations of consent and – as already said – negotiation and litigation skills. When it comes to litigation, the interesting point is that you are not limited to classic civil actions. GDPR litigation is a kind of multi-party three-dimensional chess, where your client can also end up in labor law courts (if an employee exercises GDPR right or seeks damages), administrative courts (if a data protection regulator exercises corrective powers) and even criminal courts (in case an administrative fine is imposed). This all needs to be kept in mind when steering a client through a data privacy or cyber crisis. However, a lot of non-legal capabilities are required as well, such as project management and a deep understanding of processes and procedures. I'm often asked to what extent IT skills are required. You definitely do not need a degree in computer science. Nevertheless, a willingness and enthusiasm to dig into technical matters and the capability to communicate with IT experts in their language is imperative, especially regarding data protection by design issues or security of processing. You also need to be able to explain complex technical issues to judges who do deal with data protection on a daily basis.

In your opinion, what are the current hot GDPR and cybersecurity topics in Germany?

That's a tough question. Although the GDPR became enforceable over three years ago there are so many open issues when it comes to its practical application. Many of these issues are already pending with the CJEU (Court of Justice of the European Union) or are on their way. The hottest and most important issue is still the question how a GDPR fine can be imposed on an undertaking and how such a fine is calculated. The German data protection regulators take a very bold approach and basically apply the standards developed under EU anti-trust law, meaning that they impose fines directly against undertakings for every non-compliance by employees, irrespective of whether the management was involved in the GDPR infringement or even knew about it. The German authorities also calculate the amount of the fine based in the turnover of the "economic unit", i. e. taking into account not only the legal entity which committed the GDPR infringement, but also the parent company and – in a worst-case scenario – the entire group turnover. That this approach is heavily disputed and can also be seen differently has been demonstrated by two recent decision by German courts where the fine was nullified in one case and at least drastically reduced in the other. I was involved in the multi law firm team which achieved the latter. Another issue which was quite dormant in the first few years of GDPR enforcement but took up speed recently is the question of damage claims. The GDPR grants the right to receive compensation to any person who has suffered material or non-material damage as a result of a GDPR infringement. Whereas German courts were quite reluctant to grant non-material damages in the past, even after disclosure of personal data due to a data breach, there are indications that the tide is turning. Multiple German courts, in particular labor law courts, have awarded non-material damages in the range of a few hundred to several thousand Euros not only after inadmissible disclosure of personal data but also for more formal non-compliance such as delayed and incomplete fulfilment of data subject access requests. The local court of Pfaffenhofen even awarded 300 Euros in non-material damages for one (!) spam email. This development of course triggers the interest of institutional plaintiffs trying to monetize GDPR damage claims by way of mass litigation supported by legal tech. Whether such a

business model will flourish and to what extent we'll see mass litigation after every (larger) data breach in the future still depends on the outcome of a few pending CJEU cases. Further hot topics are the question whether and to what extent consumer protection organizations and competitors may sue companies for GDPR non-compliance, how to structure international data transfers after the infamous Schrems II decision by the CJEU and whether data protection regulators may impose fines at all after a data breach.

That's interesting – do you say that not every cyber incident has the potential to result in a GDPR fine?

Correct. If a company is obligated to file a notification to a data protection regulator after having suffered a personal data breach and the mandatory content of such notification reveals an infringement of the GDPR (e. g. that the company has failed to implement technical and organizational measures which would have avoided or at least mitigated the data breach or that personal data has been affected which should have been already deleted or even not stored in the first place), this puts the decisionmakers at the company pretty much between a rock and a hard place. If they file (a correct) notification, they expose the company to the risk of a GDPR fine based on the included information. If they do not file the notification or omit certain incrimination information, this also constitutes an administrative offense. As this situation is highly critical with regard to the right against self-incrimination (nemo tenetur principle), the German Federal Data Protection Act (Bundesdatenschutzgesetz) solves this conflict by banning the regulator to use any information obtained directly via the breach notification or indirectly via communication to affected individuals in administrative fining procedures. That said – unlike in other EU member states – in Germany a proper breach notification also provides protection against fine. It needs to be mentioned however that some German regulators have stated that they will not accept and challenge this privilege since they are of the opinion that it violates EU law. In my opinion, this isn't correct as the German legislator is not prohibited to apply a modern and appropriate interpretation of the nemo tenetur principle as part of its duty to implement appropriate safeguards for fining procedures.

GDPR fines seem to be a risk which is hard to calculate. Can insurance protection be acquired in Germany?

There is no explicit prohibition in Germany to offer insurance protection against GDPR fines, but this question goes to the heart of the question about the legal nature of a GDPR fine. If one takes the position that GDPR fines are of the same legal nature as administrative fines under EU anti-trust laws – like the German data protection regulators do – there is case law in Germany indicating that the deterring effect and therefore the efficiency of the fine would be undermined in case the amount to be paid could be recovered via a respective insurance policy, let it be a cyber insurance or a D&O policy. On the other hand, if a company will be held accountable for almost each and every data protection violation by its employees, irrespective of whether they are members of the management, this results in a strict liability which usually is compensated by insurance coverage. In my opinion, it would be a more balanced approach to at least provide insurance coverage for acts or omission of personnel below management level and at least for only negligent GDPR infringements.



Jan Spittka

You mentioned that GDPR damage claims have been under the radar for quite a while – are there any other dormant GDPR risks the management of an organization should be aware of?

The GDPR gives member states the opportunity to provide for further sanctions, in particular regarding criminal liability. The German legislator has included penal provisions in the Federal Data Protection Act which criminalize certain infringements of the GDPR. One offense which can result in imprisonment of up to two years or a criminal law fine is the processing of personal data without legal basis, if conducted in return for payment or with the intention of enriching oneself or someone else or harming someone. In particular the variants “enriching someone else” (e. g. the company) or “harming someone” (e. g. if an inadmissible internal investigation is conducted to fire an employee or member of the management) could become relevant in a business environment. Unlike administrative fines or GDPR damage claims, the criminal law sanction would be targeted at the individuals in an organization which actually conduct the GDPR infringement by act or omission.



Aktuelle Rechtsprechung

BGH: Entscheidung zur Auslegung und dem Schutzzweck der §§ 113, 114 AktG

Der Bundesgerichtshof beschäftigte sich in seiner Entscheidung vom 22.06.2021 mit der Frage, wie die Regelungen gemäß §§ 113, 114 AktG auszulegen sind.¹ In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt stritten die Parteien um die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen. Die Klägerin war Vermögensverwalterin einer Aktiengesellschaft und betreut diese bei Kapitalmaßnahmen. Die Beklagte zu 1 war eine GmbH, die auf die Beratung bei Kapitalmarkttransaktionen spezialisiert ist und auf Grundlage eines Beratungsvertrags für die Aktiengesellschaft tätig war. Der Beklagte zu 2 war Geschäftsführer und alleiniger Gesellschafter der Beklagten zu 1 und Mitglied des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft. Im Dezember 2018 trat die Aktiengesellschaft die Rückforderungsansprüche gegen die Beklagten aus dem Beratungsverhältnis und gegen den Beklagten zu 2 wegen unzulässig abgerechneter Spesen und Auslagen ab.

Das Landgericht Frankfurt am Main hat der Klage auf Rückzahlung gegen den Beklagten zu 2 wegen unzulässig abgerechneter Spesen und Auslagen stattgegeben und die weitergehende Klage gegen die Beklagten abgewiesen.² Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main als Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.³ Begründet wurde dies damit, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Rückzahlung gegen die Beklagten gemäß § 114 Abs. 2 S. 1 AktG analog habe. Dies gelte selbst dann, wenn eine fehlende Zustimmung oder Genehmigung des Vertrags durch den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft unterstellt werde. Nach Ansicht des Oberlandesgerichts hat die Beklagte zu 1 keine „Tätigkeit höherer Art“ im Sinne des § 114 AktG vorgenommen, denn über das „Ob“ der Kapitalerhöhung dürfe sie nicht entscheiden. Von der Klägerin wurde vorgetragen, dass der Beratungsvertrag faktisch ein zwischen dem Beklagten zu 2 und der Klägerin geschlossener Dienstvertrag sei. Jedoch liegen nach Ansicht des Oberlandesgerichts die dann erforderlichen Voraussetzungen des § 114 Abs. 2 AktG nicht vor.

Der Bundesgerichtshof wertete die Revision der Klägerin als

zulässig und überwiegend begründet. Die Klägerin habe einen Anspruch auf Rückzahlung gemäß § 114 Abs. 2 S. 1 AktG gegen die Beklagte zu 1. Nach der Rechtsprechung des Senats seien die §§ 113, 114 AktG anwendbar bei einem Vertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Unternehmen, dessen alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer Mitglied des Aufsichtsrats ist. Dies treffe auf den Beklagten zu 2 zu. Im Gegensatz zum Berufungsgericht erkennt der Bundesgerichtshof die Anwendbarkeit der §§ 113, 114 AktG ebenfalls an, wenn es sich um einen Beratungsvertrag mit einem Drittunternehmen handelt, welches seinerseits die Aktiengesellschaft berät. Die Klägerin sollte die Kapitalmaßnahmen der Aktiengesellschaft betreuen und war damit ein solches Drittunternehmen. Vorsatz zur Umgehung der Vorschriften sei nicht erforderlich.

Nach ständiger Rechtsprechung sind derartige Beratungsverträge nicht gemäß § 114 AktG genehmigungsfähig. Stattdessen liege eine unzulässige Vergütungsvereinbarung gemäß

§ 113 AktG vor, sodass der Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig sei. Eine Ausnahme bestehe bei Tätigkeiten, die nicht bereits von der zur Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gehörenden Beratungspflicht erfasst sind. Allerdings sollen genau diese allgemeinen Beratungsleistungen zu den Aufgaben des Beklagten zu 2 wegen seiner Organstellung zählen. Aufgrund der Nichtigkeit des Vertrages sei die Beklagte zu 1 zur Rückzahlung der gezahlten Vergütung in entsprechender Anwendung des § 114 Abs. 2 S. 1 AktG verpflichtet. Dies folge aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Demnach richte sich der Anspruch nicht nur gegen das Aufsichtsratsmitglied, sondern darüber hinaus auch an die ihm zuzurechnende Gesellschaft als Empfängerin der Vergütung. Dementsprechend sei es irrelevant, ob die ungerechtfertigte Sonderleistung unmittelbar an ein Aufsichtsratsmitglied zufließe oder wie hier mittelbar über ein Drittunternehmen.

Mit seiner Entscheidung bestätigt der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung zum Schutzzweck der §§ 113, 114 AktG.

¹ BGH, Urt. v. 22.06.2021 – II ZR 225/20

² LG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.07.2019 – 2-19 O 235/18

³ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 30.06.2020 – 3 U 193/19

BGH: Abgrenzung von versicherten anwaltlichen Tätigkeiten und sonstigen, nicht versicherten Tätigkeiten eines Rechtsanwalts, der als Treuhänder tätig wird

Der Bundesgerichtshof setzte sich mit der Frage auseinander, ob eine treuhänderische Tätigkeit eines Rechtsanwalts eine versicherte Tätigkeit unter den angegebenen Versicherungsbedingungen ist.⁴ In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt stritten die Parteien um die Geltendmachung von Leistungsansprüchen aus abgetretenem Recht des Versicherungsnehmers aus einer Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte. Der Versicherungsnehmer war Rechtsanwalt, der als Treuhänder einer in der Schweiz ansässigen Aktiengesellschaft tätig war. Dem Versicherungsvertrag lagen zum einen die „Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Patentanwälten (AVB-A)“ und zum anderen die „Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten einschließlich des Rechtsanwaltsrisikos von Anwaltsnotaren (RB-RA)“ zugrunde. Die Kläger unterhielten einen Bausparvertrag, den sie an die Aktiengesellschaft verkaufen wollte. Zu diesem Zweck schlossen sie mit dem Versicherungsnehmer einen „Geschäftsbesorgungsvertrag“ und einen „Abtretungsvertrag“, in denen die Tätigkeiten des Versicherungsnehmers festgehalten wurden. Im Rahmen dessen wurde der Bausparvertrag durch die Versicherungsnehmer gekündigt und von ihm im Auftrag und im Namen der Kläger der Aktiengesellschaft angeboten, die das Angebot annahm. Einige Jahre später hat die Schweizer Bankenaufsicht wegen Verstoßes gegen das Schweizer Bankengesetz die Aktiengesellschaft aufgelöst und das Liquidationsverfahren eingeleitet. Daraufhin wurde ein Vergleich zwischen dem Versicherungsnehmer und den Klägern geschlossen, bei dem der Versicherungsnehmer den Klägern seine Freistellungs- und Zahlungsansprüche gegen die Beklagte abtrat. Die Beklagte verweigert die Zahlung, woraufhin die Kläger Klage erhoben.

Das Amtsgericht München wies die Klage ab.⁵ Die daraufhin durch die Kläger eingelegte Berufung ist vom Landgericht München I zurückgewiesen worden.⁶ Die Kammer begründet dies damit, dass das Handeln des Versicherungsnehmers keine versicherte Tätigkeit darstelle, da der Versicherungsnehmer nicht als Rechtsanwalt tätig geworden ist. Ob eine versicherte Tätigkeit als Rechtsanwalt im Sinne des abgeschlossenen Versicherungsvertrages vorliegt, müsse durch Auslegung der Versicherungsbedingungen ermittelt werden. Nach ständiger Rechtsprechung sei dabei nur die klassische Kerntätigkeit als Rechtsanwalt erfasst. Im vorliegenden Fall handele es sich um eine treuhänderische Tätigkeit im Rahmen der Abwicklung des Kaufvertrages des Bausparvertrages mit der Aktiengesellschaft. Im Rahmen dessen ging es nicht um die Klärung von rechtlichen Fragen oder um rechtliche Beratung. Demnach liege keine versicherte Tätigkeit vor.

In seinem Beschluss hat der Bundesgerichtshof dargelegt, dass er beabsichtigt die Revision abzuweisen und den Parteien eine Monatsfrist zur Stellungnahme einzuräumen (BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – IV ZR 349/19). Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden. Der Bundesgerichtshof führt aus, dass bereits die Voraussetzungen für die Zulassung einer Revision nicht vorliegen (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). Dies läge daran, dass die Frage zur Unterscheidung von versicherten und nicht versicherten Tätigkeiten eines Rechtsanwalts im Rahmen einer Versicherung unter den gegebenen Bedingungen (AVB-A RB-RA) hinreichend durch die bestehende Rechtsprechung geklärt sei und es keiner erneuten Beantwortung bedarf. Darüber hinaus habe die Revision keinen Erfolg. Die Beurteilung des Berufungsgerichts dahingehend, dass keine versicherte Tätigkeit vorliege, unterläge keinem Rechtsfehler.

Damit hat der Bundesgerichtshof seine Ansicht erneut bestätigt. Die Beurteilung der Frage, ob eine versicherte oder eine nicht versicherte Tätigkeit des Rechtsanwalts als Versicherungsnehmer versichert ist, ist in der Rechtsprechung geklärt. Dies gilt für den Fall, dass dem Versicherungsvertrag folgende Bedingungen zugrunde gelegt wurden: Zum einen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die „Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Patentanwälten (AVB-A)“ und zum anderen die „Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Rechtsanwälten einschließlich des Rechtsanwaltsrisikos von Anwaltsnotaren (RB-RA)“.

⁴BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – IV ZR 349/19

⁵AG München, Urt. v. 17.05.2019 – 243 C 4824/17

⁶LG München, Urt. v. 25.11.2019 – 26 S 8341/19

OLG Saarbrücken: Voraussetzungen eines ersatzfähigen Schadens im Rahmen der Beratung zu Versicherungsverträgen

Das Oberlandesgericht Saarbrücken musste sich mit der Frage auseinandersetzen, wann ein ersatzfähiger Schaden im Rahmen eines Versicherungsmaklervertrages vorliegt.⁷ In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt beauftragte der Kläger die Beklagte mit der Vermittlung und Verwaltung von Versicherungsverträgen. Die Beklagte vermittelte dem Kläger einen im Ausland sitzenden Versicherer. Der Kläger meldete der Beklagten einen Kanalbruch, der sich am 19.08.2016 auf dem versicherten Grundstück ereignet haben soll. Die Reparaturfreigabe wurde noch am 26.09.2016 erteilt, allerdings wurde der Schadenfall nie reguliert, da über das Vermögen des Versicherers im November 2016 das Konkursverfahren eröffnet wurde. Der Kläger wirft der Beklagten vor, die gebotene Marktanalyse unterlassen zu haben. Zudem sei der Kläger über das angebotene Produkt, über den Versicherer und die „Vermaklungskette“ im Unklaren gelassen worden.

Das Landgericht Saarbrücken hat die Klage abgewiesen.⁸ Eine Pflichtverletzung sei nicht erwiesen. Zudem sei mangels schlüssigen Vortrags durch den Kläger auch kein ersatzfähiger Schaden eingetreten. Der Kläger hätte darlegen müssen, wie er sich bei angeblich richtiger Beratung verhalten hätte und dass der Rohrbruch beim Vorversicherer einen Versicherungsfall dargestellt hätte.

Das Oberlandesgericht Saarbrücken wies die vom Kläger erhobene Berufung zurück.

In seiner Entscheidung verwies der Senat darauf, dass der Kläger keinen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten habe. Er führte zunächst aus, dass mangels hinreichender Anhaltspunkte hinsichtlich der Insolvenz des Versicherers aus diesem Aspekt keine Pflichtverletzung hergeleitet werden könne. Eine Pflichtverletzung bestehe jedoch durch einen Verstoß gegen die gesetzlichen Beratungspflichten von Versicherungsmaklern gemäß §§ 60, 61 VVG. Dies folgt nach Ansicht des Oberlandesgerichts daraus, dass dem Kläger offenkundig die besonderen Risiken des Vertrages und insbesondere die Identität der ausländischen Versicherung als Risikoträger nicht bekannt waren. Demnach

hätte die Beklagte als Versicherungsmaklerin die Pflicht gehabt, ihn darüber aufzuklären. Es sei allgemein bekannt, dass die Absicherung von Zahlungsausfällen bei im Ausland sitzenden Versicherungen schwieriger sein kann als bei deutschen Versicherungen. In dem Unterlassen der Aufklärung liege folglich eine Pflichtverletzung gemäß § 61 Abs. 1 VVG. Daraus folge wiederum eine Schadensersatzpflicht gemäß §§ 63 VVG, § 278 BGB.

Dafür müsste darüber hinaus ein ersatzfähiger Schaden (§§ 249 ff. BGB) vorliegen. Dementsprechend hätte der Kläger nachvollziehbar darlegen müssen, dass bei ordnungsgemäßer Beratung ein anderer Versicherungsschutz entstanden wäre und er aufgrund dieses Versicherungsschutzes Entschädigung in Bezug auf den Versicherungsfall erhalten hätte. Dabei sei zu beachten, dass an das Vorbringen des Klägers geringere Anforderungen zu stellen sind. Jedoch müssen die Angaben des Klägers nachvollziehbar und nicht widersprüchlich sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Kläger mehrere Möglichkeiten habe. Hier hätte er mit dem Vorversicherer oder einem anderen Versicherer einen neuen Vertrag abschließen oder ohne Versicherungsvertrag fortfahren können. Somit habe nicht festgestellt werden können, dass bei ordnungsgemäßer Beratung Versicherungsschutz bestanden hätte. Darüber hinaus seien die Angaben des Klägers widersprüchlich gewesen.

Mit seiner Entscheidung hat das Oberlandesgericht noch einmal bestätigt, dass eine umfangreiche Aufklärung über Risiken eines angebotenen Versicherungsvertrages seitens des Versicherungsmaklers erforderlich ist.⁹ Ein Versicherungsmakler, der nicht angemessen verdeutlicht, dass sich der von ihm vorgelegte Antrag auf Abschluss einer Gebäudeversicherung an einen weithin unbekanntem, im Ausland ansässigen, der dortigen Insolvenzversicherung unterstehenden Risikoträger richtet, verletzt seine Beratungspflicht gegenüber dem Versicherungsnehmer und kann diesem bei Zahlungsausfällen im Versicherungsfall schadensersatzpflichtig sein. Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht grundlegende Aussagen zum Vorliegen eines ersatzfähigen Schadens getroffen. Der Schadenseintritt beurteile sich grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln. Im Rahmen der Beratung in Bezug auf Versicherungsverträge sei zu beachten, dass ein ersatzfähiger Schaden erwiesen ist, wenn der Kläger Versicherungsschutz erworben hätte, wenn er ordnungsgemäß beraten worden wäre. Zudem müsste die Situation als Versicherungsfall gedeckt sein und die Kosten wären ersetzt worden. Dabei dürfen die Anforderungen

⁷ OLG Saarbrücken, Urt. v. 05.03.2021 – 5 U 37/20

⁸ LG Saarbrücken, Urt. v. 07.04.2020 – 14 O 139/18

⁹ vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2016 – I ZR 147/14

an die Darlegungs- und Beweislast nicht hoch liegen. Der Versicherungsnehmer muss lediglich nachvollziehbar darlegen, wie er sich bei ordnungsgemäßer Beratung verhalten und wie sich dies auf seine allgemeine Vermögenslage ausgewirkt hätte.

KG Berlin: Anforderungen an die Überwachungspflicht der Aufsichtsräte im Verhältnis zur Vorstandshaftung

Das Kammergericht Berlin setzte sich in seiner Entscheidung vom 29.04.2021 mit der Frage auseinander, welche Anforderungen an die Überwachungspflicht des Vorstandes durch den Aufsichtsrat zu stellen sind.¹⁰ Der Kläger war Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin. Die beiden Beklagten waren Mitglieder des Aufsichtsrats der Schuldnerin. Der Kläger macht mit seiner Klage Ansprüche auf Schadensersatz gegen die früheren Aufsichtsräte der Schuldnerin geltend.

Das Landgericht Berlin hatte in seiner Entscheidung die Klage in vollem Umfang abgewiesen.¹¹ Es bestehe kein Schadensersatzanspruch des Klägers gemäß § 116 AktG i.V.m. § 421 BGB gegen die Beklagten mangels einer Pflichtverletzung. Zwar bestünde eine Überwachungspflicht gemäß § 111 Abs. 1 AktG, allerdings ist das Tagesgeschäft davon nicht erfasst und es dürfen keine zu hohe Anforderungen gestellt werden. Der Aufsichtsrat dürfe sich grundsätzlich auf Informationen des Vorstandes verlassen. Dies sei lediglich dann nicht der Fall, wenn sich das Unternehmen in einer Krise befände oder es sonst einen besonderen Anlass gäbe. Eine derartige Sonderkonstellation habe nach Ansicht des Gerichts vor dem Sommer 2014 nicht vorgelegen und sei insoweit auch nicht vorgetragen worden. Nach dem Sommer 2014 sollen die Aufsichtsratsmitglieder ihre Überwachung verschärft haben. Daher sei ihnen dann keine Pflichtverletzung vorzuwerfen. Gegen die Entscheidung legte der Kläger Berufung ein und nahm Klageerweiterungen vor.

Das Kammergericht Berlin gab der Berufung statt. Der Kläger habe einen Anspruch auf Zahlung gemäß §§ 116 S. 1, 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG. Die Normen seien aufgrund der Übergangsvorschrift in Art. 103 EGInsO trotz des neuen Gesetzes bei Insolvenzanträgen vor dem 01.01.2021 weiter anzuwenden. Beide Beklagten seien Aufsichtsratsmitglieder zum maßgeblichen Zeitpunkt gewesen. Dieser Zeitpunkt sei hier der 31.12.2013. Anders als das Landgericht nimmt das Kammergericht eine Pflichtverletzung an. Dies wird damit begründet, dass der Aufsichtsrat

darauf hinzuwirken habe, dass der Vorstand verbotswidrige Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife unterlässt, wenn der Aufsichtsrat die Insolvenzreife erkannt hat oder erkennen musste. Dies folge aus der Pflicht aus § 92 Abs. 2 S. 1 AktG. Hier sollen die verbotswidrigen Zahlungen unter anderem in der Bezahlung der Arbeitnehmer gelegen haben.

Der Aufsichtsrat habe eine Überwachungspflicht aus § 111 Abs. 1 AktG. Diese verpflichte ihn zur Überwachung der Geschäftsführung insbesondere durch Geltendmachung seiner Informationsrechte. Dabei müsse sich der Aufsichtsrat ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft machen. Darüber hinaus habe der Aufsichtsrat Verstöße des Vorstandes i.S.d. § 93 Abs. 3 AktG zu verhindern. Sobald sich die wirtschaftliche Lage verschlechtere oder sonstige Besonderheiten eintreten, werden die Pflichten des Aufsichtsrates verschärft. Das Kammergericht ging davon aus, dass bereits im August 2013 Anhaltspunkte für eine Verschlechterung der Lage bestanden, sodass sich zu diesem Zeitpunkt die Pflichten des Aufsichtsrates verschärft haben. Zwar durften die Mitglieder des Aufsichtsrates zu diesem Zeitpunkt noch auf eine positive Fortführung vertrauen, jedoch mussten sie sich vergewissern und Nachforschungen anstellen, ob die erforderliche Informationsgrundlage zur Verfügung gestellt wurde.

Selbst wenn zu diesem Zeitpunkt keine Verschärfung der Pflichten angenommen werden konnte, so das Kammergericht Berlin, so sei dies jedenfalls zu einem späteren Zeitpunkt möglich. Im September 2013 hätte den Aufsichtsratsmitgliedern bekannt sein müssen, dass es einen nicht gedeckten Fehlbetrag gibt und hohe Verbindlichkeiten aufgelaufen sind. Zudem seien die Beklagten ihrer Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Frage, wann und wie sie den Vorstand zu regelmäßigen Berichten aufgefordert haben, nicht nachgekommen. Somit genüge die Behauptung nicht, der Vorstand habe beteuert, dass alles in Ordnung sei und damit eine Täuschung vorgenommen. Auf das im Juli 2014 angefertigte Gutachten mit positiver Fortführungsprognose hätten sich die Aufsichtsratsmitglieder nicht verlassen dürfen, da offensichtlich wesentliche Unterlagen gefehlt haben.

Darüber hinaus sei der Vortrag unbeachtlich, dass der Vorstand auch nichts unternommen habe. Es sei gerade die Aufgabe des Aufsichtsrates als Kontrollorgan in einer solchen Situation einzugreifen und die Rechte der Insolvenzgläubiger zu schützen. Zudem trugen die Beklagten vor, dass aufgrund des nebenamtlichen Charakters der Tätigkeit lediglich geringe

¹⁰ KG Berlin, Urt. v. 29.04.2021 – 2 U 108/18

¹¹ LG Berlin, Urt. v. 05.09.2018 – 94 O 73/17

Anforderungen an die Pflichten zu stellen seien. Dem wurde entgegengehalten, dass Aufsichtsratsposten regelmäßig nebenamtlich sind (§ 110 Abs. 3 AktG) und sie durch die Informationsrechte ihren Pflichten vergleichsweise ohne viel Aufwand nachkommen können.

Das Kammergericht erklärt somit, dass Aufsichtsräte im Fall der Insolvenzverschleppung grundsätzlich wie Vorstände haften. Dafür ist eine vorsätzlich oder fahrlässig begangene Pflichtverletzung erforderlich. Diese Pflichtverletzung kann insbesondere aus der Verletzung der Überwachungspflicht gemäß § 111 Abs. 1 AktG folgen. Die Anforderungen an diese Pflicht sind abhängig davon, in welcher Lage sich die Gesellschaft befindet oder ob es einen sonstigen besonderen Anlass gibt.



Aktuelle Entwicklungen

Neuer Richtlinien-Vorschlag der BaFin für nachhaltige Investmentvermögen

„Wo ESG draufsteht, muss auch Nachhaltigkeit drin sein“, so der BaFin Direktor Thorsten Pöttsch. Um dies zu erreichen, veröffentlichte die BaFin Anfang August 2021 einen überarbeiteten Vorschlag für eine „Richtlinie für nachhaltige Investmentvermögen“. Dieser soll einheitliche Regelungen schaffen, ab wann sich ein Vermögensfonds zum Beispiel als „grün/green“, „nachhaltig/sustainable“ oder „Umwelt, Soziales und Unternehmensführung/ Environmental Social Governance – ESG“ ausgeben darf. Damit sollen die Anleger:innen vor dem sogenannten „Greenwashing“ geschützt werden. Denn für viele ist das Etikett „nachhaltig“ heutzutage ein entscheidender Investitionsgrund. Doch bis zum heutigen Zeitpunkt gibt es so gut wie keine einheitlichen Regelungen, ab wann ein Fond als „Grün“ gilt bzw. ab wann er sich nicht mehr so nennen darf. Gemäß § 4 Abs. 1 KAGB darf die Bezeichnung eines Investmentvermögens nicht irreführend sein. Um dies zu gewährleisten, schlägt die BaFin konkrete Anforderungen vor, die ein Investmentvermögen erfüllen muss, um sich als nachhaltig deklarieren zu dürfen. Dabei wird zwischen drei Möglichkeiten unterscheiden:

- Das Investmentvermögen trifft seine Investitionen in nachhaltige Vermögensgegenstände. Dafür notwendig wäre, dass eine Mindestinvestitionsquote von 75 Prozent in nachhaltige Vermögensgegenstände fließt. Zusätzlich sollen gewisse Mindestausschlüsse gewährleisten, dass keine ökologischen oder sozialen Beeinträchtigungen durch das Investment gefördert werden.
- Die Anlagestrategie als solche dient der Nachhaltigkeit. Dies geschieht beispielsweise durch eine Best-in-Class-Strategie in Unternehmen mit der ausschließlich in Unternehmen mit der geringsten CO₂-Bilanz investiert wird. Um diese Anforderung zu erfüllen, muss die Anlagestrategie ausführlich dargelegt werden und im Detail erklären, wie sie Nachhaltigkeit in den Vordergrund stellt.
- Des Weiteren können die Anforderungen auch durch die Nachbildung eines nachhaltigen Indexes erfüllt werden.

Dies scheint aus Sicht der BaFin ein wichtiger Schritt zu sein, um dem Greenwashing beizukommen. Dennoch üben unter anderem Verbände wie der Bundesverband Investment und Asset Management (BVI) Kritik an dem Vorschlag. Dieser sei im Gegensatz zu einem ersten Entwurf, welcher unter anderem noch eine Mindestinvestitionsquote von 90 Prozent vorsah, zwar etwas entgegenkommender, allerdings sei ein Alleingang der BaFin angesichts der umfangreichen EU-Initiativen zur Nachhaltigkeit kontraproduktiv. „Um Deutschland als Standort für nachhaltige Fonds zu fördern und Grünwäscherei zu verhindern, sollte sich die BaFin für einheitliche Nachhaltigkeits-Mindeststandards und effektiven Anlegerschutz innerhalb der EU einsetzen, statt mit einem nationalen Goldstandard Vertriebschancen aufzubauen“ und damit eine Zersplitterung des Marktes zu fördern, so der Hauptgeschäftsführer des BVI.

Allerdings war es noch bis Anfang September möglich zu dem Entwurf Stellung nehmen. Es bleibt daher abzuwarten, ob und wenn ja, wie sich der Vorschlag der Richtlinie noch einmal ändern wird und wie sich diese auf den europäischen Investmentmarkt auswirken wird.

Neue Entwicklungen im Bereich der Elementarschadenversicherung – Auswirkungen des Jahr 2021

2021 wird wahrscheinlich das Jahr mit den höchsten Naturgefahren-Schäden seit Beginn der Statistik vor 50 Jahren sein. Bereits im Juni sorgten starke Hagelgüsse für Sachschäden im Wert von circa 1,7 Milliarden Euro. Doch den mit Abstand größte Schaden verursachte das Tief Bernd Mitte Juli, als es insbesondere weite Teile von Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz durch schwere Regengüsse verwüstete. Dies löste Versicherungsschäden im Wert von vielen Milliarden Euro aus. Die Zahl wurde zuletzt immer weiter nach oben auf zuletzt ca. 7 Milliarden korrigiert. Allein 6,5 Milliarden Euro sind dabei auf Schäden an Wohngebäuden, Hausrat und Betrieben zurückzuführen.

Problematisch erscheint dabei jedoch die Höhe der Schäden, die nicht versichert sind. Laut der GDV haben bundesweit durchschnittlich nur 46 Prozent der Immobilienbesitzer und Betriebe Elementarschutzversicherungen, die sie gegen Hochwasser, Erdbeben und weitere Naturschäden absichern. Diesen Zustand kritisieren unter anderem der Hauptgeschäftsführer der GDV Jörg Asmussen und auch der BaFin-Exekutivdirektor für die Versicherungsaufsicht Dr. Frank Grund. Herr Asmussen kündigte in Folge der Überschwemmungen im Juli an, dass „wir (...) zusammen mit unseren Mitgliedsunternehmen bis zum Herbst Ideen vorlegen, wie sich die Verbreitung von Naturgefahrenversicherungen zu risikogerechten Preisen signifikant erhöhen lässt“. Auch Herr Grund äußerte in einem Interview für das BaFin-Journal, dass viele sich „die Überflutungen auf jeden Fall zum Anlass nehmen (sollten), über ihren Versicherungsschutz nachzudenken“.

Insoweit bemerkenswert ist auch, dass sich die Bundesregierung kürzlich nicht mehr vollkommen abgeneigt gegenüber einer verpflichtenden Elementarschadenversicherung für alle Immobilienbesitzer zeigte. Sie lässt derzeit die Umsetzbarkeit einer solchen Regelung durch die Länder prüfen. Diese Frage stünde auf der Tagesordnung der Konferenz der Justizminister der Länder im November. Dies bestätigte die Sprecherin des aktuell federführenden Justizministeriums des Landes NRW. Bereits 2017 hat sich die Bundesregierung bereits mit dieser Frage auseinandergesetzt. Damals kam sie jedoch zu dem Schluss, dass eine verpflichtende Regelung aufgrund zu großer verfassungsrechtlicher Bedenken nicht angebracht sei. Allerdings könnte sich diese Auffassung angesichts des fortschreitenden Klimawandels und den damit verbundenen Extremwetterereignissen bald ändern.

Alternativ wird diskutiert, dass künftig im Falle eines erneuten Katastrophenfalls nur noch denjenigen staatliche Unterstützung zusteht, die sich zuvor erfolglos um eine wirtschaftlich zumutbare Versicherung bemüht haben.

Neue Zahlen des GDV zu D&O-Versicherungen – 2020 mit großen Verlusten für die Versicherer

Mitte September 2021 hat der GDV eine Statistik mit den Geschäftszahlen der D&O-Versicherungen vom Jahr 2020 veröffentlicht. Auffällig ist die schlechte Schadensquote für die D&O Versicherungen. Diese lag laut Analyse des GDV bei 110 Prozent. Im Vorjahr betrug sie noch 85,3 Prozent. Somit haben die Versicherer 2020 mehr geleistet, als sie an Beiträgen eingenommen haben. „Während die Beiträge um gut neun Prozent auf 335 Millionen Euro stiegen, wuchsen die Leistungen um 14 Prozent. Unter dem Strich stehen erhebliche Verluste, die sich aus den immer größeren Haftungsrisiken für die Managerinnen und Manager ergeben.“, so Herr Asmussen, Hauptgeschäftsführer der GDV.

Allerdings sei darauf hingewiesen, dass die Statistik nur 32 der rund 45 Unternehmen, die D&O-Versicherungen unter der Mitgliedschaft bei der GDV anbieten, erfasst. Einige der marktführenden Versicherer sind somit nicht von der Statistik erfasst.

Dennoch zeichne sich laut verschiedenen Stimmen in der Versicherungsbranche ein gewisser Trend ab, der sich wohl in den nächsten Jahren fortsetzen wird. „Nach einer Insolvenz sind Geschäftsführerinnen und Geschäftsführer sowie Vorstände nicht selten mit Forderungen in Millionenhöhe konfrontiert“, sagt Asmussen. Dies könne sich gerade im Hinblick auf die Corona-Pandemie in den nächsten Jahren deutlich bemerkbar machen. Doch auch die Pflichten für Manager und Vorstände gesunder Unternehmen sind in den letzten Jahren spürbar gestiegen. Auch das wird sich in den nächsten Jahren unter anderem mit dem Lieferkettengesetz und der Verpflichtung aller Unternehmen, ab 50 Beschäftigten ein Hinweisgebersystem einzurichten, fortsetzen. Die D&O-Versicherer könnten somit auch in Zukunft mit Leistungsforderungen, die die Beiträge übersteigen, konfrontiert werden.



Insight: Clyde & Co

COVID-19

Aktuelle Nachrichten und relevante Entwicklungen im Zusammenhang mit COVID-19 können Sie unserem Coronavirus-Information-Hub entnehmen unter www.clydeco.com/en/coronavirus.

TEAM

Wir freuen uns, dass wir Dr. Saskia Michel ab dem 01.09.2021 als Associate für unser Düsseldorfer Büro gewinnen konnten. Frau Dr. Michel war zuletzt bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Düsseldorf tätig und wird unser Insurance Team mit ihrer besonderen Expertise im Bereich des Versicherungsrechts unterstützen.

Zudem freuen wir uns, dass uns zwei „Rückkehrer“ wieder unterstützen. Dr. Julian Lesser verstärkt seit dem 01.09.2021 als Associate unsere Versicherungspraxis und hierbei insbesondere den Bereich Cyber. Zusätzlich hat am 01.10.2021 auch Dr. Maximilian Reidt als Associate in unserem Düsseldorfer Team angefangen.

ARIAS Deutschland e.V.

Seit dem 18.10.2021 ist Dr. Henning Schaloske Mitglied des Vorstands des ARIAS Deutschland e.V. Der Verein fördert die Möglichkeiten zur alternativen Streitbeilegung im Versicherungsumfeld.

VERÖFFENTLICHUNGEN

- Jan Spittka: DS-GVO-Schadensersatz wird Fall für den EuGH, GRUR-Prax 2021, 417
- Jan Spittka, Jan Niklas Bunnenberg: Die aufsichtsbehördliche Klagebefugnis unter der DSGVO, Kommunikation & Recht 2021, 560-563
- Jan Spittka: Abwehr von DSGVO-Bußgeldern, Datenschutz-Berater 2021, 269-272
- Jan Spittka: Zum Begriff der „personenbezogenen Daten“ im Rahmen des DS-GVO-Auskunftsanspruchs, GRUR-Prax 2021, 537
- Dr. Julian Lesser: Haftungsprobleme und Versicherungslösungen bei Cyber-Risiken, Verlag Versicherungswissenschaft, Karlsruhe 2021.
- Dr. Behrad Lalani: Die Ersatzfähigkeit von Reputationsschäden nach den Regeln des CISG und die Übertragbarkeit der Doktrin auf das deutsche Schadenersatzrecht, Peter Lang Verlag, Berlin 2021

VORTRÄGE

- Jan Spittka: Webinar zum Überblick zum Datenschutz, Month in Review 08/2021, 31.08.2021
- Dr. Henning Schaloske: Euroforum Cyber: Im Fokus: Betriebsunterbrechungsschäden in der Cyber Versicherung vom 01.09.2021
- Jan Spittka: Bußgelder für DSGVO-Verstöße – ein unkalkulierbares Risiko?, Gespräch mit Dr. Stefan Brink, Landesbeauftragter für den Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Cyber Insurance Konferenz 2021, 01.09.2021
- Dr. Paul Malek: Cyber aus rechtlicher Sicht, HDI Cyberkongress, 13.09.2021
- Dr. Henning Schaloske, Jan Spittka, Dr. Paul Malek: Update zu Bußgeldern und Haftung nach der Datenschutz-Grundverordnung, Month in Review 09/2021, 29.09.2021

440

Partners

1,800

Lawyers

4,000

Total staff

50+

Offices*

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 2021.
All rights reserved.