



CLYDE&CO

**Insurance & Reinsurance**

# Quarterly Update 01/2021



## Inhalt

### 01.

Editorial

### 02.

Nach dem COVInsAG folgt das SanInsFoG – was ändert sich für Geschäftsleiter und D&O-Versicherer?

### 06.

Aktuelle Entwicklungen in der Betriebsschließungsversicherung

### 08.

Haftungsverschärfungen für Abschlussprüfer und Auswirkungen auf Berufshaftpflichtversicherer

### 10.

Climate change, governments and human rights

### 12.

Impact of climate change legislation on directors' duties in Germany

### 15.

Deutschland soll die Nr. 1 beim autonomen Fahren werden – bis hierin ist es noch ein weiter Weg

### 18.

Update zu den Brustimplantate-Verfahren: TÜV Rheinland muss zahlen

### 19.

“Junge Versicherer - Aller Anfang ist teuer” Veröffentlichung der BaFin zur Eigenmittelausstattung von Insurtechs

### 21.

Die europäische Offenlegungsverordnung kommt

### 22.

Brexit: Zukünftige Regulierung deutschen Versicherungsgeschäfts durch UK Versicherer

### 24.

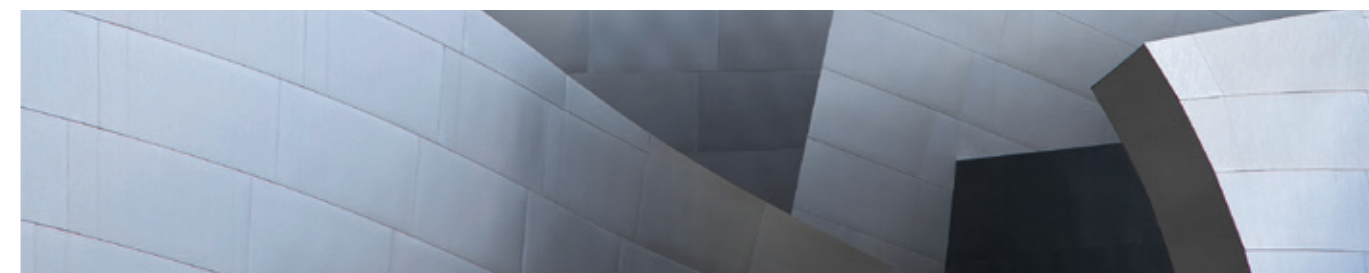
Aktuelle Rechtsprechung

### 30.

Aktuelle Entwicklungen

### 31.

Insight: Clyde & Co



Liebe Leserin,  
lieber Leser,

Corona hält uns weiter in Atem und dennoch ruhen auf dem Jahr 2021 große Hoffnungen, dass wir in Deutschland, Europa und der Welt ein Stück Normalität zurückgewinnen. Bei allem Auf und Ab freuen wir als Kanzlei uns, mit positiven Nachrichten und Rückenwind in das neue Jahr zu starten: Zu Anfang Februar haben wir unser drittes deutsches Büro in München eröffnet und uns mit einem erfahrenen Insurance Team um die neuen Partner Eva-Maria Barbosa, Dr. Andreas Börner und Dr. Sven Förster verstärkt.

Für uns wie für unsere Mandanten aus der Versicherungswirtschaft ist dies ein wichtiger strategischer Schritt und eine passgenaue Ergänzung unseres deutschen und internationalen Beratungsangebots an den Standorten Düsseldorf und Hamburg. Das neue Team bringt insbesondere marktführende Expertise und Erfahrung in den Bereichen Corporate Insurance / M&A und W&I mit.

Gleichzeitig haben wir die Hoffnung, Sie bald auch persönlich wiederzusehen und Ihnen unsere neuen Kolleginnen und Kollegen aus München vorstellen zu können. Bis dahin werden wir Sie weiterhin über virtuelle Konferenzen, dieses Update und unsere Webinar-Reihe “Month in review” über aktuelle Entwicklungen im Haftungs- und Versicherungsrecht auf dem Laufenden halten.

Folgende Themen stehen in unserem Quarterly Update 1/2021 im Fokus:

- Nach dem COVInsAG folgt das SanInsFoG – was ändert sich für Geschäftsleiter und D&O-Versicherer?
- Aktuelle Entwicklungen in der Betriebsschließungsversicherung
- Update zur Haftungsverschärfung für Wirtschaftsprüfer
- Climate change, governments and human rights
- Impact of climate change legislation on directors' duties in Germany
- Deutschland soll die Nr. 1 beim autonomen Fahren werden – bis hierin ist es noch ein weiter Weg
- Update zu den Brustimplantate-Verfahren
- Veröffentlichung der BaFin zur Eigenmittelausstattung von Insurtechs
- Europäische Offenlegungsverordnung
- Brexit: Zukünftige Regulierung deutschen Versicherungsgeschäfts durch UK-Versicherer

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre!



Ihr Dr. Henning Schaloske



## Nach dem COVInsAG folgt das SanInsFoG – was ändert sich für Geschäftsleiter und D&O-Versicherer?

Die COVID-19-Pandemie hält auch den Gesetzgeber auf Trab, der die wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie für die deutsche Wirtschaft weiterhin abzumildern bemüht ist. Im Fokus stand zunächst die vorübergehende Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG). Daran anknüpfend hat der Gesetzgeber mit dem am 01.01.2021 in Kraft getretenem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) Verhaltenspflichten und damit korrespondierend die Haftung von Geschäftsleitern in der Krise des Unternehmens weiter modifiziert.

Im Folgenden geben wir einen Überblick über die wesentlichen insolvenzspezifischen Änderungen unter besonderer Berücksichtigung der Erstattungspflicht für Zahlungen nach Insolvenzreife, die bislang insbesondere in § 64 Satz 2 GmbHG und §§ 92 Abs. 2 Satz 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG geregelt waren und jetzt in § 15b InsO eine neue – und modifizierte – „Heimat“ gefunden haben.

### Das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG)

Nach dem Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz („COVInsAG“) ist bzw. war die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt. Diese Aussetzung war nach Maßgabe von § 1 Abs. 1 COVInsAG zunächst befristet bis zum 30.09.2020 und wurde von der Bundesregierung sodann bis zum 31.12.2020 verlängert, allerdings mit einer Änderung: Ausgenommen von der Pflicht, Insolvenzantrag zu stellen, sind gemäß § 1 Abs. 2 COVInsAG nur noch Unternehmen, die überschuldet sind. Denn überschuldeten Unternehmen will die Bundesregierung zusätzliche Zeit einräumen, Sanierungs- und Restrukturierungsmaßnahmen durchzuführen. Für zahlungsunfähige Unternehmen gelten hingegen ab dem 01.10.2020 wieder die alten Regelungen, sodass die Geschäftsleiter innerhalb von drei Wochen ab Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen müssen. Zuletzt hat die Bundesregierung eine weitere Aussetzung der Insolvenzantragspflicht im Monat Januar 2021 in

§1 Abs. 3 COVInsAG aufgenommen: Die Insolvenzantragspflicht für Geschäftsleiter von Unternehmen, die einen Anspruch auf die Gewährung finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie (sog. November- und Dezemberhilfen) haben, ist danach unter der Voraussetzung ausgesetzt, dass ein entsprechender Antrag auf Hilfeleistungen im Zeitraum vom 01.11.2020 bis 31.12.2020 gestellt wurde. War eine Antragstellung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen innerhalb des Zeitraums nicht möglich, wird die Insolvenzantragspflicht ebenfalls ausgesetzt. Die Insolvenzantragspflicht ist jedoch nicht ausgesetzt, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Erlangung der Hilfeleistung besteht oder die erlangbare Hilfeleistung für die Beseitigung der Insolvenzreife unzureichend ist. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gilt bzw. galt ferner allgemein nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des Corona-Virus beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. War der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Es besteht danach ein Modell aus Grundsatz (Aussetzung der Insolvenzantragspflicht), Ausnahme (Insolvenzreife beruht nicht auf der Pandemie oder keine Aussichten auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit) und Vermutung (Ausnahme greift, wenn die Gesellschaft zum 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war).

Die vorgenannte Verlängerung bis zum 31.01.2021 soll nun nach einem Beschluss der Bundesregierung bis zum 30.04.2021 verlängert werden. Diese weitere Verlängerung soll entsprechend der vorangehenden Regelung nur den Schuldnern zugutekommen, die einen Anspruch auf finanzielle Hilfen aus den aufgelegten Corona-Hilfsprogrammen haben und deren Auszahlung noch aussteht. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass die Hilfe bis zum 28.02.2021 beantragt wird und die erlangbare Hilfeleistung zur Beseitigung der Insolvenzreife geeignet ist. Auf die Antragstellung kommt es jedoch ausnahmsweise nicht an, wenn eine Beantragung der Hilfen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen bis zum 28.02.2021 nicht möglich ist.

Mit Blick auf die Erstattungspflicht für Zahlungen nach Insolvenzreife regelt § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, dass Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, „als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 64 Satz 2 GmbHG, des § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG [und vergleichbarer Rechtsnormen] vereinbar gelten“. § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG statuiert damit eine nicht widerlegbare Fiktion und ermöglicht die Verteidigung des Geschäftsleiters damit, dass Zahlungen nach Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar waren, wenn (1.) solche Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang und (2.) während der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht erfolgten. Die Beweislast in einem diesbezüglichen Prozess verteilt sich damit wie folgt: Der Anspruchsteller muss beweisen, dass die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 COVInsAG fortbesteht. Der Geschäftsleiter muss demgegenüber die Vermutung des § 1 Abs. 1 Satz 3 COVInsAG beweisen, nämlich dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, wenn die Gesellschaft am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war. Zusätzlich trägt der Geschäftsleiter die Beweislast dafür, dass die Zahlungen „im ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG erfolgten.

Bemerkenswert an dem COVInsAG ist, dass trotz dieses sehr jungen Gesetzes der Verweis in § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG insbesondere auf § 64 Satz 2 GmbHG und § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG aktuell bereits ins Leere führt. Denn diese Rechtsvorschriften wurden mit dem SanInsFoG zum 01.01.2021 aufgehoben (dazu im Folgenden).

### Das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG)

Das SanInsFoG tritt ganz überwiegend bereits zum 01.01.2021 in Kraft. Ausgenommen hiervon sind insbesondere die Regelungen zu öffentlichen Restrukturierungssachen. Kern des SanInsFoG ist das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG). Mit dem SanInsFoG soll zudem sichergestellt werden, dass vor allem die von der COVID-19-Pandemie betroffenen Unternehmen, die überschuldet, aber nicht zahlungsunfähig sind, von den im Gesetz vorgesehenen Erleichterungen profitieren und von der Möglichkeit einer außerhalb des Insolvenzverfahrens stattfindenden Restrukturierung Gebrauch machen können.

Nach § 1 Abs. 1 StaRUG sind die Geschäftsleiter zur Implementierung eines Systems bestehend aus Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement mit Berichtspflichten an die zur Überwachung der Geschäftsleiter berufenen Organe verpflichtet. Ziel ist die möglichst frühzeitige Einleitung von Restrukturierungsmaßnahmen im Vorfeld einer Insolvenz. Nach § 43 Abs. 1 StaRUG müssen die Geschäftsleiter darauf hinwirken, dass der Schuldner die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt und die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahr. Für die Verletzung dieser Pflicht haften sie dem Schuldner in Höhe des den Gläubigern entstandenen Schadens, es sei denn sie haben die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Damit tritt an Stelle bzw. neben die originäre gesellschaftsrechtliche Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG ab dem Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit eine Haftung für die Verletzung der Interessen der Gläubiger. Diese Restrukturierungsverschleppungshaftung ist als Innenhaftung ausgestaltet: Anspruchsinhaberin ist die Gesellschaft, in einem anschließenden Insolvenzverfahren würde der Anspruch also vom Insolvenzverwalter zur Masse gezogen werden und so den geschädigten Gläubigern zu Gute kommen. In der Praxis dürften solche Ansprüche häufig an der Hürde der Schadensdarlegung scheitern, da der Anspruchsteller beweisen muss, dass die Pflichtverletzung den Schaden verursacht hat, also eine bestimmte Sanierungsmaßnahme praktisch umsetzbar war und in welchem Umfang deren Vornahme Masseminderungen vermieden hätte.

Auch das SanInsFoG selbst beeinflusst die Verhaltenspflichten und damit korrespondierend die Haftung von Geschäftsleitern. Wie bisher trifft die Geschäftsleiter zwar weiterhin die Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO. Diese wurde jedoch teilweise modifiziert, da einerseits der Überschuldungsbegriff verändert wurde (der Prognosezeitraum im Rahmen der Fortführungsprognose beträgt nunmehr nur noch 12 (statt früher 24) Monate, vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO) und andererseits die Geschäftsleiter nunmehr bei Überschuldung maximal 6 (statt früher 3) Wochen Zeit für die Antragsstellung haben. Ferner werden 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. Aber auch insoweit gibt es Änderungen: § 15b Abs. 3 InsO enthält nunmehr eine Vermutung, dass Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, wenn die in § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO geregelten Karenzzeiten von 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und 6 Wochen nach Eintritt der Überschuldung verstrichen sind und kein Antrag gestellt wurde. Erfolgt die Zahlung also innerhalb der vorgenannten Karenzzeiten, ist sie grundsätzlich mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, sofern sie zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erfolgte und die Antragspflichtigen Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags ergriffen haben, vgl. § 15b Abs. 2 Satz 2 InsO. Mit Blick auf Zahlungen an Sozialversicherungsträger und den Fiskus stellt jedenfalls die Begründung des Regierungsentwurfs klar, dass nach der Antragsstellung die Pflicht zur Abführung der Beiträge und Steuern hinter die Massesicherungspflicht zurücktritt, vgl. RegE zum SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, S 190. Für vor Antragsstellung erfolgte Zahlungen enthalten weder das Gesetz noch die Begründung des Regierungsentwurfs eine Aussage, sodass es bei der bisherigen Rechtslage bleiben dürfte.

§ 15b InsO enthält ferner eine – gerade auch im Vergleich zu den sog. Zahlungsverboten insbesondere aus § 64 Satz 2 GmbHG und §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG – vorteilhafte Regelung. Wurden nach Maßgabe der vorgenannten spezialgesetzlichen Altregelungen noch jegliche Zahlungen ohne Bezug auf einen Schaden im Rechtssinn schlichtweg aufaddiert, so ist nach § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO zukünftig die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife der Höhe nach begrenzt auf den der Gläubigerschaft entstandenen Schaden. Dass und inwieweit der Schaden der Gläubiger hinter der Gesamthöhe der Zahlungen zurückbleibt, haben die Geschäftsleiter darzulegen und zu beweisen.

### Fazit

Das COVInsAG schafft ein für Geschäftsleiter vorteilhaftes Regime, allerdings nur für einen begrenzten Zeitraum. Sofern die Regelungen aufgrund der sicher noch bis weit in das aktuelle Jahr fortdauernden Pandemie nicht weiter verlängert werden, könnte somit ab spätestens dem 01.05.2021 eine Insolvenzwelle drohen. Besonders betroffen dürften die Touristik, der stationäre Einzelhandel, die Gastronomie und die Veranstaltungswirtschaft sein.

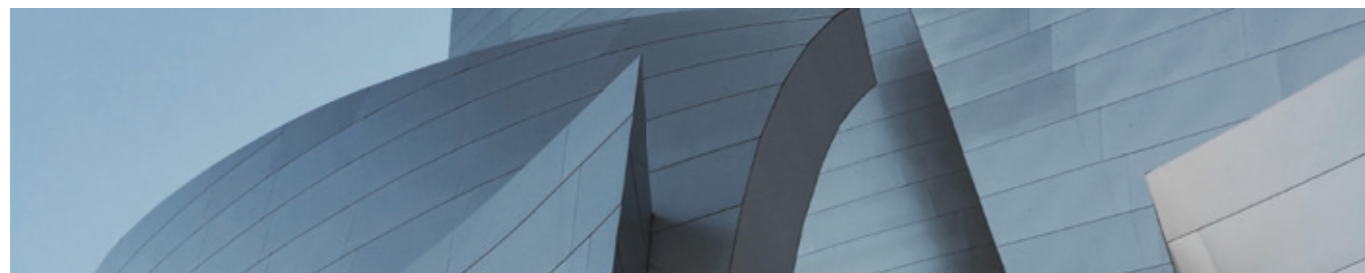
Neben einer Vielzahl eher technischer Neuregelungen ersetzt das SanInsFoG die früheren sog. Zahlungsverbote in § 64 GmbHG, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG sowie §§ 130a Abs. 1, 2 und 177a HGB mit einem maßgeblichen qualitativen Unterschied durch eine einheitliche Neureglung in § 15b Abs. 4 InsO: Nach Maßgabe von § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO ist die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife der Höhe nach begrenzt auf den der Gläubigerschaft entstandenen Schaden. Damit führt der Gesetzgeber erstmals einen Schadensbegriff ein und setzt dadurch der schlichten Addition von Zahlungen und der damit verbundenen geradezu überschießenden Schärfe der Haftung ein Ende.

Ob und inwieweit die Geschäftsleiter diesen Gegenbeweis werden führen können, noch dazu wenn sie aus dem Unternehmen bereits ausgeschieden sind, wird im Einzelfall unter Berücksichtigung sekundärer Darlegungslasten bzw. Informationsherausgabepflichten des Insolvenzverwalters zu klären sein.

Mit der vorstehend beschriebenen gesetzlichen Neuerung dürfte zudem Vieles dafür sprechen, dass – auch unter Berücksichtigung aktueller BGH-Rechtsprechung zum bestehenden Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG (Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19) – auch ohne eine ausdrückliche Regelung im D&O-Versicherungsvertrag regelmäßig Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 15b Abs. 4 InsO besteht. Dies geht mit der beschriebenen Haftungsmilderung für Geschäftsleiter einher, die sich in der Praxis allerdings noch beweisen muss.



Dr. Daniel Kassing, LL.M.



## Aktuelle Entwicklungen in der Betriebsschließungsversicherung

Gut ein Jahr ist es her, dass Bund, Länder und Kommunen erste Maßnahmen ergriffen haben, um die Verbreitung des Coronavirus in Deutschland einzudämmen. Seither werden diese staatlichen Eingriffe, unter denen vor allem Gastronome, Hoteliers, Künstler sowie Solo-Selbstständige besonders betroffen sind, von einer Vielzahl rechtlicher Fragestellungen begleitet. Das Versicherungsrecht ist hiervon nicht ausgenommen. So haben auch wir als Kanzlei uns bereits unmittelbar nach Ausbruch der Pandemie mit der Frage befasst, ob und inwieweit Versicherungsverträge Deckungsschutz für die durch die Corona-Maßnahmen hervorgerufenen Betriebsunterbrechungsschäden bieten<sup>1</sup>. Dabei rückte die Betriebsschließungsversicherung, welcher vor Corona weder in der Vertriebs- und Regulierungspraxis der Marktanbieter noch in der juristischen Theorie eine besondere Bedeutung zukam, erstmals in den Fokus der versicherungsrechtlichen Diskussion. Inzwischen finden sich in den einschlägigen Fachzeitschriften eine ganze Fülle von Gerichtsentscheidungen und Beiträgen, die sich mit der Auslegung solcher Verträge auseinandersetzen. Insoweit ist eine beachtliche Meinungsvielfalt festzustellen. Dies bietet Anlass, auf die bisherigen Entwicklungen zurückzublicken und eine erste Zwischenbilanz zu ziehen.

Eine viel beachtete und - soweit ersichtlich - erste gerichtliche Entscheidung zur Betriebsschließungsversicherung überhaupt verkündete das Landgericht Mannheim, das in seinem Urteil vom 29. April 2020 über einen Antrag eines Hotelbetreibers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu befinden hatte<sup>2</sup>.

Das Gericht entschied, dass Versicherungsbedingungen einer Betriebsschließungsversicherung, die keine enumerative Aufzählung von verschiedenen Krankheiten und Krankheitserregern enthalten, sondern die §§ 6 und 7 IfSG in Bezug nehmen, so auszulegen seien, dass alle unter die §§ 6 und 7 IfSG fallenden Krankheiten und Erreger – und somit auch COVID-19 und SARS-CoV-2 – vom Versicherungsschutz erfasst sind. Die Bedingungswerke der meisten anderen Anbieter von Betriebsschließungsversicherungen weisen hingegen – der bisherigen Verbandsempfehlung des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft folgend<sup>3</sup> – einen enumerativen Katalog an versicherten meldepflichtigen Krankheiten und Krankheitserregern auf, in dem weder COVID-19 noch SARS-CoV-2 aufgeführt sind. Umstritten ist dabei jedoch, ob über diese Aufzählung hinaus mit Blick auf die einleitende Bezugnahme auf die „folgenden, im Infektionsschutzgesetz in den §§ 6 und 7 namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserreger“ auch weitere meldepflichtige Krankheiten und Krankheitserreger gedeckt sind. Bisher haben die meisten Landgerichte angenommen, dass die Versicherungsbedingungen abschließend sind und daher keinen Deckungsschutz für behördliche Maßnahmen aufgrund des Coronavirus bieten.<sup>4</sup> Dies hat vor kurzem auch das Oberlandesgericht Stuttgart in einer ersten Berufungsentscheidung bestätigt.<sup>5</sup> Andere Gerichte haben demgegenüber die einschlägigen Regelungen in den Versicherungsbedingungen entweder als mehrdeutig<sup>6</sup> oder sogar als intransparent und somit unwirksam<sup>7</sup> erachtet.

Durchaus bemerkenswert ist insoweit, dass zum Teil nicht einmal unter den Kammern ein und desselben Landgerichts – wie etwa beim Landgericht Hamburg<sup>8</sup> sowie beim Landgericht München I<sup>9</sup> – Einvernehmen darüber besteht, wie das vertragliche Leistungsversprechen auszulegen ist.

Neben der Frage, ob für das Coronavirus und darauf gestützte Maßnahmen überhaupt Deckungsschutz besteht, betrifft ein weiterer Streitpunkt die Frage, ob der betroffene Betrieb des Versicherungsnehmers im Zuge der behördlichen Anordnungen überhaupt „geschlossen“ worden ist. Dies erscheint in vielen Fällen zumindest insoweit zweifelhaft, als es vielen Versicherungsnehmern auf Grundlage der jeweiligen Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen weiterhin gestattet war, ihre Betriebe – wenn auch unter Einschränkungen – fortzuführen.

So durften etwa Restaurantbetriebe unbeschadet des „Lockdowns“ ihre Speisen und Getränke zur Mitnahme oder über einen Lieferservice anbieten. Ähnliche Fragen ergeben sich im Hinblick auf Hotels, denen es lediglich untersagt war, Gäste zu touristischen Zwecken zu beherbergen. Teilweise wird vertreten, dass nur eine vollständige Betriebsschließung versichert sei.<sup>10</sup> Dagegen steht es etwa nach Ansicht des Landgerichts München I einer bedingungsgemäßen Schließung im Einzelfall nicht entgegen, dass der Inhaber eines auf Innengastronomie gerichteten Betriebs einen zulässigen Außenverkauf nicht betreibt, wenn dieser nach dem Zuschnitt des Betriebs lediglich ein vollkommen untergeordnetes Teilgeschäft darstellt, das unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht fortgeführt werden kann.<sup>11</sup>

Auch in Bezug auf Hotelbetriebe soll es nach Auffassung des eingangs erwähnten Landgerichts Mannheim an einer Schließung nicht deshalb fehlen, weil der Betrieb von Hotels nach den maßgeblichen behördlichen Allgemeinverfügungen und Rechtsverordnungen für Übernachtungen von Geschäftsreisenden weiterhin zulässig war. Denn eine solche Beschränkung des Hotelbetriebs wirke sich für den Versicherungsnehmer wie eine faktische Schließung aus.<sup>12</sup>

Die Versicherer haben die Diskussionen rund um die Betriebsschließungsversicherung zwischenzeitlich zum Anlass genommen, ihre Bedingungswerke zu überarbeiten. Augenfällig ist insoweit, dass die eingangs erwähnte Problematik hinsichtlich der Deckung des Coronavirus gewissermaßen auf eine andere Ebene verlagert wird. Denn anders als die meisten älteren Fassungen sehen die aktuellen Bedingungen zwar regelmäßig einen weitreichenden Deckungsschutz auch für neu auftretende meldepflichtige Krankheiten und Krankheitserreger vor. Allerdings wird dieser umfassende Versicherungsschutz durch eine Vielzahl von Risikoausschlüssen wieder eingeschränkt, wie zum Beispiel für Epidemien und Pandemien. Hinsichtlich der bisherigen Versicherungsbedingungen bleibt jedenfalls festzuhalten, dass sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur in den genannten entscheidenden Punkten durchaus gespalten sind. Vor diesem Hintergrund bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten. Einig ist man sich zumindest darin, dass diese Fragen erst durch den Bundesgerichtshof in Karlsruhe geklärt werden.



Dr. Vincent Schreier

<sup>1</sup> Schaloske/Schreier, „Corona: Begrenzte Deckung für Ertragsausfälle“, Versicherungsmonitor vom 18.03.2020; Schreier, „Versicherungsschutz für Seuchen am Beispiel der COVID-19-Pandemie“, VersR 2020, 513 ff.; Goergen/Derkum, „Ablehnung einer Leistungsverfügung wegen faktischer Betriebsschließung durch Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Krise“, VersR 2020, 907 ff.

<sup>2</sup> LG Mannheim, Urt. v. 29.04.2020 – 11 O 66/20, VersR 2020, 904 m. Anm. Goergen/Derkum

<sup>3</sup> Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Betrieben gegen Schäden aufgrund behördlicher Anordnung nach dem Infektionsschutzgesetz (Betriebsschließung) – AVB BS 2002 - Musterbedingungen des GDV

<sup>4</sup> So etwa LG Stuttgart, Urt. v. 30.09.2020 – 16 O 305/20, r+s 2020, 693; LG Bayreuth, Urt. v. 15.10.2020 21 O 281/20, VersR 2020, 1574; LG Oldenburg, Urt. v. 18.11.2020 – 13 O 1272/20, VersR 2021, 173; LG Köln, Urt. v. 16.12.2020 – 20 O 136/20, BeckRS 2020, 38672; LG Hamburg, Urt. v. 18.12.2020 – 306 O 356/20, BeckRS 2020, 39806

<sup>5</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 18.02.2021 7 U 351/20, BeckRS 2021, 2002 (Näheres auch unter „Aktuelle Rechtsprechung“ in dieser Ausgabe des Quarterly Update)

<sup>6</sup> LG Magdeburg, Urt. v. 06.10.2020 – 31 O 45/20, BeckRS 2020, 2821; LG Flensburg, Urt. v. 10.12.2020 – 4 O 153/20, BeckRS 2020, 36333

<sup>7</sup> LG München I, Urt. v. 22.10.2020 – 12 O 5868/20, r+s 2020, 686; LG Hamburg, Urt. v. 04.11.2020 – 412 HKO 83/20, BeckRS 2020, 30448; LG Darmstadt, Urt. v. 09.12.2020 – 4 O 220/20, BeckRS 2020, 35645

<sup>8</sup> Den Deckungsschutz verneinend die Versicherungskammer des LG Hamburg, Urt. v. 26.11.2020 – 332 O 190/20, BeckRS 2020, 32814; den Deckungsschutz hingegen bejahend die Kammer 12 für Handelssachen des LG Hamburg, Urt. v. 04.11.2020 – 412 HKO 91/20, BeckRS 2020, 30449

<sup>9</sup> Den Deckungsschutz verneinend die 12. Zivilkammer des LG München I, Urt. vom 01.10.2020 – 12 O 5895/20, VersR 2020, 1578; Urt. v. 22.10.2020 – 12 O 5868/20, r+s 2020, 686; den Deckungsschutz hingegen bejahend die Kammer 23. Zivilkammer des LG München I (n.v.)<sup>10</sup> LG Stuttgart, Urt. v. 07.12.2020 – 18 O 270/20, COVuR 2021, 41, 42; Günther/Piontek, r+s 2020, 242, 245; Notthoff, r+s 2020, 551, 554

<sup>11</sup> LG München I, Urt. v. 22.10.2020 – 12 O 5868/20, r+s 2020, 686

<sup>12</sup> LG Mannheim, Urt. v. 29.04.2020 – 11 O 66/20, VersR 2020, 904, 905



## Haftungsverschärfungen für Abschlussprüfer und Auswirkungen auf Berufshaftpflichtversicherer

Bereits im letzten Quarterly Update hatten wir über die Pläne der Bundesregierung berichtet, mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) die Haftung von Abschlussprüfern zu verschärfen. Diesbezüglich gibt es neue Entwicklungen: Der zunächst vorgelegte Referentenentwurf wurde seitens des Gesetzgebers nochmals überarbeitet. Seit dem 16.12.2020 liegt nun der Regierungsentwurf des FISG vor, der aus Sicht der Versicherer einige erfreuliche Anpassungen enthält. Haftungsrechtlich bleibt allerdings insbesondere kritisch, dass die Haftungshöchstgrenzen des § 323 Abs. 2 HGB nicht bei grober Fahrlässigkeit eingreifen sollen.

### Referentenentwurf

Zunächst zur Erinnerung: Der Referentenentwurf des FISG sah vor, die Haftungssumme des § 323 Abs. 2 S. 1 HGB von EUR 1 Mio. auf EUR 2 Mio. zu erhöhen. Im Fall einer Prüfung einer Kapitalgesellschaft, die ein Unternehmen von öffentlichem Interesse ist, sollte die Haftungssumme verfünffacht werden, also von EUR 4 Mio. auf EUR 20 Mio. steigen. Zudem war bestimmt, dass die Haftungsbeschränkung nicht für Fälle gelten sollte, in denen Pflichtverletzungen vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen wurden. Die Beweislast für das Vorliegen der Haftungsbeschränkung (also fahrlässiges Handeln) sollte beim Prüfer liegen. Zudem sollte sich ein Prüfer künftig nicht mehr auf die Haftungshöchstgrenze berufen können, wenn er selbst zwar einfach fahrlässig, sein Gehilfe aber vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, sofern dieses Verhalten des Gehilfen dem Prüfer haftungsrechtlich zuzurechnen ist.

Der Referentenentwurf löste viel Kritik aus. Denn Haftungsverschärfungen sind zur Erreichung des Ziels, die Prüfungsqualität zu verbessern, weder erforderlich noch geeignet. Ferner wurden die negativen Auswirkungen auf den Versicherungsschutz und die Berufshaftpflichtversicherer hervorgehoben. Da die Mindestversicherungssumme (in Höhe von derzeit EUR 1 Mio.) an den Umfang der Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 Satz 1 HGB gekoppelt ist, würde eine Verdoppelung der Haftungssumme automatisch zu einer Verdoppelung der Mindestversicherungssumme führen.

Es wurde deshalb vorgeschlagen, die Mindestversicherungssumme von der Haftungssumme des § 323 Abs. 2 HGB zu entkoppeln.

In diesem Zusammenhang wurde auch darauf hingewiesen, dass eine generelle Verdoppelung der Mindestversicherungssumme auch noch weitergehende kritische Auswirkungen auf Wirtschaftsprüfer und deren Versicherer hätte. Gemäß § 54a WPO können Wirtschaftsprüfer ihre Haftung für fahrlässig verursachte Schäden auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme beschränken, wenn insoweit Versicherungsschutz besteht. Eine Verdoppelung der Mindestversicherungssumme hätte also auch zu einer Verdoppelung des Betrags (von EUR 4 Mio. auf EUR 8 Mio.) geführt, auf den die Haftung durch AGB beschränkt werden darf.

### Regierungsentwurf

Der am 16.12.2020 veröffentlichte Regierungsentwurf beinhaltet im Vergleich zum Referentenentwurf Änderungen zu den Haftungshöchstgrenzen bei Pflichtprüfungen. Die im Referentenentwurf vorgesehene Haftungshöchstgrenze wurde von EUR 2 Mio. auf EUR 1,5 Mio. gesenkt. Oder anders ausgedrückt: Im Vergleich zum derzeit geltenden Recht soll die Haftungshöchstgrenze um EUR 500.000 erhöht werden. Bei der Prüfung von Kapitalgesellschaften, die ein Unternehmen von öffentlichem Interesse im Sinne des § 316a S. 2 Nr. 1 HGB-E (also kapitalmarktorientiert) sind, soll die Haftungshöchstsumme von Abschlussprüfern EUR 16 Mio. betragen.

Bei der Prüfung von Kapitalgesellschaften im Sinne des § 316a S. 2 Nr. 2 oder 3 HGB-E (also Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen) ist eine mittlere Haftungshöchstsumme von EUR 4 Mio. vorgesehen.

Der Regierungsentwurf hält daran fest, dass die gesetzlichen Haftungsbeschränkungen nicht für Personen gelten sollen, die vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben. Die Darlegungs- und Beweislast für vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln soll allerdings – so steht es auch in der Gesetzesbegründung – der Anspruchsteller tragen.

Aus Sicht der Versicherer ist erfreulich, dass es nach dem Regierungsentwurf bei der derzeit geltenden Mindestversicherungssumme von EUR 1,0 Mio. bleibt. Die Mindestversicherungssumme soll von der Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 S. 1 HGB entkoppelt werden. Hierzu sind Änderungen des § 54 Abs. 4 WPO vorgesehen. Durch die Abkopplung der Mindestversicherungssumme von der im HGB vorgesehen Haftungshöchstgrenze soll ein übermäßiger Anstieg der Mindestversicherungssumme und damit der Versicherungsprämien vermieden werden. Ferner soll eine Auseinanderentwicklung der für Wirtschaftsprüfer einerseits und für die verwandten Berufe der Steuerberater und Rechtsanwälte andererseits geltenden Regelungen zur Haftpflichtversicherung vermieden werden.

Aus Versicherersicht ist ferner positiv hervorzuheben, dass künftig eine Beschränkung der Jahreshöchstleistung zulässig sein soll. In § 54 Abs. 4 WPO sind folgende Ergänzungen vorgesehen:

*„Die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden können bei Berufsangehörigen auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme begrenzt werden. Bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften können die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden auf den Betrag der Mindestversicherungssumme, vervielfacht mit der Zahl der Gesellschafter, der Partner und der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, begrenzt werden, wobei sich die Jahreshöchstleistung jedoch mindestens auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme belaufen muss.“*

Ziel dieser neuen Regelung ist es, die Risiken für die Versicherer besser kalkulierbar zu machen. Ob und wie die Versicherer die Möglichkeit zur Jahresmaximierung vertraglich umsetzen, bleibt abzuwarten.

Schließlich ist hervorzuheben, dass die Regelung in § 54a Absatz 1 WPO zur vertraglichen Begrenzung von Ersatzansprüchen durch schriftliche Vereinbarung oder durch vorformulierte Vertragsbedingungen unverändert bleibt.

Die Reform wird noch in dieser Legislaturperiode umgesetzt. Das FISG soll nach der Zustimmung des Bundesrates bereits am 01.07.2021 in Kraft treten. Lediglich wenige Regelungen sollen ab 01.01.2022 gelten (vgl. Art. 26 Abs. 2 FISG).

### Ausblick

Sollte es bei dem Gesetzesentwurf in der derzeitigen Fassung bleiben, kommt einiges auf die Wirtschaftsprüfer und deren Versicherer zu. Die Versicherungsverträge, Versicherungsprämien und insbesondere auch die AGB der Wirtschaftsprüfer sind auf etwaigen Anpassungsbedarf zu überprüfen. Die hierfür zur Verfügung stehende Zeitschiene ist eng bemessen.



Dr. Tanja Schramm



## Climate change, governments and human rights

In recent months, the EU, the UK, China and five other countries<sup>1</sup> have announced more ambitious commitments for cutting their greenhouse gas emissions. But even if made good, current pledges would not meet the globally agreed aim of holding warming well below 2°C, and pursuing efforts to limit warming to 1.5°C. Activists and others are now bringing rights-based climate cases in an effort to force countries and regions to be more ambitious.

### Paris Agreement: NDCs

The 2015 Paris Agreement is a legally binding international treaty on climate change. Its goal is to limit global warming to well below 2, preferably to 1.5 degrees Celsius, compared to pre-industrial levels. Signatory countries are to make Nationally Determined Contributions (NDCs) – the efforts they promise to make to reduce national emissions and adapt to the impacts of climate change – and update these every five years, beginning in 2020. The idea is that these NDCs should become progressively more ambitious over time.

Climate Action Tracker (“CAT”) monitors various countries representing around 80% of global emissions and 70% of the world’s population. It assesses what steps each country should be taking in order to limit global warming to below 2 degrees and below 1.5 degrees, and rates their current policies and their promises (including NDCs) to 2030 against those benchmarks. The UK’s first NDC promised emissions cuts of 57% from 1990 levels by 2030, and this was rated as “insufficient” by CAT - compatible with up to 3 degrees of warming. In its December 2020 revised NDC the UK strengthened this promise to 68% and CAT stated “this development would make the UK one of the first countries globally to bring its domestic emissions into line with what would be necessary globally for the Paris Agreement’s 1.5°C limit”. A few days later the EU strengthened its NDC from “at least 40%” (rated as “severely inadequate” by CAT) to “at least 55%”. This new promise is rated as “insufficient”, and CAT called for a reduction of 65% by 2030 in order for the EU to become the first region to be in line with the Paris Agreement.

For example, the German Federal Government (Bundesregierung) has set out its national climate targets in a binding way in a Climate Protection Act entered into force on 18 December 2019.

The Climate Protection Act provides for a gradual reduction in greenhouse gas emissions compared with 1990 levels, with at least a 55 percent reduction target by the year 2030. In the long term, the Federal Government is pursuing the goal of greenhouse gas neutrality by 2050.

### Human rights cases

The substantial gap between current and proposed emissions reductions and what is called for under the Paris Agreement has prompted a number of legal actions around the world, including in the EU, inviting courts to order governments to adopt more ambitious climate policies. Many of these are framed in terms of violations of citizens’ human rights. The most prominent to date is the Urgenda case against the Dutch government. In December 2019 the Dutch Supreme Court upheld all lower court rulings in the case and ordered the government to cut emissions by 25% from 1990 levels by the end of 2020, instead of the 21% promised (the government complied, largely by severely cutting capacity in its remaining coal-fired power stations). The Supreme Court based its judgment on the obligation of the State to protect its residents’ right to life (Article 2 of the European Convention on Human Rights – ECHR) and right to family and private life (Article 8 ECHR).

In July 2020, in a partial victory for Friends of the Irish Environment, the Irish Supreme Court quashed the government’s National Mitigation Plan on the basis that it was not specific enough about the steps that would be taken in the short and medium term to achieve the goal of a low-carbon economy by 2020: again, this was by reference to the ECHR. Courts in the UK have rejected challenges; other cases are pending in Belgium, France, Sweden and Switzerland.

At the beginning of 2020, several cases have been brought to the German Constitutional Court claiming that with the Climate Protection Act the German Government missed to implement the necessary emissions reductions and only implemented insufficient climate protection targets and measures. As a result, the State breached, amongst others, its obligation to protect the constitutional right of human dignity and the right to life and physical integrity, as well as – with regard to ECHR – its residents’ right to life (Article 2 ECHR) and right to family and private life (Article 8 ECHR). However, the outcome of the current cases is hardly predictable. One of the pending constitutional complaints has meanwhile been forwarded to the Bundestag, the Bundesrat, the Chancellor’s Office, the Federal Ministry of the Interior and the Federal Ministry of Justice, as well as to all state governments for further comments. This is an important first step in order for the court to potentially accept the complaint.

Some activists are concerned that national courts are not yet willing to order the deep emissions cuts that would be compatible with keeping warming below 1.5 degrees. For example, even after the emissions reduction ordered in Urgenda (25% by the end of 2020 instead of 21%) the Netherlands is not on track to meet CAT’s recommended reduction of 65% by 2030. And the figure of 25% was chosen because it was at the bottom of the range of 25-40% reductions proposed by developed countries at that stage; the court declined to order the government to be more ambitious.

### Portuguese Youths case in ECtHR

The Urgenda ruling was an important driver behind a case commenced in the European Court of Human Rights (ECtHR) in September 2020. Six Portuguese youths have brought the case against all 33 members of the ECHR - the EU27 plus the UK, Russia, Switzerland, Norway, Switzerland, Turkey and Ukraine. As in the Urgenda case the applicants allege that by failing to take sufficient climate action, the states have breached Articles 2 and 8 of ECHR, which establish the right to life and the right to family and private life. But in addition they allege that the states have discriminated against youth, breaching Article 14 of the ECHR, as climate change will impact youth more than older generations: “There is no objective and reasonable justification for shifting the burden of climate change onto younger generations by adopting inadequate mitigation measures”. The applicants seek an order requiring each of the 33 states to adopt more ambitious climate action in line with its “fair share” of the global reductions needed in order to keep warming below 1.5 degrees.

Those seeking to enforce their human rights would usually be expected to seek redress in their national courts, which might then refer the matter to the ECtHR. The applicants invited the ECtHR to apply an exception to this rule, which applies where there is no adequate remedy that is reasonably available to the individual concerned. This was partly due to the challenge of mounting proceedings in 33 national courts. But they also seek an order for more ambitious collective climate action across Europe, which would be much harder to achieve in separate national proceedings. If the ECtHR were to rule in their favour then the applicants would seek to enforce the judgment through the national courts.

On 30 November the ECtHR decided that the case is admissible, which is highly significant in itself (few “direct” applications are accepted). The court also granted the complaint priority on the basis of the “importance and urgency of the issues raised”. The 33 states now have to file their defences by the end of February 2021. Strikingly, one of the questions sent by the court to the parties was whether the applicants’ right under Article 3 of ECHR was being violated. Article 3 states: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment”.

### Conclusion

Rights-based climate cases are a relatively new phenomenon: in 2015, when Urgenda started their action, there had only been five in total around the world; there are now over 60. This is now a fast-developing field and the Portuguese Youths case is easily the most ambitious to date. Will courts actually order countries to make the deep cuts in emissions needed to avert catastrophic warming? This could become more likely if other countries follow the UK’s lead by promising reductions that put them on track for Net Zero by 2050.

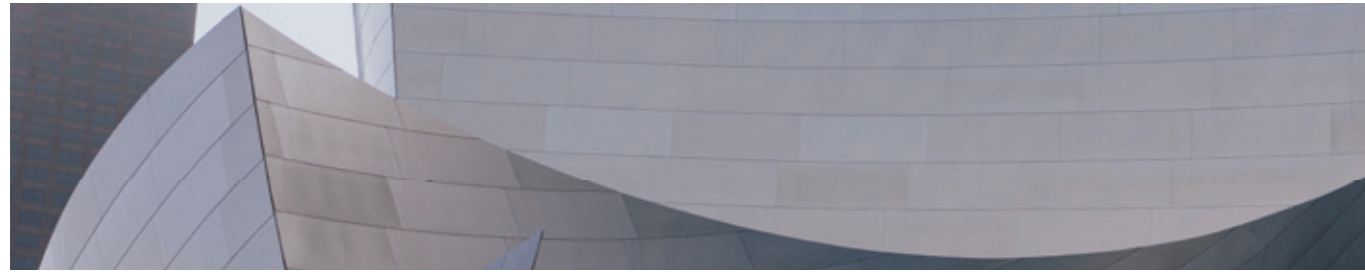


Nigel Brook



Dr. Henning Schaloske

<sup>1</sup> Argentina, Kenya, Norway and Ukraine



## Impact of climate change legislation on directors' duties in Germany

The German Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) requires regulated entities to manage climate risks and to integrate it into their risk-management frameworks. With guidance notice published in December 2019 and updated in January 2020, the BaFin has provided its supervised companies, in particular banks, insurance companies, pension funds and capital management companies, with non-binding good practice guidelines on how to deal with sustainability risks and, in particular, climate risks.<sup>1</sup>

With interims report of 5 March 2020, the Sustainable Finance Committee (SFB) of the German Federal Government has, inter alia, proposed to expand the application of non-financial disclosures under Directive 2014/95/EU.<sup>2</sup> Further, according to the SFB, listed companies shall be required to apply the TCFD recommendations on climate reporting from 2022 onwards. The final report of the SFB, which was announced for September 2020, has not yet been published.

In addition and more generally, the German Corporate Governance Code (DCGK) emphasizes already now that companies and their management need to be aware of companies role in and responsibility vis-à-vis society. Thus, social and environmental factors are considered to be relevant for business success.<sup>3</sup> This is a clear commitment to sustainability principles.

Moreover, the German Federal Government (Bundesregierung) – as first government in the world – has set out its national climate targets in a binding way in a Climate Protection Act entered into force on 18 December 2019. The Climate Protection Act provides for a gradual reduction in greenhouse gas emissions compared with 1990 levels, with at least a 55 percent reduction target by the year 2030. In the long term, the Federal Government is pursuing the goal of greenhouse gas neutrality by 2050. This goal is also clearly stated in the Act.<sup>4</sup>

### Directors' duties and climate change

Germany is a civil law jurisdiction. The directors' duties are codified in the Act on Limited Liability Companies (GmbHG) and the Stock Corporation Act (AktG) and further concretised and detailed in case law. The AktG provides for a dual board system with different duties and responsibilities for management and supervisory board members. Whereas the management board is responsible for the day-to-day business and the company's strategic direction, the supervisory board is focused on controlling and monitoring the management board's decisions. Notwithstanding these different objectives, pursuant to Sections 93, 116 AktG, all board members owe the company a duty of care, duty of loyalty and duty of confidentiality and must exercise their duties 'for the benefit of the company'.<sup>5</sup> The duty of care requires the directors to 'exercise the diligence of a prudent and conscientious manager'.<sup>6</sup> Irrespective of the wide scope of directors' duty under German law, according to the codified business judgement rule, a management board member does not breach his or her duties if, when making a business decision, the management board member could reasonably assume, on the basis of appropriate information, that he was acting in the best interests of the company.<sup>7</sup>

Applying these standards to directors' duties on the risks resulting from climate change, BaFin has summarised in its guidance notice for regulated companies that the management board is responsible for the business and risk strategy and its communication and implementation within the company. Thus, as a first step, management board members are expected to understand climate risks and their potential impact on the company's business. Further, management board members are responsible to implement a risk culture and institutionalise process structures to control and oversee the impacts and implications of climate risks with a short, medium and long term perspective.<sup>8</sup> In addition, although the Directive 2014/96/EU and its implementations in German law are silent on directors' duties, the disclosure obligations at least implicitly oblige the management board members to develop an understanding and assess the impacts of climate change on the business, incorporate the results in the entity's strategic plans and scrutinise and challenge the company's resilience to climate change risks.

In Germany, currently, there is a widely observed litigation matter before the Higher Regional Court of Hamm (file no I-5 U 15/17) based on a complaint brought by a Peruvian farmer against a German energy provider (RWE) due to the consequences of climate change. The farmer is demanding that the defendant pays 0.47 percent of the cost of protective measures for his house and village. The farmer accuses the German company of being co-responsible for climate change through the greenhouse gas emissions it produces. The claimant believes that the consequences will cause a glacier in the Andes to melt, with meltwater threatening his house and village. In an oral hearing in November 2017, the judges considered a claim for compensation to be sufficiently pleaded as to move into the next procedural stage of evidence taking.

### Directors' disclosure obligations and climate change

The German government has implemented Directive 2014/95/EU, providing for disclosure obligations, inter alia, on the impact of climate change and the company's strategy therewith in a non-financial statement,<sup>9</sup> by means of the CSR-Directive-Implementation-Act in March 2017.<sup>10</sup> Pursuant to the new regulations in Sections 289b subsequent of the Commercial Code (HGB), in particular companies with more than 500 employees are obliged to amend their management report with a non-financial statement. Within this non-financial statement, the company has to address at least the following aspects: environmental issues (including greenhouse gas emissions, water consumption, air pollution, use of renewable and non-renewable energy), employee concerns, social concerns, human rights and the fight against corruption and bribery.<sup>11</sup> Further, with regard to these aspects, the non-financial statement has to provide information necessary for an understanding of the company's development and performance, its position and the effect of its activities on the aspects referred to above.<sup>12</sup> If the company does not adopt an approach with regard to one or more of these aspects, it must explain this clearly and justifiably in the non-financial statement. Although the implementation of Directive 2014/95/EU generally provides for a disclosure obligation for directors in relation to climate change risks and impacts, as an explicit exception, the company does not need to include in the non-financial statement any information on future developments or matters under negotiation if the information, according to sound business judgment, is likely to cause significant damage to the company.

<sup>1</sup> [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Merkblatt/dl\\_mb\\_Nachhaltigkeitsrisiken\\_en.html?sessionid=6F07F608B1C179F2B23784D432A65C71.2\\_cid394](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Merkblatt/dl_mb_Nachhaltigkeitsrisiken_en.html?sessionid=6F07F608B1C179F2B23784D432A65C71.2_cid394)

<sup>2</sup> [https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2020/03/200306\\_SFB-Zwischenbericht\\_EN.pdf](https://sustainable-finance-beirat.de/wp-content/uploads/2020/03/200306_SFB-Zwischenbericht_EN.pdf)

<sup>3</sup> <https://www.dcgk.de/en/code/foreword.html>

<sup>4</sup> [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBL#\\_bgbl\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl119s2513.pdf%27%5D\\_\\_1605199445200](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl119s2513.pdf%27%5D__1605199445200)

<sup>5</sup> Sections 93 para. 1, 116 para. 1 AktG

<sup>6</sup> Sections 93 para. 1, 116 para. 1 AktG

<sup>7</sup> Section 93 para. 1 AktG

<sup>8</sup> [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Merkblatt/dl\\_mb\\_Nachhaltigkeitsrisiken\\_en.html?sessionid=6F07F608B1C179F2B23784D432A65C71.2\\_cid394](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Merkblatt/dl_mb_Nachhaltigkeitsrisiken_en.html?sessionid=6F07F608B1C179F2B23784D432A65C71.2_cid394)

<sup>9</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0095&from=EN>

<sup>10</sup> Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 11.04.2017

<sup>11</sup> Section 289c para. 2 HGB

<sup>12</sup> Section 289c para. 3 HGB



Breaches of the disclosure obligations with regard to the non-financial statement under the HGB are sanctioned in different ways. The misrepresentation or non-disclosure of the company's relations in the non-financial statement is subject to criminal punishment and a board member may be liable to a prison sentence of up to three years.<sup>15</sup> Further, not at all or incompletely preparing a non-financial statement constitutes an administrative offence, possibly resulting in fines of up to EUR 10 million.<sup>16</sup> In addition, in the event of errors in the non-financial statement, the management board members violate their obligations under Section 93 AktG, which may result in liability for damages towards the company.

As an additional ramification, the implementation of the Directive 2014/95/EU has led to an amendment of the supervisory board's assignments, giving the supervisory board members the opportunity to instruct an external content review of the non-financial statement.<sup>17</sup>



Dr. Henning Schaloske



Dr. Isabelle Kilian



Dr. Rebecca Hauff

<sup>15</sup> Section 331 HGB

<sup>16</sup> Section 334 HGB

<sup>17</sup> Section 111 para. 1 AktG



## Deutschland soll die Nr. 1 beim autonomen Fahren werden – bis hierhin ist es noch ein weiter Weg

Die zunehmende Automatisierung von Fahrzeugen begleitet die Forschung und Wissenschaft schon seit einigen Jahren. Nach den Ende 2020 veröffentlichten Plänen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur soll Deutschland nunmehr international die Nummer 1 beim autonomen Fahren werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, hat das Ministerium einen Referentenentwurf zum Regelbetrieb für autonomes Fahren vorgelegt, der insbesondere die technischen Anforderungen an den Bau von Fahrzeugen mit autonomen Fahrfunktionen und die Pflichten der am Betrieb der Fahrzeuge beteiligten Personen neu regeln soll. Auch sollen dadurch die Vorschriften zur Ermöglichung der Erprobung von automatisierten und autonomen Kraftfahrzeugen angepasst und vereinheitlicht werden. Der angekündigte Zeitrahmen ist eng gesteckt: bis Mitte des Jahres 2021 soll das Gesetz verabschiedet werden und damit ermöglichen, dass bis zum Jahr 2022 Fahrzeuge mit autonomen Fahrfunktionen (Stufe 5) im Regelbetrieb am öffentlichen Straßenverkehr teilnehmen. Bei der avisierten Stufe 5 handelt es sich um die letzte Stufe der Fahrzeugautomatisierung: Das Fahrzeug bewegt sich vollautomatisiert und außer dem Festlegen des Ziels und Starten des Systems ist kein menschliches Eingreifen erforderlich. Bis hierin ist es technisch und auch rechtlich noch ein weiter Weg, denn derzeit ist in Deutschland nur ein teilautomatisiertes Fahren (Stufe 2) möglich, worunter insbesondere die Autobahnassistentensysteme wie Tempomat und Spurhaltesysteme zählen. Zwischenzeitlich hat sich das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz allerdings unter Hinweis auf unzureichenden Schutz personenbezogener Daten kritisch zu der derzeitigen Entwurfsfassung geäußert, weshalb sich die Verabschiedung über das Ende der aktuellen Legislaturperiode hinaus verzögern könnte. Diesem Widerstand zum Trotz hat der Bundesverkehrsminister seinen Gesetzesentwurf im Februar diesen Jahres ins Bundeskabinett eingebracht.

### Herausforderungen des geltenden Haftungsrechts

Unabhängig von den technischen Herausforderungen, denen sich die Automobilindustrie sowie Tech-Konzerne bereits seit Jahren stellen, werden mit fortschreitender Digitalisierung und Vernetzung auch verschiedenste Schadensszenarien (weiter) in den Fokus rücken und sowohl die Hersteller als auch die Versicherungswirtschaft beschäftigen. Die sich drängenden Haftungsfragen sollen nach dem jetzigen Stand durch die Reformbemühungen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur allerdings nicht weiter geregelt werden. So fokussiert sich der Gesetzesentwurf auf Änderungen des StVG, ohne darüber hinaus auch das (Produkt-)Haftungsrecht in den Blick zu nehmen.

Dabei stellt sich bereits bei der Anwendung von § 1 Abs. 1 ProdHaftG als zentrale Norm des deutschen Produkthaftungsrechts die Frage, wer als Hersteller und damit Haftungssubjekt in Betracht kommt, wenn das vollautomatisierte Fahrzeug verunfallt. Denn entwickelt sich die verbaute Software eigenständig auf Grundlage eines selbstlernenden Algorithmus stetig weiter und ist damit das Fahrzeug im Schadensfall letztlich nicht mehr das Produkt, welches ursprünglich auf den Markt gebracht wurde, ist zumindest fraglich, wer als Haftungssubjekt in Betracht kommt. Neben dem Hersteller der Karosserie sowie dem Softwarehersteller käme aufgrund der Vollautomatisierung und damit Verselbständigung des Fahrzeugs grundsätzlich auch das Fahrzeug selbst als Anspruchsgegner in Betracht.

Eine Haftung von smarten Produkten ist indes rechtlich bislang nicht vorgesehen und wird in der einschlägigen Literatur zu Recht abgelehnt. Damit bleibt bei digitalen Systemen, wie vollautomatisierten Fahrzeugen, letztlich offen, wen das geltende Recht als „Endhersteller“ im Sinne eines verantwortlichen Systembetreibers identifiziert.

Ähnliche Probleme wie beim Herstellerbegriff stellen sich auch bei der Anwendung der Fehlerdefinition nach § 3 ProdHaftG. Insofern erscheint es einerseits naheliegend, dass ein Nutzer auch bei vollautomatisierten Fahrzeugen keine völlige Risikofreiheit wird erwarten dürfen. Andererseits wird der beteiligte (Rechts-)Verkehr wohl zu Recht die Erwartung haben, dass angesichts der mit automatisierten Fahrzeugen verbundenen Risiken eine Gefahr für Leib und Leben bestmöglich ausgeschlossen ist. Auch für die hierfür erforderliche Nutzen-Risiko-Abwägung im Einzelfall werden zukünftig Lösungen und (gerichtliche) Leitlinien notwendig werden. Weitere Spannungen sind vor dem Hintergrund der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zu erwarten. Diese liegt hinsichtlich des Produktfehlers nach der bisherigen Konzeption des ProdHaftG bei dem Anspruchsteller. Angesichts der für den Geschädigten praktisch kaum möglichen Beweisführung hat die Europäische Kommission im Bericht vom 19.02.2020 eine Meinungserhebung dazu angekündigt, ob und in welchem Umfang es erforderlich sein könnte, die Folgen der mit der Digitalisierung verbundenen Komplexität abzumildern, indem für Schäden, die durch den Betrieb oder Einsatz von Künstliche Intelligenz verursacht werden, die in den nationalen Haftungsregelungen vorgesehene Darlegungs- und Beweislast erleichtert oder umkehrt wird. Zudem soll nach Ansicht der Europäischen Kommission der Produktbegriff in der dem ProdHaftG zugrunde liegenden Produkthaftungsrichtlinie präzisiert werden, um den neuen Technologien besser Rechnung zu tragen. Schließlich soll der auch in § 3 ProdHaftG verwendete Begriff des Inverkehrbringens unter Umständen abgeändert werden, um zu klären, wer für Änderungen haftbar ist.

Wie diese Anpassungen konkret aussehen sollen und wann eine Änderung der Produkthaftungsrichtlinie in Kraft tritt, ist indes noch offen.

Neben den Schwierigkeiten bei der Anwendung des Produkthaftungsrechts auf die neue Technologie des autonomen Fahrens stellen sich ähnliche Fragen auch im Rahmen der Produzentenhaftung. Hinsichtlich der für das Haftungsrecht elementaren Entscheidung über die Zuordnung von Verantwortlichkeiten werden insofern verschiedene Lösungsansätze diskutiert. Zum einen könnte das autonome System als digitaler Erfüllungsgehilfe qualifiziert und dessen Pflichtverletzungen dem Nutzer zugerechnet werden. Allerdings gilt eine derartige Zurechnung für fremdes Verschulden nur innerhalb vertraglicher Haftungsbeziehungen. Zum anderen wird vorgeschlagen, das Fahrzeug als autonomes System als digitalen Verrichtungsgehilfen einzuordnen. Dies hätte zur Folge, dass derjenige, der das Verhalten des autonomen Systems durch digitale Weisungen steuert, als Geschäftsherr zu qualifizieren und einer Haftung nach § 831 BGB unterworfen wäre. Für diesen Lösungsansatz spricht zwar, dass die für einen Verrichtungsgehilfen wesentlichen Merkmale der Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit auf digitale Gehilfen noch mehr zutreffen als auf menschliche. Allerdings handelt es sich bei § 831 BGB gerade nicht um eine Zurechnungsnorm, weshalb dem Geschäftsherrn, der das vollautomatisierte Fahrzeug ja gerade nicht beeinflussen kann, der Entlastungsbeweis wohl leicht gelingen wird.

Damit bleibt bei dem Einsatz von autonomen Fahrzeugen auf den ersten Blick im Wesentlichen die Gefährdungshaftung für Straßenverkehrsunfälle nach § 7 StVG. Danach haftet der Halter eines Kfz verschuldensunabhängig für Rechtsgutsverletzungen, die beim Betrieb des Fahrzeugs entstehen. Daneben zwingt das PflVersG den Halter des (autonomen) Kfz dazu, das aus Straßenverkehrsunfällen resultierende Haftungsrisiko zu versichern. Steht allerdings eine fehlerhafte Entscheidung des autonomen Fahrzeugs als Unfallursache im Raum, stellen sich im Rahmen des Regresses des Pflichtversicherers ebenfalls die oben ausgeführten Haftungsfragen.

## Schließen von (potentiellen) Haftungslücken durch Versicherungslösungen?

Angesichts der Schwierigkeiten bei der Anwendung des derzeit geltenden Haftungsrechts auf Schadensfälle unter Mitwirkung autonomer Fahrzeuge könnte der Versicherungswirtschaft eine Schlüsselrolle bei der Schließung potentieller Haftungslücken zukommen. Neben einer (generellen) Gefährdungshaftung für Nutzer digitaler Systeme nach dem Vorbild von § 7 StVG in Verbindung mit einer Pflichtversicherung, die auch durch das autonome Fahrzeuge verursachte Schadensfälle abdeckt, kommt auch die Möglichkeit in Betracht, eine Gefährdungshaftung für Hersteller autonomer Systeme nebst Versicherungslösung einzuführen. Schließlich erscheint es denkbar, die mit autonomen Fahrzeugen und anderen digitalen Systemen verbundenen Schadensrisiken durch einen kollektiven Versicherungsschutz – vergleichbar mit der gesetzlichen Unfallversicherung – abzudecken. Auch die Europäische Kommission scheint einer versicherungsrechtlichen Lösung gegenüber nicht ganz abgeneigt zu sein und hat daher eine Meinungsumfrage gestartet, ob das auf dem Einsatz neuer Technologien beruhende Schadensrisiko durch die Einführung einer Pflichtversicherung abgemildert werden soll. Die bisherigen Reaktionen hierauf seitens der Versicherungswirtschaft waren indes verhalten. Allerdings bieten die geplante Vollautomatisierung von Fahrzeugen – wie auch die fortschreitende Digitalisierung insgesamt – den Versicherungen auch neue Geschäftschancen und Möglichkeiten, sich etwa durch neue Deckungskonzepte aktiv in die Diskussion einzubringen.

## Zusammenfassung und Ausblick

Auch wenn die Industrie die Technik für ein vollautomatisiertes Fahren schon bereithält, hinkt der geltende Rechtsrahmen der fortschreitenden Digitalisierung (nicht nur) im Bereich der Mobilität noch hinterher. Insbesondere die Zuordnung von Verantwortlichkeiten und damit die Frage der potentiellen Haftungssubjekte bei dem Einsatz vollautomatisierter Fahrzeuge ist weiter offen. Eine Lösung ist auch durch eine Überarbeitung der vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur angekündigten Gesetzesänderung nicht zu erwarten. Auch eine Reform der Produkthaftungsrichtlinie ist bislang nicht in Sicht. Die sich hieraus ergebenden Haftungslücken bieten der Versicherungswirtschaft die Möglichkeit, sich durch innovative Deckungskonzepte einzubringen und die Diskussion aktiv voranzutreiben.



Dr. Isabelle Kilian



## Update zu den Brustimplantate-Verfahren: TÜV Rheinland muss zahlen

Die gerichtlichen Auseinandersetzungen rund um die Herstellung mangelhafter Silikon-Brustimplantate durch den mittlerweile insolventen französischen Hersteller Poly Implant Prothèse (PIP) sind auch mehr als zehn Jahre nach Aufdeckung des Skandals nicht abgeschlossen. Nunmehr zeichnen sich in Frankreich neue Entwicklungen ab.

### Hintergrund

Der TÜV Rheinland war in den Jahren 1997 bis 2010 als benannte Stelle im Sinne der Europäischen Medizinprodukterichtlinie an dem Konformitätsbewertungsverfahren der von PIP hergestellten Silikon-Brustimplantate beteiligt und hatte das Qualitätssicherungssystem von PIP wiederholt zertifiziert. Seitdem französische Aufsichtsbehörden im März 2010 das Inverkehrbringen und den Gebrauch von Silikon-Brustimplantaten von PIP untersagt haben, sind nicht nur in Deutschland eine Vielzahl von Gerichtsverfahren gegen den TÜV Rheinland anhängig. Dabei werfen die jeweils betroffenen Patientinnen der Beklagten im Wesentlichen vor, bei der Zertifizierung der Produktion der Brustimplantate durch PIP seine Pflichten verletzt zu haben. Bereits in den vergangenen Jahren haben sich sowohl deutsche und französische Gerichte als auch der Europäische Gerichtshof mit einer Vielzahl von Verfahren im Zusammenhang mit den mangelhaften PIP-Brustimplantaten auseinandergesetzt. Hinsichtlich der Haftung des TÜV Rheinland hatte insofern zuletzt der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 27.02.2020 festgestellt, dass eine deliktische Haftung grundsätzlich in Betracht komme.

### Berufungsgericht in Aix-en-Provence bestätigt Haftung

Mit Urteil vom 11.02.2021 hat nunmehr das Berufungsgericht in Aix-en-Provence die Entscheidung des Handelsgerichts in Toulon aus dem Jahr 2017 bestätigt. Damals hatten die Richter den TÜV Rheinland zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von etwa EUR 60 Mio. an etwa 20.000 Frauen verurteilt. Nachdem der TÜV Rheinland den Betroffenen auf Grundlage der Entscheidung des Handelsgerichts in Toulon bereits vorläufig Schadensersatz in Höhe von jeweils etwa 3.000 gezahlt hatte, hat das Berufungsgericht der Schadensersatzklage von 13.456 der insgesamt 20.000 Klägerinnen stattgegeben. Die Richter waren – ähnlich den Feststellungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 27.02.2020 – der Auffassung, dass der TÜV Rheinland nach der Europäischen Medizinprodukterichtlinie verpflichtet gewesen wäre, die Herkunft des verwendeten Silikons zu prüfen. Bei der insofern erforderlichen Kontrolle wäre offenbar geworden, dass bei der Herstellung der Brustimplantate nicht ausschließlich das zugelassene Silikon verwendet wurde. Der TÜV Rheinland sieht sich selbst als Opfer der Täuschung von PIP und prüft nun mögliche Rechtsmittel gegen das Berufungsurteil. Eine endgültige Entscheidung zur Haftung des TÜV Rheinland steht damit (wohl) weiterhin aus.



Dr. Isabelle Kilian



## “Junge Versicherer - Aller Anfang ist teuer” Veröffentlichung der BaFin zur Eigenmittelausstattung von Insurtechs

Im Januar hat die BaFin in ihrem Journal einen Artikel und technische Erläuterungen zu den Anforderungen der Eigenmittelausstattung von Insurtechs veröffentlicht. In der deutschen Insurtech Szene, die wenige echte Versicherer ausweist, löste dies einen Sturm der Entrüstung aus, da es nach Ansicht der Szene die Genehmigung und den Betrieb im Aufbau eines jungen Versicherers erheblich erschwert, eben wie die BaFin selbst titelt „Aller Anfang ist teuer“.

### Hintergrund

Nach der Definition der BaFin sind Insurtechs, technik-affine junge Versicherungsunternehmen mit einer Genehmigung zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts nach dem VAG. Dazu gehören also nicht die zahlreichen Insurtechs, die als Asskuraeur, Makler oder ander Vermittlerformen lizenziert sind und auch nicht alle genehmigungsfreien Tech Startups, die Teile des Prozesses im Lebenszyklus eines Versicherungsvertrages herausgelöst haben und nur einen Prozessschritt digitalisieren.

Für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts gilt in ganz Europa, jeweils nach Maßgabe der nationalen Umsetzung, Solvency II mit seinem risikobasierten Ansatz. Oberstes Ziel ist die Risiken aller Versicherungsunternehmen angemessen zu reflektieren, in der Governance ebenso wie im aufsichtsrechtlich erforderlichen Kapital. In dieser qualitativen Betrachtung der Risiken des einzelnen Versicherungsunternehmens bzw. einer Gruppe gleichartiger Versicherungsunternehmen, hat die BaFin nun deutlich kommuniziert welche Risiken -abweichend von den bereits etablierten Versicherern bei den Insurtechs eine Berücksichtigung finden müssen und sich damit -nach der Erwartungshaltung der BaFin- in der Kapitalanforderung niederschlagen.

Neu zu bewerten sind die Organisationsfonds und die versicherungstechnischen Rückstellungen.

### Organisationsfonds:

Demnach geht die BaFin künftig von einem höheren Organisationsfonds aus, einen solchen hat jeder Versicherer zu dotieren um den Anlauf und Aufbau des Geschäftsbetriebes vorzufinanzieren. Der Organisationsfonds ist nach HGB als Gewinnrücklage ein Eigenkapitalbestandteil und damit nach Solvency II auch Eigenmittel. Die BaFin stellt für Insurtechs klar, dass IT -Aufbaukosten auf lange Sicht zu finanzieren sind, um einen nachhaltigen, erfolgreichen Aufbau zu ermöglichen. Der Orgafonds soll -und diese Anforderung ist für jedes Start-up schmerzhaft- unter Berücksichtigung aller erwarteten, realistisch prognostizierten Verluste von der Gründung bis zum Zeitpunkt des ersten Gewinns abdecken. Er ist zweckgebunden, die Mittel berechnen sich nur nach dem prognostizierten Aufwand für den Aufbau, sie decken keine unerwarteten Verluste ab. Er soll demnach erst vollständig aufgebraucht sein, wenn die Gesellschaft Gewinn macht, ein „Aufbaukostenzuschuss“ mithin nicht mehr erforderlich ist.

Kombiniert mit dem Mittelaufwand für den nachhaltigen Aufbau der IT ist diese Anforderung diametral gegenläufig zur Struktur der Finanzierung von Insurtechs, die sich über Finanzierungsrunden in jeder Entwicklungsphase ansteigend mehr und längerfristiges Kapital von Investoren sammeln, also tatsächlich in jeder Runde die Unsicherheit überwinden müssen, die mit Investoren-Entscheidungen, die auch vom wirtschaftlichen Umfeld beeinflusst sind, verbunden sind.

Bei der Kapitalbeschaffung haben es grundsätzlich Start-ups leichter, die bereits eine Genehmigung zum Geschäftsbetrieb haben, haben sie doch durch die Erteilung des Vertrauens der BaFin und zu einem gewissen Grad die Tragfähigkeit ihres Geschäftsmodells bewiesen. Für die Insurtechs in Entwicklung wird das möglicherweise ein klassisches Henne-Ei-Problem, das vermutlich weniger Investoren bereit sind für die Unternehmen zu lösen.

### Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellung

Das alles wäre eigentlich kein Thema, da der Organisationsfonds ja die Eigenmittel nach HGB und Solvency II erhöht. In den technischen Ausführungen legt die BaFin auch dazu die Erwartung dar:

Insurtechs haben am Beginn Anlaufkosten, Verwaltungskosten und Gemeinkosten (mit einem Fokus auf den IT Kosten (Architektur, Schadenkosten, Kosten für den digitalen Vertrieb und Werbung) in den vt Rückstellung zu berücksichtigen und die höhere Unsicherheit abzubilden. Die Kosten haben die Unternehmen bei der Projektion dem Bestandsgeschäft und nicht dem unsicheren Neugeschäft zu zuordnen. Damit erhöht sich die vt Rückstellung nicht unerheblich und der Vorteil aus dem höher dotierten Orgafonds wird vollständig neutralisiert. Wiederum macht die BaFin deutlich, die Aufbauphase endet erst, wenn das Unternehmen ohne Kapitaleinschüsse profitabel ist. Die BaFin erwartet ausführliche, prüfbare Erläuterungen zu diesen Prognosen im SFCR Bericht. Schließlich stellen die technischen Ausführungen zwei Berechnungsmethoden dar, einen Add-on Ansatz und einen Ansatz über Abschlagsfaktoren und weisen nochmals darauf hin, dass nicht alle Rückversicherer die Anlaufkosten mitdecken.

### ORSA

Die Bedeutung und die Unsicherheit, die mit Finanzierungsrunden einhergeht ist oben angedeutet. Es hängt nicht immer nur von der Qualität der Idee, dem Team und dem Status des Insurtechs ab, auch das wirtschaftliche Gesamtumfeld spielt eine Rolle. Derzeit ist viel Investorengeld im Markt. Das geht aber eher an Makler und etablierte, oder solche Insurtechs, die schon lange die schwierige Aufbauphase hinter sich haben.

Der ORSA soll also in seinen Szenarien den möglichen Ausgang von solchen Finanzierungsrunden berücksichtigen und die Ergebnisse ebenfalls einpreisen.

Deutlich wird, nach der Genehmigung zum Geschäftsbetrieb gibt es keinen Welpenschutz, auch scheinen Erleichterungen nach dem Grundsatz der Proportionalität kaum erreichbar, eher entsteht der Eindruck, dass die Einzelfallbetrachtung die Eigenmittelanforderung und die vt Rückstellung im Prinzip bei jungen Unternehmen erhöht.

Das ist eben keine „Sandbox“, das ist der echte Versicherungsbetrieb, der Kosten und Schäden von Tag 1 an voll deckt. Die offene Frage ist, worauf zielt die berechtigte Kritik der Insurtechs Szene ab, aus der bestehenden EU-weiten Aufsicht wird man sich nicht befreien können, wenn die Genehmigung zum Geschäftsbetrieb erteilt ist. Fehlt der Schritt davor in Deutschland, eine Sandbox die die Überlebensfähigkeit attestiert, bevor „der teure Anfang“ gemacht ist?



Eva-Maria Barbosa



## Die europäische Offenlegungsverordnung kommt:

Ab dem 10.03.2021 gilt die neue europäische Offenlegungsverordnung (Verordnung (EU) 2019/2088). Danach müssen verschiedene Unternehmen des Finanzsektors offenlegen, wie nachhaltig bestimmte Finanzprodukte sind und inwieweit sie ökologische und soziale Kriterien und Standards der guten Unternehmensführung beachten. Das relevante Finanzprodukt für die Versicherungsindustrie sind die IBIBs - „insurance-based investment products“. Die auch in Deutschland gebräuchliche Abkürzung für Versicherungsanlageprodukte erfasst Produkte, die einen Fälligkeitwert oder einen Rückkaufwert beinhalten, der vollständig oder teilweise direkt oder indirekt von Marktschwankungen abhängt.

Die Verordnung zielt auf Transparenz; doch zunächst sorgt sie für einige Unklarheiten bei der Anwendung. Dies liegt zum einen daran, dass sie auf delegierte Rechtsakte verweist, die erst im Laufe des Jahres 2021 zu erwarten sind. Zum anderen sind auch einige Inhalte und Zeitpunkte unklar – augenscheinlich auch für die Aufsicht selbst: Die drei Europäischen Aufsichtsbehörden (European Supervisory Authorities – ESAs) haben daher mit Unterstützung der BaFin im Januar 2021 einen Brief an die Europäische Kommission geschrieben, in dem sie um mehr Klarheit bitten.<sup>1</sup>

### Einige wesentliche Unsicherheiten:

- Ab wann sind Kunden über nachteilige Auswirkungen von Investitionsentscheidungen zu informieren?
- Ab wann müssen die geforderten vorvertraglichen Informationen vorliegen?
- Wann zielt ein Finanzprodukt wirklich auf eine nachhaltige Investition ab und wann weist es nur einzelne ökologische oder soziale Merkmale auf? Insbesondere, welches Mischungsverhältnis ist bei Finanzprodukten zulässig, die in ein breites Portfolio aus Aktien und Anleihen investieren?

### Wichtige Ausnahmen:

- Große Finanzmarktteilnehmer müssen erst ab dem 30.06.2021 offenlegen, ob und wie sich Investitionsentscheidungen nachteilig auf die Nachhaltigkeit auswirken.
- Unternehmen sind erst ab dem 01.01.2022 verpflichtet, Anleger im Sinne von Art 8 und 9 der Verordnung in regelmäßigen Berichten über ökologische und soziale Merkmale ihrer Finanzprodukte zu informieren.

### Beziehung zur Taxonomieverordnung

Ab Anfang 2022 gelten für bestimmte Finanzprodukte zusätzliche vorvertragliche und periodische Informationspflichten. Für alle Finanzprodukte, die nicht unter die Offenlegungsverordnung fallen, verlangt die Taxonomieverordnung dann einen Warnhinweis.

### Einzelne Berichtspflichten

Eine Tabelle zum Beginn der einzelnen Berichtspflichten ist auf der BaFin-Internetseite abrufbar.<sup>2</sup>

### Ausblick

Zur Frage des Umgangs mit den aktuell noch bestehenden Unsicherheiten äußert sich die BaFin mit Augenmaß: Sie erwartet von den Unternehmen, sich bestmöglich auf das Inkrafttreten der delegierten Rechtsakte vorzubereiten und sich dabei- unter Verweis auf die EU-Kommission - an den Entwürfen der ESAs zu orientieren.<sup>3</sup>



Petra Scheida, LL.M.



Anika Rothe, LL.M.

<sup>1</sup> [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl\\_Uebersicht\\_Offenlegungspflichten\\_BJ2102\\_Sustainable\\_Finance.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl_Uebersicht_Offenlegungspflichten_BJ2102_Sustainable_Finance.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

<sup>2</sup> [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl\\_Uebersicht\\_Offenlegungspflichten\\_BJ2102\\_Sustainable\\_Finance.html?jsessionId=E1007FAD07BBD55DA528E57E3D9683B9\\_1\\_cid383](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Anlage/dl_Uebersicht_Offenlegungspflichten_BJ2102_Sustainable_Finance.html?jsessionId=E1007FAD07BBD55DA528E57E3D9683B9_1_cid383)

<sup>3</sup> BaFin Journal 02./2021, Seite 38, [https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2020/bj\\_2002.html](https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFinJournal/2020/bj_2002.html)



## Brexit: Zukünftige Regulierung deutschen Versicherungsgeschäfts durch UK Versicherer

Die BaFin hat die Durchführung und Abwicklung des deutschen Bestandsgeschäfts grenzüberschreitend tätiger Versicherer aus dem Vereinigtem Königreich und Gibraltar nach dem endgültigem Brexit nun geregelt. Wichtigster Punkt ist der Verzicht auf eine Erlaubnis nach § 67 Abs. 1 VAG. Im Detail ergeben sich aber noch einige interessante Fragen, z.B. in Bezug auf Rückversicherungs- und Gruppenversicherungsverträge.

Mit der Allgemeinverfügung zur Durchführung und Abwicklung der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Versicherern und EbAV aus UK und GI vom 31.12.2020 und gültig ab dem 01.01.2021 (im Folgenden die „Verfügung“) hat die BaFin zeitnah eine hilfreiche Klärung herbeigeführt.

Versicherungsunternehmen und Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge („EbEV“) mit Sitz im Vereinigten Königreich und Gibraltar, die bis zum Ablauf des vereinbarten Übergangszeitraum am 31.12.2020 unter dem europäischen Passporting System zur Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit in Deutschland berechtigt waren, dürfen ihr Bestandsgeschäft fortführen und abwickeln.

### Was regelt die Verfügung im Einzelnen?

Für die Abwicklung und Fortführung des Bestandsgeschäfts wird keine Erlaubnis nach § 67 Abs.1 VAG benötigt.

Allerdings sind Erstversicherungsverträge und Verträge in Bezug auf die betriebliche Altersvorsorge, sofern und sobald rechtlich zulässig, unverzüglich zu kündigen.

Die Durchführung des Bestandsgeschäfts ist bis zum Vollzug einer bis zum 31.12.2020 eingeleiteten Bestandsübertragung auf ein in Deutschland zugelassenes Unternehmen zulässig. Eine Kündigungsnotwendigkeit besteht insofern nicht.

Während der zulässigen Fortführungs- und Abwicklungszeiträume bestehen für die betroffenen Unternehmen diverse Meldepflichten gegenüber der BaFin.

In Detail knüpfen sich daran einige Fragen, von denen die Folgenden hier aufgegriffen werden sollen:

- Was bedeutet „rechtlich zulässige Kündigung“?
- Welche Regelung gilt für Rückversicherungsverträge?
- Was bedeutet „Fortführung und Abwicklung“ in Bezug auf Gruppenversicherungsverträge?

Das zutreffende Verständnis einer rechtlichen zulässigen Kündigung ergibt sich aus dem Kontext. Die BaFin hat in Ziff 1 der Verfügung zunächst statuiert, dass für die Abwicklung und Fortführung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit keine Erlaubnis nach § 67 Abs. 1 VAG benötigt wird. Daraus folgt, dass für eine außerordentliche Kündigung nach § 305 BGB – an die als rechtlich ebenfalls zulässige Kündigungsart auch zu denken gewesen wäre – kein relevanter Anknüpfungspunkt mehr besteht: Da eine Erlaubnis nicht notwendig ist, besteht keine etwaige Dilemma-Situation, unter der die Fortführung und Abwicklung der Verträge als aufsichtswidriger Zustand und somit als Grund für eine außerordentliche Kündigung hätte betrachtet werden können. Gemeint ist also nur die rechtlich zulässige ordentliche Kündigung wie vertraglich vereinbart bzw. nach § 11 VVG.

Positiv hervorzuheben ist, dass es keine komplizierte Regelung für etwaige Langläufer gibt und auch ein nichtkündbarer Bestand aufsichtsrechtlich unproblematisch bis zum Ablauf fortgeführt und abgewickelt werden kann.

In Bezug auf Rückversicherungsverträge ist hervorzuheben, dass das Erfordernis einer Kündigung - soweit und sofern rechtlich zulässig - nur für Erstversicherungsverträge und EbEV ausgesprochen wurde. Bestandsrückversicherungsverträge dürfen somit ohne Kündigungserfordernis nach Ziff 2 der Verfügung und nach Ziff 1 ohne Erlaubnis nach § 67 Abs. 1 VAG fortgesetzt und abgewickelt werden. Hintergrund dieser Sonderstellung wird zunächst sicherlich sein, dass das Erfordernis einer Kündigung praktisch weniger relevant ist, da es sich weitgehend um Ablaufpolicen ohne automatische Verlängerung handelt. Man könnte die abweichende Regelung für Rückversicherungsverträge aber auch im Lichte einer möglichen EU-Äquivalenzentscheidung für reine Rückversicherer aus UK und Gibraltar betrachten. Möglicherweise sollten während des Prüfungs- und Entscheidungsprozess auf EU-Ebene keine laufenden Geschäftsbeziehungen unterbrochen werden.

Die Verfügung enthält keine spezifische Aussage für Gruppenversicherungsverträge. Auch hier gilt zunächst die Regelung für Erstversicherer und EbEV, also die Aussetzung der Notwendigkeit einer Erlaubnis nach Ziff 1 der Verfügung und das Kündigungserfordernis der Verträge nach Ziff 2 der Verfügung. Allerdings erscheint der Umfang der zulässigen Fortführung und Abwicklung bis zu diesem Zeitpunkt nicht ganz eindeutig. Insbesondere die Frage, ob in einen bestehenden Gruppenversicherungsvertrag weitere Versicherte oder Risiken im vertraglich vorgesehenen Umfang eingebracht werden können oder ob der Zustand des Gruppenversicherungsvertrages am 31.12.2020 sozusagen eingefroren und nur in diesem Umfang fortgesetzt und abgewickelt werden kann. Für letzteres spricht ein vergleichender Blick auf die Situation bei der EbEV. Nach Ziff 2 der Verfügung dürfen keine neuen Versorgungszusagen für Arbeitnehmer eines

notifizierten Arbeitgebers übernommen werden. Hier besteht eine gewisse Vergleichbarkeit zur Situation in einem Gruppenversicherungsvertrag. Übertragen würde es bedeuten, dass der Gruppenversicherungsnehmer keine neuen versicherten Personen oder Risiken in den Vertrag aufnehmen kann. Dagegen spricht der von der BaFin in der Begründung der Verfügung aufgeführte beabsichtigte Schutz der inländischen Versicherungsnehmer.

Mit einem „eingefrorenen“ Gruppenversicherungsvertrag ist dem Gruppenversicherungsnehmer nicht vollumfänglich geholfen. Für die Weiterführung seines mit dem Gruppenversicherungsvertrag beabsichtigten Zwecks müsste er umgehend einen weiteren Gruppenversicherungsvertrag für neue versicherte Personen oder Risiken abschließen. Es bleibt abzuwarten ob und wie sich die BaFin zu dieser Frage positioniert.



Petra Scheida, LL.M.



## Aktuelle Rechtsprechung

### OLG Stuttgart: Kein Versicherungsschutz für coronabedingte Betriebsschließungen in der Betriebsschließungsversicherung

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat am 18.02.2021 in zwei Entscheidungen<sup>1</sup> die Klagen von Gastronomen zurückgewiesen, die aufgrund der im März 2020 angeordneten Schließungen ihrer Betriebe Versicherungsleistungen aus einer Betriebsschließungsversicherung beanspruchten.

In einem Verfahren (7 U 351/20) liegen dem Vertrag Versicherungsbedingungen zugrunde, nach denen der Versicherer u.a. Entschädigung leistet, wenn die zuständige Behörde aufgrund des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) beim Auftreten meldepflichtiger Krankheiten oder Krankheitserreger den versicherten Betrieb oder eine versicherte Betriebsstätte zur Verhinderung der Verbreitung von meldepflichtigen Krankheiten oder Krankheitserregern beim Menschen schließt. Dabei ist weiter bestimmt, dass meldepflichtige Krankheiten und Krankheitserreger „die folgenden, im Infektionsschutzgesetz in den §§ 6 und 7 namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserreger“ sind. Es schließt sich eine Aufzählung an, in der zahlreiche Krankheiten bzw. Krankheitserreger genannt sind, aufgeführt sind aber weder die „Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“ noch das „Corona-Virus“, die mit Geltung ab dem 23. Mai 2020 im Infektionsschutzgesetz aufgeführt sind.

Im zweiten Verfahren (7 U 335/20) ist in den Versicherungsbedingungen bestimmt, dass der Versicherer für den Fall, dass die zuständige Behörde aufgrund von Gesetzen zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen im Einzelnen aufgeführte Maßnahmen, zu denen auch eine Betriebsschließung zählt, ergriffen hat, eine Entschädigungsleistung erbringt. Weiter heißt es im Vertrag: „Meldepflichtige Krankheiten oder meldepflichtige Krankheitserreger im Sinne dieses Vertrages sind nur die im Folgenden aufgeführten“; daran schließt sich wiederum eine umfangreiche Aufzählung an, die die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) oder das „Corona-Virus“ ebenfalls nicht umfasst.

Der 7. Zivilsenat hat entschieden, dass infolge der fehlenden Berücksichtigung in der Aufzählung eine Betriebsschließung aufgrund der Corona-Pandemie nicht dem Versicherungsschutz unterfalle. Die Versicherungsbedingungen enthielten jeweils abgeschlossene und nicht erweiterbare Kataloge, sie könnten nicht im Sinne einer dynamischen Verweisung auf die jeweils geltenden Regelungen des Infektionsschutzgesetzes verstanden werden. Die vertraglichen Regelungen seien für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer einer für Gewerbetreibende angebotenen Betriebsschließungsversicherung nicht überraschend und nicht intransparent; sie hielten auch ansonsten einer Inhaltskontrolle stand.

Im Verfahren 7 U 351/20 hat der 7. Zivilsenat die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen, im Verfahren 7 U 335/20 hingegen nicht (Pressemitteilung des OLG Stuttgart vom 18.02.2021).

### OLG München: Keine Haftung des Versichertenanwaltes nach Erteilung einer Deckungszusage durch den Rechtsschutzversicherer

Das Oberlandesgericht München<sup>2</sup> hat einen Schadensersatzanspruch eines Rechtsschutzversicherers aus übergegangenem Recht (§ 86 Abs. 1 VVG) gegen den Anwalt des Versicherungsnehmers aufgrund der Erhebung einer aussichtslosen Klage versagt, für die der Rechtsschutzversicherer auf Grundlage einer auch weiterhin zutreffenden Sachverhaltsaufklärung eine Deckungszusage erteilt hat.

In dem zugrundeliegenden Sachverhalt wollte der Versicherungsnehmer gegen einen Staatsanwalt wegen angeblich diskriminierenden Verhaltens zivilrechtliche Ansprüche durchsetzen. Die Klage scheiterte an der fehlenden Passivlegitimation des Staatsanwaltes, der nicht als Privatperson, sondern im Rahmen seiner Amtstätigkeit gehandelt habe.

Indem der beklagte Rechtsanwalt die Erfolgsaussichten Klage gegenüber dem Versicherungsnehmer als (äußerst) gering darstellte, obwohl die Klage tatsächlich ohne (jegliche) Erfolgsaussicht war, habe er grundsätzlich seine anwaltliche Aufklärungspflicht verletzt. Allerdings sei die Unterscheidung zwischen einer (äußerst) geringen und einer fehlenden Erfolgsaussicht teilweise sehr schwierig. In diesen Fällen sei es daher in Absprache mit dem Mandanten zulässig, die Klageerhebung unter die Bedingung einer Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung zu stellen. Die Versicherung habe darüber hinaus gem. § 128 VVG die Erfolgsaussichten vor der Deckungszusage selbst nochmal einmal zu prüfen und eine entsprechende Kosteneinschätzung vorzunehmen. Eine Pflichtverletzung liege daher nicht vor.

Darüber hinaus sei keine Kausalität zwischen der fehlerhaften Beratung und der Klageerhebung gegeben. Der Mandant des Beklagten habe die Klageerhebung vielmehr von der (kostenfreien) Deckungszusage seiner Rechtsschutzversicherung und nicht von der anwaltlichen Beratung abhängig gemacht.

Das Gericht weist zudem darauf hin, dass der Versicherungsnehmer bzw. ein in dessen Auftrag handelnder Rechtsanwalt gegenüber einer Rechtsschutzversicherung nur über den Sachverhalt aufklären, jedoch keine rechtlichen Bewertungen machen müsse. Daher sei ein Rechtsanwalt auch nicht verpflichtet, auf eine etwaige Aussichtslosigkeit der Klage seines Mandanten hinzuweisen.

### OLG Frankfurt a.M.: Zur Haftung des Verkäufers bei Aktiengeschäften über den Dividendenstichtag (cum-ex-Geschäfte)

In seinem Urteil vom 02.07.2020 hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main<sup>3</sup> entschieden, dass den Verkäufer von Aktien über den Dividendenstichtag (cum-ex) keine kaufvertragliche Nebenpflicht aus §§ 20, 44 EstG 2007 i.V.m. §§ 433, 241 BGB trifft, die beim Aktienverkauf anfallende Kapitalertragssteuer zu übernehmen. Für solche Geschäfte, bei denen ein inländischer Steuervorteil den Schwerpunkt bildet, schuldet der Verkäufer dem Käufer über die Lieferung der Aktien hinaus lediglich die sog. Nettokompensation.

In dem zugrunde liegenden Fall erwarb die Klägerin in der ersten Jahreshälfte von 2007 bei einer deutschen Zweigniederlassung der französischen Beklagten 35 Aktienpakete für rund EUR 3,167 Mrd. Die Zweigniederlassung wurde zwischenzeitlich geschlossen. Der Erwerb der Aktienpakete erfolgte an dem Tag vor der Hauptversammlung der entsprechenden Unternehmen bzw. an dem Tag der Hauptversammlung selbst. Vereinbart wurde eine Lieferfrist „t+2“, wonach die Lieferung zwei Tage später nach der Hauptversammlung und der damit verbundenen Ausschüttung der Dividende erfolgte. Durch die Dividendenausschüttung erlitten die Aktienpakete zwischenzeitlich einen Wertverlust, der durch eine Dividendenkompensationszahlung ausgeglichen werden sollte. Diese Kompensationszahlung erfolgte in Höhe der Nettodividende, also den u.a. durch die Kapitalertragsteuer geminderten Dividendenbetrag.

<sup>1</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 18.02.2021 7 U 351/20 und 7 U 335/20

<sup>2</sup> OLG München, Urt. v. 25.11.2020 - 15 U 2415/20

<sup>3</sup> OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 02.07.2020 1 U 111/18

Um die Lieferpflicht erfüllen zu können, schloss die Beklagte entsprechende Deckungsgeschäfte (sog. back-to-back-Transaktion). Die Klägerin verpflichtete sich ihrerseits im Rahmen eines Termingeschäfts auf Vermittlung der Beklagten, die Aktienpakete zu einem späteren Zeitpunkt wieder zu veräußern. Die steuerliche Anrechnung der für die Dividende angefallenen Kapitalertragssteuer wurde der Klägerin daraufhin von dem Finanzamt versagt. In der Folge musste die Klägerin die Kapitalertragssteuer in Höhe von EUR 18.439.817,50 nebst Zinsen in Höhe von EUR 4.425.556 nachzahlen.

Mit ihrer Klage macht die Klägerin die Beklagte für diese Steuernachzahlung haftbar. Das Oberlandesgericht entschied, dass es sich bei der Abführungspflicht der Depotbank gem. § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG um eine steuerrechtliche Pflicht handelt, welche der Depotbank in der Position als Hilfsperson des Fiskus und nicht dem Verkäufer auferlegt wurde. Eine kaufvertragliche Nebenpflicht des Verkäufers, dem (inländischen) Käufer bei Aktienkäufen über den Dividendenstichtag eine steuerliche Anrechnungsmöglichkeit im Umfang der Differenz von Brutto- und Nettodividende zu verschaffen, bestehe daher nicht. Der Zufall, dass Verkäufer und Depotbank personenidentisch seien, rechtfertige keine Erweiterung der Verkäuferpflichten.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung sei keine andere Beurteilung gerechtfertigt. Die Klägerin sei zwar für den Erfolg des aus Ankauf und Verkauf bestehenden Geschäfts auf das Bestehen der Anrechnungsmöglichkeit angewiesen gewesen. Nach den gewöhnlichen Umständen sei aber auch davon auszugehen, dass beim Verkäufer nur eine Kompensation in Höhe der Nettodividende erfolgt sei. Da Aktiengeschäfte über den Dividendenstichtag regelmäßig darauf beruhten, dass bestimmte Gruppen von Aktienbesitzern vom Verfahren der Anrechnung der Kapitalertragssteuer ausgeschlossen seien, sei es wirtschaftlich nicht möglich, dass die Verkäuferseite auf ihre Kosten dem Käufer eine die Nettodividende übersteigende Bruttokompensation verschaffe.

## OLG Köln: Beratungspflichten des Versicherers und Auskunftsanspruch des Versicherungsnehmers nach DSGVO

Das Oberlandesgericht Köln<sup>4</sup> hat am 26.07.2019 über den Umfang der Beratungspflichten des Versicherers während des Versicherungsverhältnisses und den Anspruch des Versicherungsnehmers auf Auskunft der ihn betreffenden personenbezogenen Daten nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO entschieden. In dem Berufungsverfahren wurden die Beratungspflichten des Versicherers verneint und der Auskunftsanspruch – auch über die Stammdaten hinaus – bejaht.

Mit der Klage versuchte der Versicherungsnehmer einer Lebensversicherung nebst Berufsunfähigkeits-Zusatzversicherung gegen den Versicherer Ansprüche auf Zahlung im Zusammenhang mit der Versicherung und Datenauskunft nach § 34 BDSG durchzusetzen. Der Kläger hatte die Versicherung 2000 abgeschlossen und behauptet, seit 2008 wegen schwerer Depression zu 75 % berufsunfähig zu sein. An seine Berufsunfähigkeitsversicherung hätte der Kläger nach eigenen Aussagen zu spät gedacht und daher die Beklagte erst 2014 über seine Berufsunfähigkeit informiert, sodass diese ihre Leistungspflicht wegen einer Berufsunfähigkeit von 25 % erst seit 2014 anerkannt hatte. Dagegen führte der Kläger an, dass sein Versicherungsvertreter von seiner Berufsunfähigkeit gewusst, ihn aber nicht auf die Versicherung hingewiesen hätte. Während das Landgericht die Klage vollständig abwies, gab das Oberlandesgericht Köln der Berufung zumindest im Hinblick auf die Datenauskunft statt. Die Revision ließ das Oberlandesgericht nur bezüglich der Frage nach dem Umfang des Auskunftsanspruchs nach Art. 15 DSGVO zu.

Zur Begründung führte das Gericht an, dass dahinstehen könne, ob der Kläger bereits vor 2014 berufsunfähig war, weil er die fristgerechte Geltendmachung zumindest einfach fahrlässig versäumt habe. Insoweit könne von einem durchschnittlichen Versicherungsnehmer erwartet werden, dass dieser einen Überblick über seine abgeschlossenen Versicherungen behält.

Es liege auch keine Verletzung der Beratungspflicht nach § 6 Abs. 5 S. 1 VVG vor, da zwar gem. § 6 Abs. 4 S. 1 VVG auch während des Versicherungsverhältnisses Beratungspflichten des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer bestehen können, allerdings sei hierfür Voraussetzung, dass für den Versicherer ein Anlass für eine Nachfrage und Beratung des Versicherungsnehmers erkennbar ist. Gründe für diese nachgelagerte Beratungspflicht habe der Kläger im vorliegenden Fall nicht ausreichend darlegen können.

Für die Darlegung, dass die Beklagte u.a. durch den Zustand des Klägers bei Telefonaten auf eine Berufsunfähigkeit des Klägers hätte schließen können, verlangte der Kläger die umfassende Auskunft über seine personenbezogenen Daten. Entgegen der Auffassung der Beklagten entschied das Oberlandesgericht, dass der Begriff der personenbezogenen Daten über die bereits mitgeteilten Stammdaten hinausgehe. Zur Begründung stellte das Gericht auf den der DSGVO zugrundeliegenden weit gefassten Datenbegriff ab. Insoweit greift das Oberlandesgericht Köln die Rechtsprechung des BVerfG<sup>5</sup> auf, dass es keine belanglosen Daten mehr gebe. Deshalb handele es sich bei Gesprächsvermerken oder Telefonnotizen, die Aussagen des Klägers oder Aussagen über den Kläger enthielten, um personenbezogene Daten. Dieser Auslegung stehe auch nicht der Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Beklagten entgegen, denn Angaben des Klägers selbst gegenüber dem Versicherer können nicht Teil ihres Geschäftsgeheimnisses sein. Die Beklagte müsse dafür Sorge tragen, dass die entsprechenden Daten im Einklang mit der Rechtsordnung dem Kläger zur Verfügung gestellt werden können.

Dennoch verneinte das Gericht die Möglichkeit, dass für den Kläger nach der Auskunftserteilung noch die Gelegenheit bestehe, seine Zahlungsansprüche näher vortragen zu können. Der Kläger habe es versäumt, die Beklagte vor Klageerhebung auf Auskunftserteilung in Anspruch zu nehmen. Eine Vorabentscheidung über das Auskunftsbegehren sei vorliegend nicht geboten gewesen. Zudem sei insbesondere eine Stufenklage hier weder erhoben noch zulässig gewesen, da die Auskunft nicht der Bestimmbarkeit eines unbestimmten Leistungsanspruchs dienen sollte, sondern dem Kläger nicht im Zusammenhang mit der Bestimmbarkeit stehende Informationen über seine Rechtsverfolgung verschaffen sollte.

Auch ein Auskunftsanspruch im Wege des Teilurteils scheide aus, weil der Auskunftsanspruch nach der DSGVO nicht den Zweck habe, Schadensersatzansprüche einfacher durchsetzen zu können. Falls die Auskunft zu weitergehenden Erkenntnissen und Indizien führe, sei dies nur ein zufälliger Nebeneffekt. Den Antrag auf Zwischenfeststellung sah das Gericht bereits als unzulässig, da es an der erforderlichen Vorgeiflichkeit in Bezug auf die Leistungen aus der Berufsunfähigkeitsversicherung fehle. Die Leistungsansprüche des Klägers seien von der Auskunft völlig unabhängig.

## LG Saarbrücken: Kein Regressanspruch für EU-Kartellgeldbuße gegen verantwortliche Organmitglieder

Mit Urteil vom 15.09.2020 wies das Landgericht Saarbrücken<sup>6</sup> die Klage einer Gesellschaft gegen ihren Vorstandsvorsitzenden auf Schadensersatz wegen einer verhängten EU-Kartellgeldbuße ab. Begründet wurde die Klageabweisung mit der Verjährung des Regressanspruchs. Damit stellte das Gericht klar, dass es für den Verjährungsbeginn eines Regressanspruchs auf den Eintritt des ersten Teilschadens ankomme, der sich bilanziell auswirkt. Ein bloßes Schadensrisiko genüge dagegen nicht. Dabei sei entscheidend, ob der eingetretene Schaden zur gleichen Schadenseinheit gehöre, wie der geltend gemachte Schaden.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Mit Beschluss der Europäischen Kommission wurde im Juni 2010 das kartellrechtswidrige Verhalten der klagenden Gesellschaft und ihrer Tochtergesellschaften im Zeitraum zwischen 1994 und 2004 festgestellt und eine Geldbuße gegen die Gesellschaften (teilweise als Gesamtschuldner) in Höhe von insgesamt EUR 71 Mio. verhängt.

Die Klage gegen den Bußgeldbeschluss blieb erfolglos und wurde Anfang 2017 endgültig vom Europäischen Gerichtshof abgewiesen. Deshalb machte die bebußte Muttergesellschaft im zugrundeliegenden Verfahren Schadensersatzansprüche in Höhe von über EUR 2,4 Mio. gegen den ehemaligen Vorstandsvorsitzenden gem. § 93 Abs. 2 AktG geltend und beantragte die Feststellung einer darüber hinaus gehenden Schadensersatzpflicht.

<sup>5</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83

<sup>6</sup> LG Saarbrücken, Urt. v. 15.09.2020 – 7 HK O 6/16

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 26.01.2017 – C-625/13 P

Das Landgericht setzte sich in dem abweisenden Urteil ausführlich mit der Verjährung des Schadensersatzanspruchs und dabei insbesondere mit dem Verjährungsbeginn auseinander. Die Klägerin war der Auffassung, dass noch keine Verjährung eingetreten sei, da eine Vermögensgefährdung für den Verjährungsbeginn nicht ausreiche. Das Gericht bestätigte, dass es für den Beginn der Verjährungsfrist auf die Entstehung des Schadensersatzanspruchs ankomme. Dafür müsste ein Schaden eingetreten und zumindest mit einer Feststellungsklage klageweisend geltend gemacht werden können. Allerdings reiche hierfür die Entstehung des ersten, bilanzwirksamen Teilschadens aus, soweit dieser Schaden zur gleichen Schadenseinheit im Sinne der Rechtsprechung gehört. Nach dem Grundsatz der Schadenseinheit des BGH<sup>8</sup> gilt der gesamte Schaden bereits mit dem ersten Teilschaden als eingetreten, wenn dieser auf einem bestimmten einheitlichen Verhalten beruht und die späteren Schadensfolgen bereits voraussehbar waren. Zur Verjährungshemmung bedürfe es deshalb einer rechtzeitigen Feststellungsklage.

Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>9</sup> zur kenntnisunabhängigen Verjährung führte das Landgericht weiter aus, dass die Verjährung unabhängig von der Kenntnis des Schadens und damit des Regressanspruchs beginne. Entscheidend bleibe dabei, dass die weiteren Schadensfolgen für den Kläger objektiv vorhersehbar waren. Den ersten Teilschaden sieht das Landgericht dabei bereits in den klägerischen Kosten für die Beauftragung einer Rechtsanwältin im Dezember 2005 zur Beantwortung des Auskunftsverlangens der EU-Kommission, welches den Verdacht eines Kartells voraussetzte.

Zum Schluss stellte das Gericht in seinem Urteil noch klar, dass Geldbußen ohnehin nicht regressierbar seien. Ansonsten würde es zu einer Verletzung des „effet utile“ der Art. 101, 105 AEUV kommen. Die Geldbußen sollen einen abschreckenden Effekt erzielen, der durch die Regressierbarkeit und die weitere Abwälzung auf die D&O-Versicherer zusätzlich abgemildert würde.

## OGH Wien: Zur Anspruchserhebung und Schadenmeldung innerhalb der Nachmeldefrist einer D&O-Versicherung

Am 13.05.2020 setzte sich der Oberste Gerichtshof<sup>10</sup> in Österreich mit dem Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung im Rahmen der Nachmeldefrist auseinander. Der Gerichtshof bestätigte in seiner Revisionsentscheidung die Ansicht der Vorinstanzen, dass die Schadensersatzforderung gegenüber dem Kläger als versicherte Person innerhalb der Nachmeldefrist geltend gemacht und dies der beklagten Versicherung rechtzeitig durch eine Schadenmeldung mitgeteilt wurde.

In dem zugrundeliegenden Verfahrensgang hatte der Kläger seinen Anspruch auf Deckungsschutz gegen die D&O-Versicherung durchsetzen wollen. Bei dem Kläger handelte es sich um ein ehemaliges Vorstandsmitglied der mitversicherten Tochtergesellschaft des Versicherungsnehmers. Die Versicherungsperiode der D&O-Versicherung war von 01.01.2008 bis 01.01.2009. In den AVB war als Nachmeldefrist ein Zeitraum von 12 Monaten festgeschrieben.

Im Jahr 2009 erhob der Kläger gegen seine ehemalige Gesellschaft Ansprüche beim Arbeits- und Sozialgericht, unter anderem auf Kündigungsentschädigung. Die Beklagte rechnete daraufhin mit eigenen Schadensersatzforderungen auf und erhob zugleich Widerklage auf Ersatz von Vermögensschäden wegen angeblicher Pflichtverletzungen des Klägers in Höhe von „zumindest EUR 72 Millionen. Sie beehrte im Wege einer Widerklage die Zahlung von EUR 3 Mio. Bereits im November 2008 hatten die Rechtsanwälte der Tochtergesellschaft dem beklagten D&O-Versicherer in einem Schreiben die Prüfung von Schadenersatzansprüchen gegen ehemalige Vorstandsmitglieder als Schadenmeldung mitgeteilt. Im Juli 2009 meldeten die Rechtsanwälte in Bezug auf die Schadenmeldung bei dem Versicherer, dass entstandene Schäden inzwischen festgestellt wurden und die Schadenhöhe bei zumindest mehreren EUR 10 Mio. liege, aber noch genauer zu prüfen sei. Im September

2009 erstatteten auch die Rechtsanwälte des klagenden Organmitglieds Schadenanzeige bei dem Versicherer und übersandten die Verfahrensschriftsätze einschließlich der Widerklage. Daraufhin gewährte der Versicherer dem Kläger rückwirkend mit Zustellung der Widerklage vorläufigen Deckungsschutz für die Abwehr der Widerklage. Die Tochtergesellschaft erhob im Oktober 2013 vor dem Handelsgericht Klage gegen das ehemalige Vorstandsmitglied und zwei weitere Mitglieder auf Schadensersatz in Höhe von EUR 30 Mio., später erhöht auf EUR 35 Mio. Der Versicherer wurde über diese Klage im November 2013 von den Vertretern des Organmitglieds informiert, lehnte die Deckung in diesem Verfahren allerdings ab.

Mit der hier zugrundeliegenden Klage beehrte das klagende Organmitglied von der Versicherung Deckungsschutz, insbesondere den Ersatz der Vertretungskosten für das Verfahren vor dem Handelsgericht. Das erstinstanzliche Gericht gab der Klage weitestgehend statt und die Berufung des Beklagten blieb überwiegend erfolglos. Der Oberste Gerichtshof führte in seinem Urteil aus, dass in den AVB vereinbart wurde, der Versicherungsfall trete mit der schriftlichen Anspruchserhebung ein. Eine solche Anspruchserhebung setze voraus, dass der angeblich Geschädigte eine ernstliche Erklärung auf Verlangen nach Schadensersatz abgibt. Der Schadensersatzanspruch müsse dabei nicht beziffert sein, aber aus der Erklärung müsse sich der haftungsbegründende Sachverhalt ergeben. Die Aufrechnungseinrede im Prozess stelle zwar nur eine bedingte Erklärung dar, darauf komme es aber für die Feststellung eines Versicherungsfalls gar nicht an. Vielmehr sei ausschlaggebend, ob der Schriftsatz im arbeitsgerichtlichen Verfahren mit dem die Aufrechnung und Widerklage erklärt wurde als ernstliche Erklärung auf Verlangen nach Schadensersatz gesehen werden kann.

Das Berufungsgericht schloss sich den Vorinstanzen an und entschied, dass der haftungsbegründende Sachverhalt in dem Schriftsatz ausreichend dargestellt und mit EUR 72 Mio. sogar konkret beziffert wurde. Daher stelle er ein ernsthaftes Schadensersatzverlangen dar.

Im Ergebnis sei damit nicht nur der Versicherungsfall innerhalb der Nachmeldefrist eingetreten, sondern auch die Schadenanzeige der Klägervertreter vom September 2009 rechtzeitig erstattet worden. Die Deckungspflicht des Beklagten bestehe deshalb grundsätzlich.

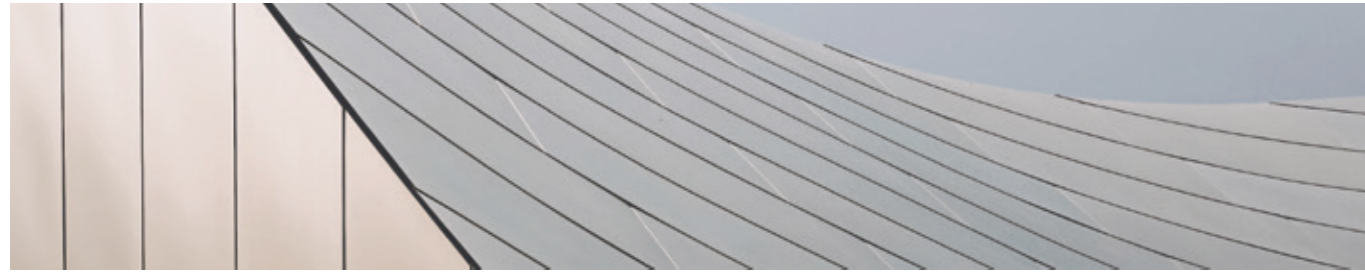
In den Versicherungsbedingungen war vereinbart, dass keine Rückwärtsdeckung für Versicherungsfälle bestehe, die der versicherten Person bereits vor Abschluss der Versicherung bekannt waren. Der Oberste Gerichtshof führte dazu aus, dass der Versicherer für das Vorliegen dieses Risikoausschlusses die Beweislast trage. Die Kenntnis der Pflichtverletzung setze dabei die Kenntnis der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens voraus. Die versicherte Person müsse also erkannt haben, dass ihre Handlung als Pflichtverletzung anzusehen ist. Im bisherigen Verfahren sei die Behauptungs- und Beweislast der Vorkenntnis des Klägers bisher noch nicht erörtert worden. Deshalb muss dem Beklagten im fortgesetzten Verfahren die Möglichkeit zu einer entsprechenden Erörterung gegeben werden.

<sup>8</sup>Vgl. u.a. BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 114/01

<sup>9</sup>Vgl. u.a. BGH, Urt. v. 22.02.1979 – VII ZR 256/77

<sup>10</sup>OGH Wien, Urt. v. 25.11.2020 – 7 Ob 127/20g





## Aktuelle Entwicklungen

### Wirtschaft erleichtert über entschärftes Lieferkettengesetz

Das Lieferkettengesetz, welches Anfang 2023 in Kraft treten soll und Unternehmen verpflichtet, entlang ihrer unmittelbaren Zulieferer die Einhaltung von Menschenrechten sicherzustellen, wurde entschärft. Es sieht keine zivilrechtliche Haftung der Unternehmen mehr vor. Vorgesehen sind lediglich nur noch entsprechende Bußgelder, deren konkrete Höhe noch nicht abschließend geklärt ist.

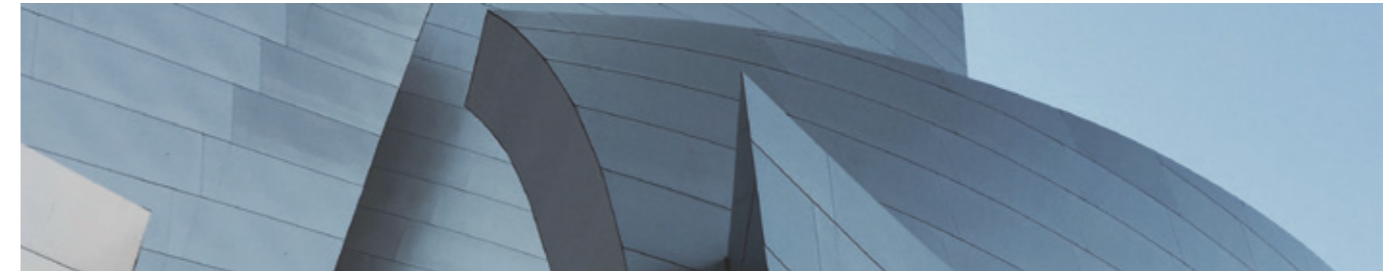
Zudem wird der Anwendungsbereich der Vorschriften zunächst nur für diejenigen Unternehmen aktiviert, die mehr als 3000 Angestellte haben. Erst im Nachgang, ab 2024, gilt der Geltungsbereich des Gesetzes auch für Unternehmen mit einer Anzahl von mindestens 1000 Beschäftigten.

Bei Verstößen gegen das Lieferkettengesetz wird den Betroffenen die konkrete Möglichkeit eingeräumt, sich im Rahmen der Anspruchsdurchsetzung von Gewerkschaften und Nichtregierungsorganisationen vertreten zu lassen. Eine konkrete Erweiterung der Klagemöglichkeiten aus dem Ausland sieht das Lieferkettengesetz nicht vor, da das Internationale Privatrecht die Zuständigkeit deutscher Gerichte begründen könne. Ausgeschlossen sind indes Klagen derjenigen Betroffenen, die bei einem Untierzulieferer tätig sind, es sei denn eine Beschwerde eines bei einem Untierzulieferer angestellten Betroffenen erreicht das deutsche Unternehmen.

Im Gegensatz zu den nationalen Bestimmungen sieht das europäische Lieferkettengesetz weiterreichende Regelungen vor. Unter anderem steht ein Verbot für Produkte im Raum, die unter schweren Menschenrechtsverstößen hergestellt worden sind. Ob die Unternehmen ihre Sorgfaltspflichten auch tatsächlich einhalten, wird durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (Bafa) kontrolliert.

### GDV veröffentlicht Musterbedingungen für die Betriebsschließungsversicherung

Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) hat Musterbedingungen für die Betriebsschließungsversicherung (BSV 2021) veröffentlicht. Ziel ist den konkreten Versicherungsschutz eindeutig und verständlich festzulegen. Der Versicherer erhält diesbezüglich eine Auswahl von sechs alternativ zueinander stehenden Bedingungswerken. Der Versicherer hat nur die Schäden zu tragen, die kalkulierbar und damit versicherbar sind. Dies ist dann der Fall, wenn ein Betrieb aufgrund einer aufgetretenen definierten Krankheit oder aufgetretenem Krankheitserreger durch Einzelverfügung geschlossen wird, um die Ausbreitung zu verhindern. Insbesondere bieten die neuen Musterbedingungen nun ausdrücklich keinen Deckungsschutz für Epidemien und Pandemien.



## Insight: Clyde & Co

### Insurance predictions 2021

Wie jedes Jahr blicken wir wieder in die Zukunft: An jedem Wochentag im Dezember laden wir Sie gemeinsam mit unseren internationalen Kollegen ein, einen Blick auf die Themen zu werfen, die die Versicherungsmarkt 2021 bewegen werden:

<https://www.clydeco.com/en/insurance-2021-the-year-ahead>

### Covid-19

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

### Team

Wir freuen uns, dass Dr. Behrad Lalani unser Insurance Team seit dem 01.02.2021 als Associate verstärkt. Herr Dr. Lalani war zuletzt wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Staudinger an der Universität Bielefeld und verfasste dort seine Dissertation zu einem UN-kaufrechtlichen Thema, die in Kürze erscheinen wird.

### Veröffentlichungen

- Dr. Paul Malek, Amrei Zürn: “Aktuelle Herausforderungen im Umgang mit Ransomware-Angriffen”, VP 2021, 3 ff
- Dr. Vincent Schreier: “Zur Berechnung der Entschädigungsleistung in der Betriebsschließungsversicherung – zugleich eine Erwiderung auf die Beiträge von Orlikowski-Wolf/Gubenko, r+s 2020, 624ff. und 676ff.”, r+s 2021, 72 ff
- Dr. Vincent Schreier, Interview zur Betriebsschließungsversicherung mit AssCompact vom 20.01.2021

### Vorträge und Webinare

- Dr. Vincent Schreier: “Aktuelle Rechtsfragen und Entwicklungen zur Betriebsschließungsversicherung”, Vortrag auf dem Virtuellen Versicherungsrechtstag der Jahrestagung des Deutschen Vereins für Versicherungswissenschaft e.V. vom 11.03.2021
- Dr. Tanja Schramm, Daniel Kreienkamp: BRAO Reform: Schwerpunkt Compliance und Interessenkonflikte, PI Risk Day 2021, 23.02.2021
- Dr. Tanja Schramm, Daniel Kreienkamp: FISG - der aktuelle Stand für WP und deren Versicherer, PI Risk Day 2021, 02.03.2021
- Dr. Henning Schaloske, Neil Beresford, Dr. Vincent Schreier: Month in review – Special Edition 2/2021 vom 11.02.2021 zur FCA Test Case Entscheidung des englischen Supreme Court
- Dr. Henning Schaloske, Dr. Paul Malek, Amrei Zürn: Month in Review Cyber-Webinar vom 29.01.2021: Aktuelle IT-Bedrohungslandschaft und rechtliche Herausforderungen bei Large Scale Attacks

---

# 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 2021.  
All rights reserved.