



Insurance & Reinsurance

# Quarterly Update 04/2020



---

# Inhalt

---

## 01.

Editorial

---

## 02.

BGH: D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

---

## 04.

Verbandssanktionengesetz – Ende mit Schrecken oder ein Schrecken ohne Ende?

---

## 08.

Cyberversicherung: Datenschutzklagen und Schadensersatz wegen DSGVO-Verstößen

---

## 11.

Reform des anwaltlichen Berufsrechts

---

## 13.

Drohende Haftungsverschärfungen für Abschlussprüfer

---

## 15.

Corona-Virus, COVInsAG und Risikoentscheidungen in der Krise – nur die Ruhe vor dem Sturm in der D&O-Versicherung?

---

## 18.

UK business interruption test case proceedings

---

## 21.

Sondervergütungsverbot reloaded

---

## 23.

Zur Einordnung von Versicherungsverträgen – Abgrenzung von Schadens- und Summenversicherung

---

## 26.

Aktuelle Rechtsprechung

---

## 30.

Aktuelle Entwicklungen

---

## 31.

Insight: Clyde & Co



## Liebe Leserin lieber Leser

ein turbulentes Jahr geht auf die Zielgerade: Das Jahr 2020 hat unseren gewohnten Alltag auf den Kopf gestellt, uns teils Geduld und gute Nerven abverlangt und in manchen Fällen auch Sorgen um die Gesundheit von Familie, Freunden und Kolleginnen und Kollegen bereitet. Trotz oder vielleicht auch gerade wegen der schwierigen und unübersichtlichen Zeiten sind wir stolz darauf, dass der Zusammenhalt in unserem Team bei Clyde & Co stärker und spürbarer denn je ist – und wir dies genauso in der Zusammenarbeit mit vielen unserer engen Partner aus der Versicherungswirtschaft erleben. Wir hoffen, Sie empfinden dies ähnlich.

Das Jahr 2020 war trotz der Einschränkungen durch einen intensiven Austausch mit Ihnen geprägt: Wenngleich unsere Veranstaltungen in Präsenzform ausgefallen sind, haben wir den Austausch über virtuelle Konferenzen und über neue Formate fortführen und erweitern können. Insbesondere unsere Webinar-Reihe "Month in review" hat sich mit teils über 200 Teilnehmern als Erfolgsmodell etabliert. Sie sind herzlich eingeladen, durch Ihre Themenwünsche die nächsten Ausgaben mitzugestalten!

Gleichzeitig hält die Pandemie eine Reihe von Rechtsfragen bereit, mit denen wir uns in der Begleitung zahlreicherer Mandanten in Deutschland und global als Kanzlei intensiv befassen, angefangen von Themen der Betriebsschließungs- und Veranstaltungsausfallversicherung, über Cyber- und Supply-Chain-Risiken, bis hin zu rückversicherungsrechtlichen Fragestellungen. Unser Coronavirus Information Hub für aktuelle Updates finden Sie hier: <https://www.clydeco.com/sectors/coronavirus-information-hub>.

Für Schlagzeilen hat schließlich kurz vor Redaktionsschluss die Entscheidung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs gesorgt, dass Insolvenzanprüche nach § 64 GmbHG dem Versicherungsschutz der D&O-Versicherung grundsätzlich unterfallen. Dazu hatten wir in einer Sonderausgabe unseres Newsletter bereits berichtet. Unsere Einschätzung haben wir auch in dieser Ausgabe nochmals abgedruckt.

Folgende Themen finden Sie in unserem Quarterly Update 4/2020:

- BGH: D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG
- Verbandssanktionengesetz
- Cyberversicherung: Datenschutzklagen und Schadensersatz wegen DSGVO-Verstößen
- Reformen des anwaltlichen Berufsrechts
- Drohende Haftungsverschärfungen für Abschlussprüfer
- Corona-Virus, COVInsAG und Risikoentscheidungen in der Krise – nur die Ruhe vor dem Sturm in der D&O-Versicherung?
- Business Interruption Test Case Proceedings in the UK
- Sondervergütungsverbot reloaded
- Zur Einordnung von Versicherungsverträgen – Abgrenzung von Schadens- und Summenversicherung

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre. Und vor allem: Frohe Weihnachten und kommen Sie gut in das neue Jahr!

Ihr



Dr. Henning Schaloske





## BGH: D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

Mit am 04.12.2020 veröffentlichter Entscheidung hat der Bundesgerichtshof (Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19) die praxisrelevante Frage, ob Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG versicherte Schadenersatzansprüche im Sinne der D&O-Versicherung sind, bejaht. Diese Entscheidung hat damit eine in der Vergangenheit ausgehend von einem Beschluss des OLG Celle (Beschl. v. 01.04.2016 – 8 W 20/16) und in der Folge insbesondere vom Oberlandesgericht Frankfurt a.M. als hiesige Vorinstanz sowie durch das Oberlandesgericht Düsseldorf (Urt. v. 20.07.2018 – I-4 U 93/16 und Urt. v. 26.06.2020 – 4 U 134/18) mehrfach anders entschiedene Frage geklärt.

Der Entscheidung lag dabei unter anderem die folgende Beschreibung des sachlichen Umfangs des Versicherungsschutzes zugrunde:

### „1. Gegenstand der Versicherung

#### 1.1 Versicherte Tätigkeit

*Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person wegen einer bei Ausübung der organschaftlichen Tätigkeit bei der Versicherungsnehmerin, einem Tochterunternehmen oder einem auf Antrag mitversicherten Unternehmen begangenen Pflichtverletzung auf-grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden von der Versicherungsnehmerin oder einem Dritten (hierzu zählt auch der Insolvenzverwalter) auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. [...]*

Der Versicherungssenat ist zu dem Auslegungsergebnis gekommen, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer bzw. Versicherte einer D&O-Versicherung die streitgegenständlichen Versicherungsbedingungen in dem Sinne versteht, dass mit „Schadensersatz“ jeder Ausgleich des eingetretenen Schadens im Wege der Wiederherstellung des Zustands vor dem Schadenereignis gemeint ist.

Zwar sei der typische Adressaten- und Versichertenkreis in der D&O-Versicherung geschäftserfahren und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut. Allerdings sei der Begriff „Schadensersatz“ kein fest umrissener Begriff der Rechtssprache und verwies den durchschnittlichen Versicherten einer D&O-Versicherung daher auf die Umgangssprache, nach welcher mit „Schadensersatz“ allgemein der Ausgleich eines Nachteils verstanden werde. Insoweit sei weder die rechtsdogmatische Qualifikation eines Anspruchs aus § 64 Satz 1 GmbHG entscheidend noch, ob diese Wiederherstellung bzw. dieser Ausgleich der Gesellschaft oder deren Gläubigern zugutekomme. Denn dass der Versicherungsschutz auch davon abhängen soll, bei wem ein Vermögensschaden eingetreten ist und dass es insoweit einen Unterschied macht, ob die Schuldnerin oder die Insolvenzgläubiger geschädigt sind, könne der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte den Versicherungsbedingungen nicht entnehmen. Vor diesem Hintergrund werde er auch nicht annehmen, dass gerade das für ihn bedeutende und potentiell existenzvernichtende Risiko aus § 64 Satz 1 GmbHG von der Deckung der D&O-Versicherung deshalb ausgenommen sein soll, weil ein Vermögensschaden nicht bei der Versicherungsnehmerin, sondern bei deren Gläubigern eingetreten ist.

Einen weiteren Aspekt hat der Bundesgerichtshof bei der Auslegung besonders berücksichtigt, namentlich die Erwähnung des Insolvenzverwalters als möglichen Anspruchsteller in Ziffer 1.1 der Versicherungsbedingungen (siehe oben). Daraus folgert der Versicherungssenat, dass dann auch ein Ausgleich der den Gläubigern entstandenen Nachteile als „Schadensersatz“ im Sinne der Versicherungsbedingungen zu verstehen sei, weil der Insolvenzverwalter nämlich typischerweise gerade die Interessen der Insolvenzgläubiger verfolge. Dieser letztgenannte Argumentationsstrang ist so nicht ohne weiteres auf andere Bedingungswerke übertragbar, da die ausdrückliche Nennung des Insolvenzverwalters als Anspruchsteller im Markt eher die Ausnahme sein dürfte. Ob und inwieweit sich daraus unterschiedliche Konsequenzen für den D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 Satz 1 GmbHG unter anderen Bedingungswerken ergeben, wäre im Einzelfall zu überprüfen.



Dr. Daniel Kassing, LL.M.



## Verbandssanktionengesetz – Ende mit Schrecken oder ein Schrecken ohne Ende?

Längst überfälliger Segen oder unausgegorenes Schreckgespenst – kaum ein Gesetzgebungsvorhaben erhitzt derzeit die Gemüter so wie das angekündigte Verbandssanktionengesetz. Teils wird dabei schon fast reflexhaft die „Gefahr amerikanischer Verhältnisse“ bemüht. Teils wird – unter Außerblendung des deutschen Aktien- und GmbH-Rechts – kritisiert, dass man die eigentlichen Verantwortlichen, die Manager, „laufen lasse“. Daneben fokussiert sich die fachliche Diskussion vor allem auf die Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen Bußgelder wie auch die Angemessenheit und Praktikabilität der neuen Pflicht zur Verfolgung von erfassten Verstößen durch die Behörden.

Die Überlegungen zur Einführung eines Unternehmensstrafrechts bestehen in Deutschland dabei schon seit vielen Jahren. Hintergrund ist, dass vor allem die bislang mögliche Sanktionierung von Unternehmen nach § 30 OWiG mit einer Höchstgrenze des Ahndungsteils eines Bußgelds von EUR 10 Mio. bei Vorsatz und EUR 5 Mio. bei Fahrlässigkeit auf der einen Seite gegenüber Großunternehmen als keine ausreichend empfindliche Sanktion empfunden wird und hinzutritt, dass eine Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Opportunitätsprinzip im Ermessen der Behörde steht. Ein erster Meilenstein war die Vorlage eines Gesetzentwurfes durch das Land Nordrhein-Westfalen im November 2013. Ziel der gesetzgeberischen Überlegungen ist eine Abkehr von der reinen individuellen strafrechtlichen Verantwortung. Vielmehr sollen neben einer individuellen Bestrafung der Handelnden auch Sanktionen gegen juristische Personen möglich sein. Die Bundesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft am 16.06.2020 vorgestellt.<sup>1</sup> Der Bundesrat hat zu dem Gesetzentwurf im Kern grünes Licht gegeben, sodass sich nach nunmehr rund sieben Jahren die Einführung eines Unternehmensstrafrechts auf der Zielgeraden befindet.

### Was sieht der Entwurf vor?

Der Gesetzentwurf ist auf die Sanktionierung von Verbänden beschränkt, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (§ 1 VerSanG-E). Eine Verbandstat ist eine Straftat, durch die Pflichten, die den Verband treffen, verletzt worden sind oder durch die der Verband bereichert worden ist oder werden sollte (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 VerSanG-E).

Der Gesetzentwurf sieht die Einführung des Legalitätsprinzips vor, das heißt das Ermittlungsbehörden – anders als nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht – kein Ermessen zusteht, ob sie Ermittlungen einleiten. Vielmehr sind sie zunächst verpflichtet, ein Ermittlungsverfahren zu beginnen. Im Einzelfall können die Ermittlungsbehörden aber von einer Verfolgung absehen. Dies gilt zum Beispiel, wenn das Unternehmen bereits eine Sanktion im Ausland zu erwarten hat (§ 38 VerSanG-E) oder der Verband die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt hat (§ 39 VerSanG-E).

<sup>1</sup> BR-Drucks. 440/20.

Eine Verbandssanktion soll dann verhängt werden, wenn die Verbandstat durch eine Leitungsperson oder aber durch jemanden in Wahrnehmung der Angelegenheiten des Verbandes begangen wurde, wenn Leitungspersonen die Straftat durch angemessene Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten wie insbesondere Organisation, Auswahl, Anleitung und Aufsicht hätten verhindert oder wesentlich erschweren können (§ 3 Abs. 1 VerSanG-E). Als Verbandssanktionen sieht der Gesetzentwurf eine Verbandsgeldsanktion (§9 VerSanG-E) oder eine Verwarnung mit Verbandsgeldsanktionsvorbehalt (§ 10 VerSanG-E) vor. Die Höhe der Verbandsgeldsanktion hängt von der Unternehmensgröße ab und kann bis zu EUR 5 Mio. bei einer fahrlässigen Verbandstat und bis zu EUR 10 Mio. bei einer vorsätzlichen Verbandstat betragen. Sofern der Verband einen durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als EUR 100 Mio. hat, kann die Verbandsgeldsanktion sogar bis zu 5 Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes bei einer fahrlässigen Verbandstat und bis zu 10 Prozent des durchschnittlichen Jahresumsatzes bei einer vorsätzlichen Verbandsgeldsanktion. Besonders im Fokus der Kritik steht, dass es bei der Festsetzung der Geldbuße nicht auf das konkret betroffene Unternehmen, sondern analog zur kartellrechtlichen Praxis auf den Jahresumsatz des Konzerns als wirtschaftliche Einheit ankommen soll. Gerade hieran zeigt sich das Potential sehr hoher Geldbußen. Bei der Festsetzung der Geldbuße soll nach dem Regierungsentwurf insbesondere auf die Bedeutung der Verbandstat, den Vorwurf und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verbandes abgestellt werden.

Neben der Verhängung einer Geldbuße kann das Gericht bei einer großen Anzahl von Geschädigten auch die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung anordnen (§ 14 VerSanG-E). Um zu verhindern, dass sich ein betroffenes Unternehmen einer Verbandssanktion etwa durch Umwandlungsmaßnahmen entzieht, sieht der Gesetzentwurf schließlich für Fälle der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge eine Verhängung der Sanktionen auch gegen den Rechtsnachfolger (§ 6 VerSanG-E) und für Fälle des Erlöschens eines Verbands oder Vermögensverschiebungen eine Ausfallhaftung vor (§ 7 VerSanG-E).

Interne Untersuchungen (*Internal Investigations*) sollen die Höhe der Verbandssanktion mildern, wenn diese wesentlich dazu beigetragen haben, dass die Verbandstat und die Verbandsverantwortlichkeit aufgeklärt werden konnten, die bei der internen Untersuchung Beteiligten nicht gleichzeitig die Unternehmens- oder Individualverteidigung übernehmen, eine ununterbrochene und uneingeschränkte Kooperation mit den Verfolgungsbehörden erfolgt, die Verfolgungsbehörden das Ergebnis, einen Abschlussbericht sowie alle wesentlichen Dokumente erhalten und die Befragungen der internen Untersuchung unter Beachtung der Grundsätze eines fairen Verfahrens durchgeführt wurden (§ 17 Abs. 1 VerSanG-E).

Beim Bundesamt für Justiz soll ein Verbandssanktionenregister eingeführt werden (§ 54 ff. VerSanG-E).

Der Entwurf sieht vor, dass das Verbandssanktionengesetz zwei Jahre nach der Verkündung in Kraft treten soll. In dieser Zeit sollen die organisatorischen Vorbereitungen abgeschlossen werden.

## Bundesrat startet als Tiger und endet als Bettvorleger

Die Kritik an dem Gesetzentwurf ist laut und zahlreich. Vor diesem Hintergrund war für die Sitzung am 18.09.2020 deutlicher Widerstand im Bundesrat zu erwarten. Dennoch überraschte die Deutlichkeit, mit der Rechtsausschuss und Wirtschaftsausschuss dem Bundesrat die Ablehnung des Gesetzentwurfes empfohlen haben.<sup>2</sup> Die Ausschüsse sind der Meinung, dass das Gesetz nicht den Anforderungen an ein effektives und für die Verfolgungsbehörden handhabbares Unternehmenssanktionsrecht genügt und vielmehr zu einer massiven Überlastung der Staatsanwaltschaften und Gerichte und damit zu einer Blockade der Ressourcen der Justiz führen würde. Statt einer Generalablehnung hat der Bundesrat aber nur einzelne Kritikpunkte aufgegriffen und insbesondere um weitere Prüfung gebeten, inwieweit die vorgesehenen präventiven Maßnahmen für kleinere und mittlere Unternehmen verhältnismäßig sind. Gleichzeitig soll einer Überlastung der Justiz durch Anpassungen im verfahrensrechtlichen Teil vorgebeugt werden. Publikumswirksam ist auch die erteilte Absage an die ursprünglich vorgesehene Veröffentlichung von Unternehmensverurteilungen.

---

## Kritische Bewertung

Die Kritik des Rechtsausschusses und des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates ist nachvollziehbar. Wenn man sich bereits jetzt die Bearbeitungsdauer mancher komplexer Wirtschaftsstrafverfahren ansieht, sind Zweifel angebracht, ob die Ressourcen der Justiz ausreichen, um der neuen Verfolgungspflicht von Verbandstaten nachzukommen. Insoweit wäre es – unabhängig von der Frage, ob man die gesetzgeberische Einschätzung zur Notwendigkeit eines Unternehmensstrafrechts teilt – bereits jetzt angebracht, die Justiz entsprechend der zunehmenden Herausforderungen angemessen personell, technisch und qualitativ auszustatten. Gerade die Führung komplexer zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Verfahren stellt die Justiz bereits jetzt vor große personelle und inhaltliche Herausforderungen.

Neben der Kritik an der praktischen Handhabung und der Sorge um die Funktionsfähigkeit der Justiz gibt es auch inhaltliche Kritikpunkte. So ist bereits zweifelhaft, ob es tatsächlich eines Verbandssanktionengesetzes bedarf oder aber ob eine Ausschöpfung der derzeitigen Möglichkeiten, wie zum Beispiel eines Bußgelds auf Grundlage des Ordnungswidrigkeitengesetzes und eine Abschöpfung von Gewinnen mittels einer Einziehungsbeteiligung, ausreichende Mittel darstellen. Geht man von der Notwendigkeit eines Verbandsstrafrechts aus, sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren kritisch hinterfragt werden, ob der fehlende Anwendungsbereich auf andere Verbände, wie zum Beispiel große Interessensverbände oder Gewerkschaften, tatsächlich sachgerecht ist. Auch in diesen Bereichen sind Verbandstaten mit relevanten gesellschaftlichen Auswirkungen denkbar.

Entgegen mancher Kritik bleiben die gegebenenfalls persönlich zivil- und strafrechtlich verantwortlichen Manager bereits nach geltendem Recht nicht außen vor. Im Gegenteil zeichnet die Frequenz der D&O-Schadensfälle seit Jahren ein deutlich anderes Bild. Es wird sich aber mit weiter gesteigerter Dringlichkeit die Frage des Bußgeldregresses stellen. Diese Folgefrage der Regressfähigkeit einer Verbandssanktion bleibt im Gesetzentwurf offen. Ob das Ziel einer Verbandssanktion durch einen möglichen Regress bei den Organmitgliedern erreicht werden kann, wird unterschiedlich bewertet. Eine diesbezügliche Entscheidung des Gesetzgebers würde für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgen und könnte diese offene Rechtsfrage auch in anderen Rechtsgebieten indiziell beantworten.

Auch Ausbau und Stärkung der Internal Investigations einerseits sowie der (eingeschränkte) Schutz von internen Ermittlungsergebnissen vor staatlicher Beschlagnahme andererseits werden teilweise kritisch gesehen. So soll die Durchführung von internen Ermittlungen zur Aufklärung von Straftaten zu milderer Sanktionen führen. Dazu muss das Unternehmen mit den Behörden kooperieren und konkrete Vorgaben zur Art und Weise der Durchführung einer internen Untersuchung erfüllen, etwa tatsächlich einen Aufklärungsbeitrag erbringen, unternehmensinterne Untersuchung und Unternehmens- bzw. Beschuldigtenverteidigung getrennt behandeln, ununterbrochen und uneingeschränkt Kooperation mit den Behörden kooperieren, alle für die interne Untersuchung wesentlichen Dokumente an die Behörden weitergeben und generell die geltenden Gesetze einhalten. Bei den internen Ermittlungen sind die Grundsätze eines fairen Verfahrens zu beachten, insbesondere sind die Mitarbeiter umfassend zu belehren und ihnen ist ein Auskunftsverweigerungsrecht einzuräumen. Damit hängt die Berücksichtigung der internen Ermittlungen zugunsten des Unternehmens von weitreichenden Voraussetzungen ab. Der Gesetzesentwurf soll ferner die Beschlagnahmefähigkeit von anwaltlichen Arbeitsprodukten bei internen Untersuchungen regeln und klarstellend die §§ 97 und 160a StPO ändern. Insoweit wird allerdings kritisiert, dass bei Umsetzung des Entwurfs (weiter) Beschuldigtenrechten erheblich ausgehöhlt würden, da nur noch solche Arbeitsprodukte einem Beschlagnahmeschutz unterliegen, die zeitlich nach Erlangung einer „Beschuldigtenstellung des Unternehmens entstanden sind. Frühere oder für andere Zwecke erstellte Arbeitsergebnisse können dagegen beschlagnahmt werden.



## Auswirkungen auf die Versicherungswirtschaft

Neben der eigenen unmittelbaren Betroffenheit der Unternehmen der Versicherungswirtschaft als Adressat des Verbandssanktionsgesetzes sind auch Auswirkungen auf konkrete Versicherungszweige absehbar. Dies betrifft insbesondere die Financial Lines und die D&O-Versicherung. Schon heute beginnt eine Vielzahl von Versicherungsfällen unter einer D&O-Versicherung mit der Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen gegen Beteiligte. Dies wird sich noch weiter verstärken, wenn die Strafverfolgungsbehörden bei jedem Verdacht einer betriebsbezogenen Straftat eines Mitarbeiters immer auch ein Ermittlungsverfahren gegen das Unternehmen einleiten müssen. Zudem werden Unternehmen zur Vermeidung von Straftaten angehalten, angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten einrichten. Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten, um abzusehen, dass sich hiermit der Trend weiter verstärken wird, dass Organmitgliedern Fehler bei der Einrichtung und Ausgestaltung des Compliance Management Systems vorgeworfen werden, wenn es trotzdem zu Straftaten von Mitarbeitern und Ermittlungen kommen wird. Die vorgesehene Trennung von interner Ermittlung und Unternehmensverteidigung führt zudem zu höheren Kosten und lässt damit die mögliche Schadenshöhe weiter wachsen. Vor dem Hintergrund der hohen Sanktionsrahmen wird die Frage der haftungsrechtlichen Regressierbarkeit einer Geldbuße weiter für Diskussionen sorgen.

## Fazit

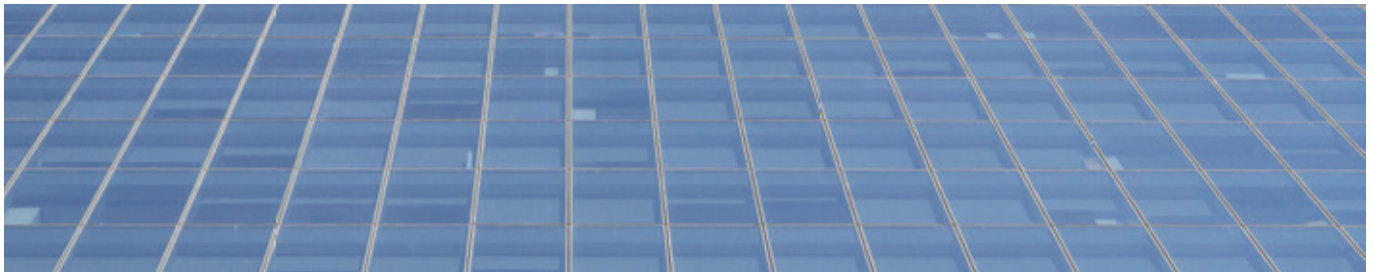
Die Einführung eines Unternehmensstrafrechts ist politisch mehrheitlich gewollt und folgt dem öffentlichen Meinungsbild in Teilen der Gesellschaft, dass das Handeln von Unternehmen und Managern stärker überwacht und Fehlverhalten härter sanktioniert werden soll. Selbst wenn man die Ziele des Gesetzes für nachvollziehbar hält, schießen Teile des Vorhabens – insbesondere die Höhe der Sanktionen wie auch ihre Verknüpfung mit Internal Investigations sowie der beschränkte Schutz vor Beschlagnahmen – über das Ziel hinaus. Dennoch ist es wahrscheinlich, dass das Verbandssanktionengesetz noch in dieser Legislaturperiode beschlossen wird. Es bleibt dann abzuwarten, wie die praktische Umsetzung im Alltag unter Berücksichtigung der bestehenden Zielkonflikte bei den handelnden Akteuren erfolgt. Die Risikolandschaft verschärft sich durch das Verbandssanktionengesetz für Unternehmen und ihre Organmitglieder jedenfalls weiter. Dies wird sich perspektivisch auch auf die Versicherer und insbesondere die D&O-Versicherung mit neuen Schadensszenarien auswirken und versicherungsnehmende Wirtschaft sowie Versicherer in einem harten Markt vor weitere Herausforderungen stellen. Gleichzeitig bieten sich aber auch Chancen für Versicherer, vom Risikoträger weiter zum Risikopartner ihrer Kunden zu werden, indem sie zum Beispiel bei der Bewertung bestehender Compliance Management Systeme unterstützen.



Dr. Henning Schaloske



Daniel Kreienkamp



## Cyberversicherung: Datenschutzklagen und Schadensersatz wegen DSGVO-Verstößen I

Soweit es um Datenschutzrisiken geht, stehen die durch Datenschutzbehörden verhängten Bußgelder wegen Datenrechtsverletzungen im Fokus der aktuellen juristischen Diskussion und öffentlichen Berichterstattung. Aktuelle Beispiele sind die Bußgelder gegen H&M Hennes & Mauritz (EUR 35 Mio.), Deutsche Wohnen SE (EUR 14,5 Mio.) und 1&1 Telecom GmbH (EUR 9,6 Mio., vom LG Bonn zwischenzeitlich reduziert auf EUR 900.000<sup>1</sup>). Angesichts der Höhe der Bußgelder bleibt dabei oftmals außer Betracht, dass die von einem Datenschutzvorfall betroffenen Personen Schadensersatzansprüche auf Ersatz des immateriellen Schadens auf Grundlage der DSGVO gegen das Unternehmen haben können.

### DSGVO-Vorgabe: Datenschutzrechtlicher „Schmerzensgeldanspruch“

Nachdem es bereits unter anderem in den Niederlanden und Österreich<sup>2</sup> erste Gerichtsurteile gab, in denen Zivilgerichte auf Grundlage der DSGVO den von einem Datenschutzvorfall betroffenen Personen immateriellen Schadensersatz zugesprochen haben, bestätigten mit dem Landgericht Darmstadt<sup>3</sup> und dem Arbeitsgericht Düsseldorf<sup>4</sup> kürzlich auch erstmals deutsche Gerichte einen solchen Schadensersatzanspruch. Grundlage hierfür war Art. 82 Abs. 1 DSGVO. Hiernach hat jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verantwortlichen.

Soweit materielle Schäden, das heißt Vermögensschäden, durch einen Datenschutzvorfall oder eine Cyberattacke entstehen (z.B. Vermögensschäden durch die missbräuchliche Verwendung von Kreditkartendaten), können diese auf Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DSGVO ohne Weiteres gegenüber dem verantwortlichen Unternehmen geltend gemacht werden. Daneben sind auf Grundlage von Art. 82 Abs. 1 DSGVO aber auch etwaige immaterielle Schäden zu ersetzen, d.h. die Nichtvermögensschäden. Vor diesem Hintergrund können bereits die unzulässige Datenverarbeitung an sich oder das Abhandenkommen von Daten und die dadurch ausgelöste Beeinträchtigung einen erstattungsfähigen immateriellen Schaden darstellen. Mit anderen Worten: Art. 82 Abs. 1 DSGVO stellt den Betroffenen eine Art datenschutzrechtlichen Schmerzensgeldanspruch zur Verfügung.

### Besteht eine Bagatellgrenze für solche Ansprüche?

Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO sind in der DSGVO nicht definiert. In den Erwägungsgründen zur DSGVO heißt es, dass der in der DSGVO verwendete Begriff „des Schadens [...] im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs weit auf eine Art und Weise ausgelegt werden [muss], die den Zielen dieser Verordnung in vollem Umfang entspricht“ und dass die betroffenen Personen „einen vollständigen und wirksamen Schadensersatz für den erlittenen Schaden erhalten“ sollen<sup>5</sup>. Der in Art. 82 Abs. 1 DSGVO vorgesehene Schadensersatz soll daher nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers zur wirksamen Durchsetzung der DSGVO in den Mitgliedstaaten beitragen (sog. effet utile Grundsatz) und daher eine Abschreckungswirkung entfalten. Eine gewisse Nähe zum Strafschadensersatz des US Rechts („punitive damages“) dürfte aus diesem Grund wohl durchaus gewollt sein. Die Erwägungsgründe sprechen im Ergebnis somit dafür, dass den betroffenen Personen auch bei tendenziell eher geringen Datenschutzvorfällen ein immaterieller Schadensersatz zuzusprechen ist, zum Beispiel wenn durch einen Cyberangriff typische Kundendaten (wie z.B. Vorname, Nachname, Adresse und die E-Mail Adresse) entwendet werden.

<sup>1</sup> Urt. v. 11.11.2020 Az. 29 OWi 1/20 LG

<sup>2</sup> Vgl. Rechtbank Amsterdam, BeckRS 2019, 24009; LG Feldkirch, ZD 2019, 562

<sup>3</sup> Urt. 26.05.2020 – 13 O 244/19

<sup>4</sup> Urt. v. 05.03.2020 – 9 Ca 6557/18

<sup>5</sup> vgl. Erwägungsgrund Nr. 146

## Zur deutschen Rechtsprechung

Von den oben genannten Erwägungen geleitet hat das Arbeitsgericht Düsseldorf einem Kläger immateriellen Schadensersatz zugesprochen, weil dessen früherer Arbeitgeber seinen datenschutzrechtlichen Auskunftspflichten nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist. Nach den Feststellungen des Gerichts hatte das Unternehmen nicht rechtzeitig und unvollständig auf den Auskunftsantrag des Arbeitnehmers nach Art. 15 DSGVO geantwortet. Hiernach besteht ein Anspruch der betroffenen Person gegenüber dem datenverarbeitenden Unternehmen auf umfassende Auskunft über die Zwecke und die konkrete Art und Weise der Verarbeitung personenbezogener Daten. Das Arbeitsgericht sah die um etwa drei Monate verspätete und unvollständige Antwort des Unternehmens als einen erstattungsfähigen immateriellen Schaden im Sinne von Art. 82 Abs. 1 DSGVO an und verurteilte das Unternehmen zum Schadensersatz in Höhe von EUR 5.000.

Das Landgericht Darmstadt hat einem Kläger EUR 1.000 immateriellen Schadensersatz zugesprochen. Der Kläger hatte sich bei der Beklagten beworben. Im Zusammenhang mit dem Bewerbungsverfahren hat die Beklagte eine E-Mail, die einige Details zur Bewerbung enthielt, irrtümlich nicht an den Kläger, sondern an einen Dritten versendet. Die Beklagte hat den fehlerhaften Versand zwar erkannt, den Kläger hierüber aber nicht informiert. Letztlich hat der Kläger hiervon erfahren und geklagt. Das Landgericht stellte fest, dass die Beklagte durch ihr Verhalten gegen ihre datenschutzrechtlichen Pflichten verstoßen habe und dem Kläger allein durch den Verlust über die Kontrolle seiner personenbezogenen Daten ein erstattungsfähiger immaterieller Schaden im Sinne von Art. 82 Abs. 1 DSGVO entstanden sei.

Diese beiden aktuellen Urteile weichen allerdings von der übrigen Rechtsprechung ab, die einen eher strengen Maßstab anlegt, wonach für einen immateriellen Schadensersatzanspruch nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO neben dem bloßen Abhandenkommen der Daten eine weitergehende Beeinträchtigung eingetreten sein muss. Beispielsweise wird oftmals von der Rechtsprechung gefordert, dass ein „spürbarer Nachteil“ entstanden sein und eine „objektiv nachvollziehbare, mit gewissem Gewicht erfolgte Beeinträchtigung von persönlichkeitsbezogenen Belangen“ vorliegt<sup>6</sup>. Ein bloßes „Gefühl des Unbehagens“

sei nicht ausreichend und es müsse dargelegt werden, dass durch „die Verletzung des Datenschutzes in irgendeiner Weise gesellschaftliche oder persönliche Nachteile erlitten“ wurden.<sup>7</sup> Teilweise wird sogar eine „wesentliche Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ gefordert.<sup>8</sup>

Die Gerichte stellen zur Begründung der ihrer Ansätze u.a. auf Schadensgrundsätze des nationalen Rechts und sonstige Rechtsprechungsgrundsätze ab. Einige Gerichte setzen sich auch mit den oben zitierten Erwägungsgründen der DSGVO auseinander. Die jeweiligen Begründungen sind fundiert und die Argumente plausibel. Allerdings kann diese deutsche Rechtssprechungslinie keineswegs als gesichert angesehen werden. Denn keines der Gerichte hat die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein erstattungsfähiger immaterieller Schadensersatzanspruch nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO besteht, dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorgelegt hat (Art. 267 AEUV). Es ist daher noch offen, ob diese deutsche Sichtweise europarechtskonform ist.

Es mag somit an dieser Stelle möglicherweise noch offen sein, ob die von der deutschen Rechtsprechung angenommene Bagatellgrenze besteht oder auch jede noch so kleine Datenrechtsverletzung einen Schadensersatzanspruch begründen kann. Unzweifelhaft ist aber zugleich, dass es selbst bei Annahme einer solchen Bagatellgrenze noch eine Vielzahl von Datenschutzvorfällen geben wird, die diese Hürde überschreiten werden. Dies dürfte wohl beispielsweise bei Abhandenkommen von Gesundheitsdaten oder sonstigen besonders schützenswerten Daten der Fall sein (vgl. Art. 9 DSGVO).

<sup>6</sup> LG Hamburg, Urt. v. 04.09.2020 – 324 S 9/19, BeckRS 2020, 23277; AG Hannover, Urt. v. 09.03.2019 – 531 C 10952/19, BeckRS 2019, 43221; LG Karlsruhe, Urt. v. 02.08.2019 - 8 O 26/19, BeckRS 2019, 17459; vgl. auch OLG Dresden, Hinweisbeschluss vom 11.12.2019 – 4 U 1680/19, ZD 2020, 413.

<sup>7</sup> AG Frankfurt a. M., Urteil vom 10.07.2020 – 385 C 155/19, BeckRS 2020, 22861

<sup>8</sup> LG Lübeck, Urteil vom 11.4.2019 – 12 O 270/18, ZD 2020, 255.

## Erfordert „wirksamer Schadensersatz“ die Verhängung von punitive damages?

Ist der betroffenen Person ein immaterieller Schadensersatz zuzusprechen, stellt sich im zweiten Schritt die Frage, wie dieser zu bemessen ist. Hier stellt sich die Frage, wie schwer es wiegt, wenn durch einen Cybervorfall Name, Geschlecht, Wohnort, Geburtstag und die E-Mail Adresse öffentlich werden? Und wenn es um Gesundheitsdaten<sup>9</sup> oder Bilder und Chatverläufe aus einer „Single-Börse“<sup>10</sup> geht? Oder eine auf HIV-Patienten spezialisierte Klinik ihre Patienten mit einem Newsletter mit offenen E-Mail Verteiler versehentlich outet?<sup>11</sup> Auch hierzu wird die Rechtsprechung mit der Zeit sicherlich noch Maßstäbe setzen. Unternehmen und Cyberversicherer sollten sich aber darauf gefasst machen, dass diese Schadensersatzansprüche das Unternehmen durchaus empfindlich treffen könnten. Insbesondere wenn man berücksichtigt, dass durch einen Datenschutzvorfall oftmals eine Vielzahl von Personen betroffen ist. Denn spätestens an dieser Stelle müssten die Gerichte bei der Bemessung des immateriellen Schadensersatzes die oben genannten Erwägungsgründe der DSGVO berücksichtigen, wonach ein „wirksamer“ Schadensersatz zuzusprechen ist.

## Geschäftsmodell Datenschutzklage

Da ein Datenschutzvorfall eine Vielzahl von Verbrauchern betreffen kann, ist es auf Grundlage der datenschutzrechtlichen Ausgangslage wohl lediglich eine Frage der Zeit, bis entsprechende Schadensersatzklagen auch gebündelt geführt werden. Anderenorts ist dies schon bereits der Fall: Im August 2020 wurde vor dem London High Court gegen die Hotelkette Marriott International eine Class Action erhoben, bei der es um eine angemessene Entschädigung für den Ende 2018 bekannt gewordenen Data Breach geht. Durch diesen Vorfall hatten Unbefugte Zugriff auf die Daten von bis zu 500 Millionen Gästen, so dass es theoretisch ebenso viele Kläger für diese Class Action gäbe.

Die rechtlichen Möglichkeiten zur Bündelung solcher datenschutzrechtlicher Schadensersatzansprüche sind auch in Deutschland gegeben. Zu denken ist an eine Musterfeststellungsklage, mit der die Feststellung einer Datenrechtsverletzung erstritten werden kann und auf deren Grundlage die beigetretenen Kläger ihre Ansprüche anschließend deutlich erleichtert geltend machen können. Daneben ist aber auch immer mehr damit zu rechnen, dass Legal Tech Plattformen Klagen bündeln und insgesamt die Anspruchsgeltendmachung für den Verbraucher durch die Übernahme des Prozesskostenrisikos erst attraktiv machen. Eine erste Legal Tech Plattform für solche Datenschutzklagen ist jedenfalls seit Kurzem online.

## Legal Tech vs. Legal Tech

Cyberversicherer sollten daher die weitere Entwicklung in Rechtsprechung und der Legal Tech Szene eng beobachten und sich für den datenschutzrechtlichen Ernstfall bereits jetzt wappnen. Angesichts der Größe und Komplexität solcher Datenschutzklagen wird der Fokus darin liegen, die Abwicklung berechtigter und die Abwehr unberechtigter Klagen effizient zu organisieren. Cyberversicherer und deren Berater sollten ebenso wie die Kläger vorhandene Legal Tech Möglichkeiten nutzen.

Da mit hohen Abwehrkosten zu rechnen ist, sollten sich Cyberversicherer schließlich darauf einstellen, dass im worst case Szenario etwaige in der Police vorhandenen Anrechnungsklauseln, wonach Abwehrkosten auf die Deckungssumme angerechnet werden, gerichtlich überprüft werden könnten.



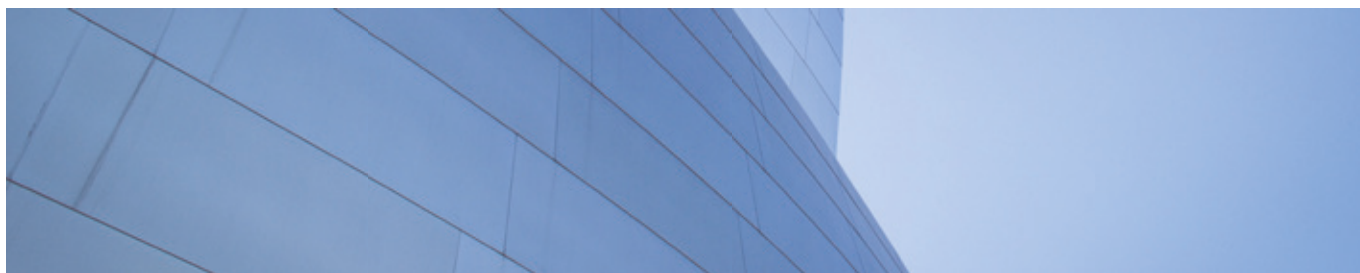
Dr. Paul Malek, LL.M.

<sup>9</sup> <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/gesundheitsdaten-datenschuetzerin-besorgt-ueber-sicherheitsluecken-im-gesundheitsnetzwerk/25375876.html?ticket=ST-725557-HaTVi74uqEbUdxIFEt9t-ap1>

<sup>10</sup> <https://digitalguardian.com/blog/timeline-ashley-madison-hack>

<sup>11</sup> <https://futurezone.at/digital-life/london-hiv-klinik-outet-patienten-per-mail-newsletter/150.458.249>





## Reform des anwaltlichen Berufsrechts

Über eine größere Reform des anwaltlichen Berufsrechts wurde schon länger diskutiert. Spätestens die Vorlage des Eckpunktepapiers durch das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz im August 2019 ließ aufgrund des Umfangs und einzelner Vorschläge aufhorchen. Zudem gab es laufend Diskussionen, ob und wie der Gesetzgeber die Lexfox-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs aufgreifen soll, insbesondere vor dem Hintergrund der zunehmenden Bedeutung von Legal Tech Anbietern.

### Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe

So lang der Titel des Gesetzentwurfs ist, so umfangreich sind auch die beabsichtigten Änderungen des Berufsrechts. Ein Kernanliegen des Gesetzentwurfs ist das Recht der Berufsausübungsgesellschaften zu modernisieren. Neben den einzelnen Rechtsanwälten rügen auch die Berufsausübungsgesellschaften in das Kern des Berufsrechts und werden selbst Adressaten des Berufsrechts. Dies führt dazu, dass die Berufsausübungsgesellschaften in das elektronische Verzeichnis der Kammern aufgenommen werden und damit letztlich auch ein eigenes besonderes elektronisches Anwaltspostfach erhalten. Auch die Möglichkeiten der gesellschaftsrechtlichen Strukturierung von Kanzleien werden erweitert. Dies betrifft auch die Möglichkeiten der interprofessionellen Zusammenarbeit. Es soll auch nunmehr erstmalig eine ausdrückliche Regelung der Tätigkeit ausländischer Berufsausübungsgesellschaften aufgenommen werden. Der Gesetzgeber kommt damit der zunehmenden Bedeutung der Berufsausübungsgesellschaften nach. Allerdings sieht der Gesetzentwurf weiterhin nicht die Möglichkeit einer Fremdkapitalbeteiligung vor.

Mit diesen Änderungen ergeben sich auch Änderungen bezüglich der notwendigen Berufshaftpflicht einer Berufsausübungsgesellschaft. Zudem wird die Verpflichtung der Berufsausübungsgesellschaften zur Einhaltung des Berufsrechts festgehalten.

Bereits jetzt zeigt sich, dass die Neuregelung zur Interessenskollision in Anwaltsgesellschaften zu weiteren Diskussionen führen wird. Dies gilt insbesondere für die Frage, inwieweit in einzelnen Fällen sensibles Wissen erworben wurde, die für die neue Partei in einer anderen Rechtsangelegenheit von Vorteil sein könnte.

### Entwurf eines Gesetzes zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt

Mit diesem Entwurf tastet sich der Gesetzgeber langsam an das Thema Legal Tech heran, um einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Beteiligten (Verbraucher, Legal Tech – Unternehmen und Rechtsanwälten) zu schaffen. Der Gesetzentwurf sieht eine Öffnung der Regelungen zur Vereinbarung eines Erfolgshonorars und auch der Prozessfinanzierung durch Rechtsanwälte vor, um insoweit ein level playing field mit Legal Tech Anbietern zu schaffen. Zudem soll der Verbraucherschutz im Bereich von Inkassotätigkeiten, unter anderem durch höhere Anforderungen an die Zulassung eines Inkassodienstleisters und neue Informationspflichten, gestärkt werden.

---

## Ausblick

Es bleibt abzuwarten, welche Änderungen noch im laufenden Gesetzgebungsverfahren vorgenommen werden. Die Entwürfe sollen noch in der laufenden Legislaturperiode bis zum Herbst 2021 beschlossen werden. Insgesamt mögen die Entwürfe einzelnen Marktteilnehmern an manchen Stellen zu oder aber gerade nicht progressiv genug sein. Allerdings zeigen beide Entwürfe in eine gute Richtung und führen zu einer deutlichen Modernisierung des anwaltlichen Berufsrechts. Es bleibt also spannend, wie der Anwaltsmarkt die Änderungen aufnehmen und wie die Umsetzung in der Praxis erfolgen wird.



Daniel Kreienkamp



## Drohende Haftungsverschärfungen für Abschlussprüfer

Als Reaktion auf den Wirecard-Skandal wurde auf Gesetzgebungsebene zunächst mit einem Aktionsplan und wenig später mit einem Gesetzentwurf reagiert. Das BMJV und das BMF veröffentlichten am 26.10.2020 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG).<sup>1</sup> Der Entwurf sieht Regelungen zur Verschärfung der Wirtschaftsprüferhaftung vor, die auch Auswirkungen auf die Berufshaftpflichtversicherer haben werden. Nicht nur aus diesem Grund hat der Entwurf in der Fachöffentlichkeit bereits für viele kritische Stellungnahmen gesorgt.<sup>2</sup>

Der Gesetzentwurf zielt auf die Umsetzung von Maßnahmen zur Wiederherstellung und dauerhaften Stärkung des Vertrauens in den deutschen Finanzmarkt ab und umfasst unter anderem Vorschläge zur weitergehenden Regulierung der Abschlussprüfung. So sollen künftig auch kapitalmarktorientierte Unternehmen, die nicht Banken oder Versicherungen sind, ihren Abschlussprüfer nach spätestens zehn Jahren wechseln müssen. Darüber hinaus soll die Pflicht zur Trennung von Prüfung und Beratung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse ausgeweitet werden. Weitere Reformvorschläge betreffen vor allem die Corporate Governance von Unternehmen des öffentlichen Interesses, das zweistufige Bilanzkontrollverfahren und Anpassungen im Bilanzstrafrecht. Zudem sieht sich die Bundesregierung aufgrund der bisher bekannten Umstände im Zusammenhang mit der Abschlussprüfung der Wirecard AG dazu veranlasst, eine Haftungsverschärfung für Abschlussprüfer vorzunehmen.

### 1. Ausgangslage

Gemäß dem derzeit geltenden § 323 Abs. 1 S. 3 HGB ist ein Abschlussprüfer, der vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflichten verletzt, der Kapitalgesellschaft und, wenn ein verbundenes Unternehmen geschädigt worden ist, auch diesem gegenüber zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Diese Haftung ist gemäß § 323 Abs. 2 S. 1 HGB im Fall einer fahrlässigen Pflichtverletzung auf EUR 1 Mio. für eine Prüfung beschränkt. Bei Prüfung einer Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, ist die Haftung bei einer fahrlässigen Pflichtverletzung auf EUR 4 Mio. beschränkt. Die Ersatzpflicht kann gemäß § 323 Abs. 4 HGB nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

<sup>1</sup>Nach Redaktionsschluss wurde am 16.12.2020 der Regierungsentwurf zum FISG veröffentlicht, der wichtige Änderungen im Vergleich zum Referentenentwurf enthält. Einige Vorschläge aus diesem Beitrag finden sich in dem Regierungsentwurf wieder, z.B. die Abkoppelung der Mindestversicherungssumme in Höhe von EUR 1,0 Mio. von der Haftungsbeschränkung des § 323 HGB. Zudem wurde die zunächst geplante Haftungshöchstgrenze von EUR 2,0 Mio. auf EUR 1,5 Mio. gesenkt. Mehr hierzu in unserem nächsten Quarterly Update.

<sup>2</sup>Vgl. auch Schramm/Kreienkamp, r+s 2020, 12/2020.

## 2. Geplante Änderungen

Durch das FISG sollen die Haftungssummen des § 323 HGB auf EUR 2 Mio. für eine Prüfung verdoppelt werden. Im Fall einer Prüfung einer Kapitalgesellschaft, die ein Unternehmen von öffentlichem Interesse ist, soll die Haftungssumme verfünffacht werden, also von EUR 4 Mio. auf EUR 20 Mio. steigen. Die geplante Definition der Unternehmen von öffentlichem Interesse geht über die bisher von der Norm erfassten Unternehmen hinaus und umfasst auch Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen.

Neben der reinen Erhöhung der Haftungssummen soll die Haftungsbeschränkung aber auch auf die Fälle beschränkt werden, in denen Pflichtverletzungen nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen worden sind. Insoweit soll zukünftig den Prüfer die Beweislast treffen, dass die Voraussetzungen der Haftungsbeschränkung gemäß § 323 Abs. 2 HGB erfüllt sind. Die Haftungssituation des Abschlussprüfers würde also doppelt verschärft, wobei gerade auch die Verschiebung der Beweislast in der Praxis enorme Auswirkungen haben kann.

Zudem soll sich der 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.

## 3. Bewertung

Eine Verschärfung der Haftung von Abschlussprüfern ist zur Erreichung des Ziels, die Prüfungsqualität zu verbessern, weder erforderlich noch geeignet. Es gibt insbesondere keine empirischen Belege dafür, dass eine verschärfte Haftung tatsächlich einen Anreiz für eine sorgfältige und gewissenhafte Prüfung bietet. Vielmehr ist zu befürchten, dass eine Haftungsverschärfung zu einer steigenden Zahl von Inanspruchnahmen und einer weiteren Konzentration für den Markt der Abschlussprüfer führt.

Hinzu kommen die möglichen negativen Auswirkungen der geplanten Änderungen auf den Versicherungsschutz und die Berufshaftpflichtversicherer. Sowohl eine Erhöhung der Haftungssummen als auch eine Verschärfung der Haftung würden sich auf den durch Abschlussprüfer zu unterhaltenen Versicherungsschutz sowie das von den Versicherern zu tragende Risiko auswirken. 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 notwendigen Mindestversicherungssumme führen. Die Versicherer müssten künftig also mindestens EUR 2 Mio. pro Versicherungsfall zur Verfügung stellen, um einem Wirtschaftsprüfer eine für die Berufsausübung erforderliche Berufshaftpflichtversicherung anbieten zu können. Dieser Betrag ist auch im Vergleich zu anderen verkammerten Berufen unangemessen hoch. Die Mindestversicherungssumme sollte deshalb von der Haftungssumme des § 323 Abs. 2 HGB entkoppelt werden.

Eine Verdoppelung der Mindestversicherungssumme hätte mit Blick auf die Haftung für Pflichtverletzungen außerhalb der Abschlussprüfung noch weitergehende kritische Auswirkungen auf Wirtschaftsprüfer und deren Versicherer. Gemäß § 54a WPO können Wirtschaftsprüfer ihre Haftung für fahrlässig verursachte Schäden auf den vierfachen Betrag der Mindesthöhe der Deckungssumme nach § 54 Abs. 4 S. 1 WPO beschränken, wenn insoweit Versicherungsschutz besteht. Eine Verdoppelung der Mindestversicherungssumme würde also auch zu einer Verdoppelung des Betrags (von EUR 4 Mio. auf EUR 8 Mio.) führen, auf den die Haftung durch AGB beschränkt werden darf. Hierdurch wird das Haftungsrisiko von Wirtschaftsprüfern und auch das Risiko der Versicherer weiter verschärft.

Bereits diese Überlegungen werfen die Frage auf, ob die wenigen Berufshaftpflichtversicherer die erforderlichen höheren Kapazitäten überhaupt zur Verfügung stellen könnten und auch wollten. Die Branche ist bereits aktuell durch knappe Kapazitäten gekennzeichnet.

Es bleibt zu hoffen, dass die vielen kritischen öffentlichen Stellungnahmen – auch zu anderen im FISG geplanten Regelungen – im weiteren Gesetzgebungsverfahren Berücksichtigung finden und der Referentenentwurf nachjustiert wird.



Dr. Tanja Schramm





## Corona-Virus, COVInsAG und Risikoentscheidungen in der Krise – nur die Ruhe vor dem Sturm in der D&O-Versicherung?

Die Verantwortung von Geschäftsleitern und Aufsichtsorganen hat vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie weiter zugenommen. Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie treffen die gesamte deutsche Wirtschaft und üben erheblichen Druck auf Unternehmen und deren Leitungsorgane aus. Im Fokus steht zunächst die vorübergehende Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und eine zukünftig möglicherweise verstärkte Geltendmachung von Insolvenzverschleppungsansprüchen. Daneben geht es darum, dass Geschäftsleiter während der Pandemie eine Vielzahl kritischer unternehmerischer Entscheidungen treffen müssen, die allein aufgrund der pandemiebedingt unsicheren Sachlage zwangsläufig mit höheren Haftungsrisiken verbunden sind.

Im Folgenden gehen wir daher der Frage nach, ob im kommenden Jahr mit einer Welle von D&O-Fällen zu rechnen ist und welche Möglichkeiten bestehen, die Verteidigung gegen unberechtigte Klagen sinnvoll zu organisieren und Synergieeffekte zu schaffen.

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

Ein Blick in die amtlichen Statistiken legt nahe, dass nächstes Jahr möglicherweise mit einer „Bugwelle“ von Insolvenzen zu rechnen ist. Denn in den letzten Monaten war trotz der derzeitigen wirtschaftlichen Situation die Zahl der Insolvenzanmeldungen trotz Corona so niedrig wie nie. Grund hierfür ist die vorübergehende Aussetzung der Anmeldepflichten. Für das erste Halbjahr 2020 hat das Statistische Bundesamt einen deutlichen Trend zu weniger Insolvenzen festgestellt. In der Spitze geht es um fast 40 Prozent weniger Insolvenzen in den Monaten Juli und August 2020 im Vergleich zum Vorjahr.<sup>1</sup>

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass nach einer aktuellen Meldung des GDV die Versicherer für das kommende Jahr zahlreiche Prozesse gegen Geschäftsleiter erwarten, deren Unternehmen in der Corona-Pandemie insolvent wurden.<sup>2</sup> Die Haftungsrisiken hätten sich unter anderem deswegen erhöht, weil überschuldete Unternehmen bis Ende des Jahres keinen Insolvenzantrag stellen müssen.

Gestützt wird dieses Szenario etwa durch das Institut der Wirtschaft (IW) in Köln, das den Nutzen einer verlängerten Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für überschuldete Unternehmen anzweifelt. Demnach würden bereits Ende dieses Jahres rund 4.300 Unternehmen weiter am Markt operieren, obwohl sie eigentlich insolvent seien. Geschäftsleiter sind angesichts der strengen gesetzlichen Haftungsvorgaben regelmäßig mit hohen Ersatzansprüchen durch Insolvenzverwalter konfrontiert. Nach einer aktuellen Analyse des GDV von etwa 370 D&O-Schadensfällen nach Insolvenzen fordern Insolvenzverwalter im Schnitt sieben Millionen Euro.<sup>3</sup>

Insgesamt ist allerdings zunächst einmal zu konstatieren, dass die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht in einem ersten Schritt positiv ist und ohne diese bereits in diesem Jahr eine Vielzahl von Insolvenzanträgen hätte gestellt werden müssen. Allerdings wirft die Aufschiebung der Insolvenzantragspflicht bislang ungeklärte Fragen auf.

Nach dem Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz („CovInsAG“) ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags derzeit bis zum 31.12.2020 ausgesetzt. Dies gilt 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

<sup>1</sup> [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/09/PD20\\_348\\_52411.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/09/PD20_348_52411.html)

<sup>2</sup> <https://www.gdv.de/de/medien/aktuell/insolvenzen-durch-corona--managern-drohen-schadensersatzforderungen-in-millionenhoeh--63224>

<sup>3</sup> <https://www.gdv.de/resource/blob/63228/e26a0da657511ce8af6ace2402d95750/d-sonderauswertung-insolvenzen-data.pdf>

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).

Bei der allgemeinen Haftung für unternehmerische Entscheidungen nach Maßgabe der §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 AktG ist auch während der Corona-Pandemie maßgeblich, dass keine Schadenersatzpflicht eintritt, wenn der Geschäftsleiter die Vorgaben der Business Judgement Rule eingehalten hat, also vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Bei der sog. Insolvenzverschleppungshaftung gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 15a InsO entfällt diese für die Dauer der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht. Noch nicht eindeutig beantwortet ist die Frage, inwieweit die Regelungen und Vermutungen des COVInsAG auch im Strafrecht anwendbar sind und daher die Strafbarkeit wegen sog. Insolvenzbegleitdelikte entfällt.

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 von § 64 Satz 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG und vergleichbarer Rechtsnormen 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 vereinbar waren, wenn (1.) solche Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang und (2.) während der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht erfolgten. Die Beweislast in einem diesbezügliche Prozess verteilt sich damit wie folgt: Der Anspruchssteller muss beweisen, dass die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 Satz 2 COVInsAG fortbesteht. Der Geschäftsleiter muss demgegenüber die Vermutung des § 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.

Damit schafft das COVInsAG ein für Geschäftsleiter vorteilhaftes Regime, allerdings nur für einen begrenzten Zeitraum. Sofern die Regelungen nicht weiter verlängert werden, könnte somit ab dem 01.01.2021 eine Insolvenzwelle drohen. Besonders betroffen dürften die Touristik, der stationäre Handel, die Gastronomie und die Veranstaltungswirtschaft sein. Vor dem Hintergrund des verhärteten Marktes und des jahrelangen Kostentreibers durch Ansprüche von Insolvenzverwaltern wird sich die Versicherungswirtschaft daher ggf. auch Fragen nach Sublimitierungen bis hin zu einer kompletten Neujustierung des Versicherungsschutzes im Insolvenzfall stellen.

## Risikoentscheidungen in der Krise

Aber auch in solchen Unternehmen, welche die Krise (angeschlagen) überstehen, sind die Geschäftsleiter vor Inanspruchnahmen nicht gefeit. Denn allein die Tatsache, dass diese während der Pandemie eine Vielzahl kritischer unternehmerischer Risikoentscheidungen bei erheblicher Prognoseunsicherheit treffen müssen, führt zu erheblichen haftungsrechtlichen Risiken.

Ausgangspunkt der allgemeinen Haftung für unternehmerische Entscheidungen ist §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 AktG. Es geht in Haftungsprozessen regelmäßig im Kern um die Frage, ob Geschäftsleiter bei Ihrer unternehmerischen Entscheidung „vernünftigerweise annehmen durften, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft“ zu handeln. Wann eine solche ausreichende Informationsgrundlage gegeben war, ist eine Frage des Einzelfalls, beispielsweise unter Berücksichtigung des zeitlichen Vorlaufs, der Art und Bedeutung der zu treffenden Entscheidung und der Möglichkeiten des Informationszugangs. Denn es gibt keine generelle Pflicht zur Beschaffung aller denkbaren Informationen, wohl aber die Pflicht zur gründlichen Entscheidungsvorbereitung und Risikoabschätzung in der konkreten Situation.

Vor diesem Hintergrund dürfte die Argumentation bei Inanspruchnahmen wohl in die Richtung gehen, dass die Geschäftsleiter die Folgen der Pandemie nicht rechtzeitig oder ausreichend geprüft und/oder unterschätzt haben, sich nicht rechtzeitig informiert und daher nicht schnell genug oder ausreichend reagiert haben. Bei der Verteidigung dieser Inanspruchnahmen wird allerdings zu beachten sein, dass aus rechtlicher Sicht die (ex ante) Perspektive des Entscheiders maßgeblich ist. Es kommt also auf dessen

Sicht zum Zeitpunkt der Entscheidung an und die zu diesem Zeitpunkt verfügbaren Informationen. Erweist sich die getroffene Geschäftsentscheidung im Nachhinein als falsch, kann hieraus noch kein Rückschluss darüber abgeleitet werden, ob die Entscheidung auch pflichtwidrig getroffen wurde. Maßgeblich wird daher sein, welche Entwicklung zu welchem damaligen Zeitpunkt absehbar war und welche Vorsichtsmaßnahmen oder Handlungen zu welchem Zeitpunkt in der Vergangenheit möglicherweise (absehbar) notwendig gewesen wären.

### Fehlerhaftes Risikomanagement?

Ein weiterer haftungsrechtlicher Aspekt ist, dass die Pandemie ein Schlaglicht auf strukturelle Probleme und Versäumnisse im Risikomanagement einiger Unternehmen werfen könnte. Wenn ein Unternehmen beispielsweise deshalb in eine finanzielle Schieflage gerät, weil Forderungen gegen Kunden insolvenzbedingt ausfallen oder Kreditlinien plötzlich gekündigt werden, stellt sich die Frage, ob das Finanzrisiko-Controlling des Unternehmens ordnungsgemäß aufgestellt war. Wenn es darum geht, dass der Unternehmensbetrieb unterbrochen war, weil Lieferanten pandemiebedingt nicht liefern konnten, wird zu hinterfragen sein, ob die notwendigen Redundanzen in der Lieferkette vorhanden und die Unternehmensprozesse und Kapazitäten ausreichend skaliert waren. Es wird also insgesamt um die Frage gehen, ob und inwieweit es bereits vor der Krise notwendig war, einen „Notfallplan“ für die Pandemie oder jedenfalls ähnliche Szenarien vorzuhalten.

### Synergien schaffen und Abwehrkosten reduzieren

Auch wenn sich vermutlich ein Großteil der vorgenannten „Covid-D&O-Inanspruchnahmen“ als unbegründet erweisen sollten, werden die D&O-Versicherer mit den Abwehrkosten belastet werden. Für diese stellt sich daher die Frage, wie die Verteidigung gegen unberechtigte Klagen sinnvoll organisiert und die Qualität der Klageabwehr gesichert werden kann. Denn einige der dargestellten haftungsrelevanten Fragestellungen sind eng mit betriebswirtschaftlichen Themen verknüpft. Zudem wird es um Themen rund um die Pandemie gehen, d.h. ob, wann und inwieweit die Auswirkungen der Pandemie vorhersehbar waren, welche konkreten Pflichten zur Informationsbeschaffung bestanden und um Fragen rund um die Kausalität der eingeklagten Schäden (denn schließlich hat die Pandemie die gesamte Wirtschaft getroffen, nicht nur den potentiellen Anspruchsteller). Schließlich werden auch Themen rund um ein adäquates Risikomanagement im Fokus stehen.

Die vorgenannten Themen sollten idealerweise nicht in jedem D&O-Schadenfall jeweils neu (in unterschiedlicher Tiefe und Qualität) geprüft werden. Hier bestünde für Versicherer beispielsweise die Möglichkeit, sich frühzeitig mit den Themenstellungen auseinanderzusetzen und den versicherten Personen und deren Rechtsanwälten entsprechende Gutachten und/oder „Musterbausteine“ zur Verfügung zu stellen, die für die Klageabwehr verwendet werden könnten. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die vermutlich ab Frühjahr 2021 notwendige Orchestrierung der Verteidigung gegen Insolvenzverschleppungsansprüche durch die D&O-Versicherer. Es geht also darum, frühzeitig Synergieeffekte zu schaffen, welche die Qualität der Klageabwehr steigern, die Abwehrkosten reduzieren und damit am Ende auch den versicherten Personen zugutekommen.



Dr. Daniel Kassing, LL.M.



Dr. Paul Malek, LL.M.



## UK business interruption test case proceedings

In June 2020, the UK regulator – the Financial Conduct Authority, commenced test case proceedings under the Financial Markets Test Case Scheme, with a view to clarifying the extent to which policy wordings may respond to business interruption losses sustained as a result of the coronavirus pandemic.

The proceedings were brought before the High Court and considered a “representative sample” of wordings, thought to impact approximately 370,000 policyholders. The parties were the FCA, plus 8 insurers, selected because their wordings fell within the categories the FCA wished to test: Arch, Argenta, Ecclesiastical, Hiscox, MS Amlin, QBE, RSA and Zurich. Two policyholder action groups were also allowed to join the action as intervenors.

### Issues before the High Court

Key issues included the operation of denial of access clauses, disease clauses and trends clauses. In relation to disease and trends clauses, causation was a particularly significant issue.

The Court heard the parties’ arguments over the course of an eight day trial, which commenced on 20 July 2020. The Court handed down its judgment on 15 September 2020. Key findings included:

- **Prevention of access:** the Court held that prevention of access clauses respond to business closures. They are not so broad as to be triggered by social distancing advice or enforced lockdown. Nor are they so narrow as to be confined to cases where premises were closed for all purposes.  
Where a prevention of access clause responds to an emergency in the vicinity of the premises, it connotes a local emergency. It does not respond to orders imposed in response to a national epidemic
- **Denial of access/inability to use:** the Court applied substantially the same interpretation to clauses requiring denial of access and inability to use

- **Hindrance of access or use:** the Court found that hindrance clauses respond where access to or use of the premises has been made particularly difficult, short of full prevention. They may be triggered by social distancing advice and lockdown

- **Disease clauses:** in relation to almost all clauses the Court held that coverage should respond to the national epidemic and its consequences provided only that a single case, whether diagnosed or not, has occurred within the radius requirement of the policy

Alternatively, each of the occurrences was a separate but effective cause, because it materially contributed to the UK government’s decision to impose control measures on a national level

The requirement that the premises be ‘directly affected’ by the occurrence of disease does not amount to a requirement of proximate causation. That requirement is not intended to narrow the cover but rather to clarify that coverage does not apply to premises which are unaffected by the peril

In the context of disease extensions the Court declined to apply general exclusions for ‘epidemic and disease’ on the basis that they cut across the coverage provided

- **Causation:** the judgment is expressly based on the Court’s construction of policy terms rather than on high level principles of causation. As a result the judges declined to address the general principles of causation in any detail. Instead, the Court’s conclusions on causation were said to follow from the construction of each clause



– **Trends and circumstances language:** the Court held that:

- Orient Express was wrongly decided in that insurers in that case should not have been allowed to separate the effects of the insured damage from the effects of the wide-area hurricane damage. Specifically, in Orient Express, the hotel should have been indemnified as if no hurricane had occurred, no parts of New Orleans had suffered damage, and throughout the indemnity period it would have been able to trade normally at pre-hurricane levels
- Insurers may not reduce the adjustment to take account of the uninsured consequences of the disease (e.g. social distancing, lockdown etc.) during the indemnity period. The indemnity should be paid as if the pandemic had not occurred
- Nonetheless, there are sections of the judgment which suggest that insurers may take account of any downturn in turnover which took place before the closure order took effect, albeit the judgment is quite ambiguous on the point, which we are considering further

The Court subsequently released a set of declarations, providing a practical illustration of how its judgment would affect policy wordings.

## Appeal to the Supreme Court

Following on from the Test Case judgment, the FCA, six of the eight Defendant insurers (Arch, Argenta, MS Amlin, Hiscox, QBE and Royal & Sun Alliance) and the Hiscox Action Group, applied to appeal the High Court’s judgment and declarations pursuant to the “Leapfrog” procedure, which allows an Appellant to make an expedited appeal direct to the Supreme Court, bypassing the Court of Appeal.

That application was granted and an appeal hearing took place 16 to 19 November 2020. Judgment is yet to be handed down.

The key issues on appeal include the following:

### • Causation

- Whether the applicable rules of causation allow recovery of loss which would, but for the insured peril, have been suffered in any event, as a result of one or more components of the insured peril and/or the response to it
- The meaning and effect of various pieces of causal language including; as a result of; following; solely and directly; and, arising from
- The extent to which the Court’s theory of “indivisible cause” is correct in English law and allows the Court to circumvent traditional causation principles (which make clear that something is either a proximate cause, or it is not) by drawing a link between something which was causative but not covered, and something which was not causative but was potentially covered
- The extent to which the Court’s alternative conclusion that all occurrences are separate and effective causes, is legally flawed on the basis that it runs counter to the requirement that an occurrence be a proximate cause of loss
- It is important to note that:
  - The FCA is not challenging the Court’s approach to causation on the denial of access wordings on which insurers succeeded regarding the need for the relevant danger/emergency to be localised. The FCA’s appeal is limited to the points outlined in the “Denial of access clauses” section below, regarding the nature of the restrictions imposed
  - With the exception of one particular wording, the causation points on composite peril, but for causation (in terms of policy trigger) and the causal language relate to the notifiable disease and hybrid extensions

---

- **Composite perils**

- Whether the concept of a composite peril is legally correct
- The Court’s classification of perils as “composite” and its identification of their component parts, including whether business interruption itself can be a part of the insured peril

- **Notifiable Disease clauses**

- Whether radius requirements have the effect of excluding losses proximately caused by occurrences of Covid-19 outside the relevant radius/whether loss must be proximately caused by disease within the relevant radius
- Whether use of the word “manifestation” indicates that cover was intended to be confined to the results of local cases
- The extent to which the Court was correct in holding that insurers’ approach to notifiable disease clauses would result in anomalies where the pandemic caused disease both within and outside the relevant radius

- **Denial of access clauses**

- Whether an “inability to use” requires the insured being entirely unable to use its premises or whether a partial loss of use will suffice
- Whether the words “restrictions imposed” are limited to restrictions imposed by statutory instrument or are wider, including restrictions imposed by government advice or guidance

- **Trends clauses**

- The correct application of trends clauses, including whether such clauses allow for the pandemic and its consequences (to the extent that the same did not form part of the relevant insured peril) to be stripped out for the purposes of loss adjustment
- Whether the Court was correct in distinguishing *Orient-Express Hotels Limited v Assicurazioni Generali Spa (UK) (t/a Generali Global Risk) (2010)* and finding that the case had, in any event, been wrongly decided
- The extent to which it is appropriate for adjustment to take into consideration the continuance of a measurable downturn in business and/or increase in expenses, which commenced prior to the pandemic

It is unclear whether the Supreme Court will hand down judgment before or after Christmas.

A complete set of the Court documents is available on the FCA’s business interruption insurance page: <https://www.fca.org.uk/firms/business-interruption-insurance>



Neil Beresford



James Cooper



## Sondervergütungsverbot reloaded

Der Online-Makler Gonetto hat am 05.11.2020 zum zweiten Mal eine Niederlage vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main verzeichnet.<sup>1</sup>

Gonetto erstattete seinen Kunden seit 2017 gegen eine geringe fixe Verwaltungsgebühr die gesamten Provisionen aus ihren Versicherungsverträgen und vermittelte daneben zudem provisionsfreie Nettotarife. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sah darin einen Verstoß gegen das Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot und untersagte es Versicherern, mit Gonetto zusammenzuarbeiten.

Nach dem in § 48b Abs. 1 VAG geregelten Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot ist es Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittlern sowie deren Angestellten untersagt, versicherten Personen oder Bezugsberechtigten aus einem Versicherungsvertrag Sondervergütungen zu versprechen oder zu gewähren. Gonetto beruft sich auf die Ausnahmeregelung in § 48b Abs. 4 VAG, wonach das Verbot keine Anwendung findet, soweit die Sondervergütung zur dauerhaften Leistungserhöhung oder Prämienreduzierung des vermittelten Vertrags verwendet wird.

Das Sondervergütungs- und Provisionsabgabeverbot wurde im Zuge der Anpassung an die europäische Versicherungsvermittlungsrichtlinie (IDD) ins deutsche Aufsichtsrecht aufgenommen. Zuvor gab es lediglich eine gesetzliche Ermächtigung der Aufsichtsbehörden, entsprechende Regelungen zu treffen. Ziel des § 48b VAG ist es insbesondere zu verhindern, dass es durch unverhältnismäßig hohe Incentives zu Fehlanreizen für Verbraucher kommt. Die Regelung trifft immer wieder auf Kritik – sie sei insbesondere verfassungs- und europarechtlich bedenklich, weil sie zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungs- und Wettbewerbsfreiheit führe.

### Verlorener Eilantrag

Bereits im September 2018 hatte das Verwaltungsgericht Frankfurt einen Eilantrag des Online-Versicherungsmaklers Gonetto abgewiesen, der sich gegen Untersagungsverfügungen der BaFin richtete.

Auch die nächste Gerichtsinstanz, der Verwaltungsgerichtshof Hessen, wies die Beschwerde von Gonetto gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt zurück.<sup>2</sup> Das Gericht verneinte die Zulässigkeit der Beschwerde aufgrund fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses aus den gleichen Gründen wie das Verwaltungsgericht. Zur Sachfrage äußerte sich das Gericht ebenfalls nicht.

### Klage vor dem Verwaltungsgericht

Gonetto klagte anschließend vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main gegen das Vorgehen der BaFin. Mit dem bislang nur mündlich ergangenen Urteil wies das Verwaltungsgericht die Klage von Gonetto ab. Es bleibt abzuwarten, ob das Gericht dieses Mal inhaltlich zur Regelung des § 48b VAG Stellung genommen hat.

<sup>1</sup> Mündliche Entscheidung vom 05.11.2020, Az. 7K 2581/19.F.

<sup>2</sup> Urteil vom am 05.02.2019, Az. 6 B 2061/18.

---

## Merkblatt der BaFin

Kurz vor der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main veröffentlichte die BaFin – aufbauend auf dem bereits bestehenden Vertriebsrundschriften 11/2018 – ein Merkblatt mit Auslegungshinweisen zum Sondervergütungsverbot<sup>3</sup> und konkretisierte insoweit ihre bereits im Zusammenhang mit der Causa Gonetto vertretene Auffassung, dass eine dauerhafte Prämienreduzierung im Sinne des § 48b Abs. 4 S. 1 VAG stets eine entsprechende zivilrechtliche Vereinbarung zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer erfordere. Würde allein die Vereinbarung zwischen einem Versicherungsvermittler und einem Versicherungsnehmer für eine dauerhafte Prämienreduzierung ausreichen, würde das Verbot der Sondervergütung nach Auffassung der Aufsicht weitgehend leerlaufen.

Darüber hinaus konkretisiert die BaFin ihre Auffassung im Hinblick auf die Geringwertigkeitsklausel nach § 48b Abs. 2 VAG, wonach eine Zuwendung nur dann eine Sondervergütung darstellt, wenn sie nicht geringwertig ist.

Nach der Regelung des § 48b Abs. 2 S. 1 VAG dürfen nach Auslegung der BaFin im Rahmen eines bestehenden Vertrages wertmäßig pro Kalenderjahr bis zu 15 Euro oder bis zu 5 Prozent der Jahresprämie zugewendet werden, vorausgesetzt, dass diese Leistungen in Form von Sach- oder Dienstleistungen (z. B. Kalender, Essenseinladungen, Konzertkarten, Stadionbesuch) erfolgen. Um einen Widerspruch zur dauerhaften Prämienreduzierung zu vermeiden, dürfen Zuwendungen nicht als Bargeld oder „bargeldgleich“, beispielsweise in Form von Schecks oder Gutscheinen, erbracht werden.

Bei der Anbahnung oder anlässlich eines Vertragsabschlusses gelten Belohnung oder Geschenke nach § 48b Abs. 2 S. 2 VAG als geringwertig, wenn sie einen Gesamtwert von 15 Euro pro Versicherungsverhältnis und Kalenderjahr nicht überschreiten.

Die Regelungen zum bestehenden Vertragsverhältnis und zur Anbahnung können nach Auffassung der BaFin nebeneinanderstehen, so dass sowohl anlässlich eines Vertragsschlusses als auch im Rahmen eines (zukünftig) bestehenden Vertrages geringwertige Zuwendungen von bis zu 15 Euro pro Versicherungsverhältnis und Kalenderjahr gewährt werden können. Die Zuwendung darf allerdings erst in dem jeweils aktuellen Kalenderjahr ausgezahlt werden und nicht im Voraus für mehrere Jahre.



Anika Rothe, LL.M.

<sup>3</sup>Merkblatt zur Auslegung des Sondervergütungsverbot (§ 48b Versicherungsaufsichtsgesetz - VAG) vom 21.20.2020.





## Zur Einordnung von Versicherungsverträgen – Abgrenzung von Schadens- und Summenversicherung

Die Betriebsschließungsversicherung ist zurzeit in aller Munde. Versicherungsrechtlich ist sie ein noch weitgehend unbestelltes Feld. Erst seitdem die Corona-Pandemie auch in Deutschland angekommen ist, haben sich Literatur und inzwischen auch die Rechtsprechung (z.B. LG Bayreuth COVuR 2020, 806; LG München I COVuR 2020, 755) mit dem Umfang des Deckungsschutzes solcher Verträge näher auseinandergesetzt. Im Mittelpunkt steht dabei die umstrittene Frage, ob sie auch Schutz für das neuartige Coronavirus bieten. Neben all den unterschiedlichen Auffassungen, die hierzu vertreten werden, ist eine andere Frage bislang weniger lebhaft diskutiert worden: Wie ist diese Versicherung eigentlich einzuordnen? Hierzu ist zuletzt angenommen worden, es handele sich der Betriebsschließungsversicherung nicht um eine Schadensversicherung, sondern um eine Summenversicherung (Günther/Piontek, r+s 2020, 242, 245; Rixecker, in: Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 11 Rn. 56). Derartige Abgrenzungsfragen sind keineswegs eine Besonderheit der Betriebsschließungsversicherung. Auch eine aktuelle Entscheidung des BGH vom 15. Juli 2020, in der es um die „schwierige Frage“ der Ausgestaltung der Reiserücktrittskostenversicherung als Schadens- oder Summenversicherung ging (BGH VersR 2020, 1338), gibt Anlass, sich einen Überblick über die Einordnung von Versicherungsverträgen zu verschaffen.

In Lehrbüchern liest man hierzu oft: „Eine Summenversicherung ist stets eine Personenversicherung, nicht aber umgekehrt.“ (Armbrüster, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 479; Wandt, Versicherungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 39). Tatsächlich ist die Typisierung von Versicherungen etwas komplexer, als es in diesem Merksatz zum Ausdruck kommen mag. Bei der Kategorisierung hilft auch die Systematik des VVG kaum weiter, welches weder von Personen- noch von Summenversicherungen spricht und auch ansonsten keine klaren Einteilungen erkennen lässt. Im Wesentlichen haben sich jedoch zwei wichtige Unterscheidungen etabliert:

Die erste Unterscheidung bezieht sich auf das versicherte Risiko. Da wären zunächst Versicherungen, deren versicherte Gefahren in der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit liegen, wie etwa die Lebensversicherung (§§ 150 ff. VVG), die Berufsunfähigkeitsversicherung (§§ 172 ff. VVG) oder die Krankenversicherung (§§ 192 ff. VVG). Sie werden als *Personenversicherungen* bezeichnet. Alle anderen Versicherungsverträge, die keine personenbezogenen Risiken abdecken, werden demgegenüber meist mit dem etwas profanen Begriff der *Nichtpersonenversicherung* umschrieben. Zu nennen sind hier nur beispielhaft alle Arten von Sachversicherungen (wie etwa die Kasko-, Wohngebäude- oder Hausratversicherung) oder auch die Transport-, Rechtsschutz- oder Haftpflichtversicherung. Als Gegenstück zur Personenversicherung ist mitunter auch von dem Begriff der *Kompositversicherung* die Rede. Letztere Bezeichnung klingt zwar etwas eleganter, ist jedoch für die spartenbezogene Kategorisierung ungenau. Bei ihr handelt es sich um einen unternehmensrechtlich geprägten Sammelbegriff, unter den alle Versicherungszweige der Schaden- und Unfallversicherung (außer der Krankenversicherung) zusammengefasst werden. Hintergrund ist das in § 8 Abs. 4 Satz 2 VAG verankerte Prinzip der Spartenentrennung, nach dem die Lebens- und substitutive Krankenversicherung getrennt von anderen Versicherungszweigen betrieben werden müssen. Aus ihm wird zum Teil abgeleitet, dass etwa die Unfallversicherung, die von § 8 Abs. 4 Satz 2 VAG nicht erfasst wird, nicht zur Personenversicherung zähle (Armbrüster, a.a.O., Rn. 107). Freilich beschränkt sich der Zweck der Regelung allein auf eine Trennung von Vermögensmassen und damit auf den Schutz der Versicherten (Präve, in: Prölss/Dreher, VAG, 13. Aufl. 2018, § 8 Rn. 26). Hingegen lässt sich der aufsichtsrechtlich gebotenen Spartenentrennung keine Aussage in Bezug auf die systematische Einordnung von Versicherungssparten entnehmen. Insbesondere spricht sie Kompositversicherungen wie der Unfallversicherung oder auch der Reisekrankenversicherung nicht ihre Eigenschaft als Personenversicherungen ab. Insofern sind Personenversicherungen und Kompositversicherungen keine Gegensätze.

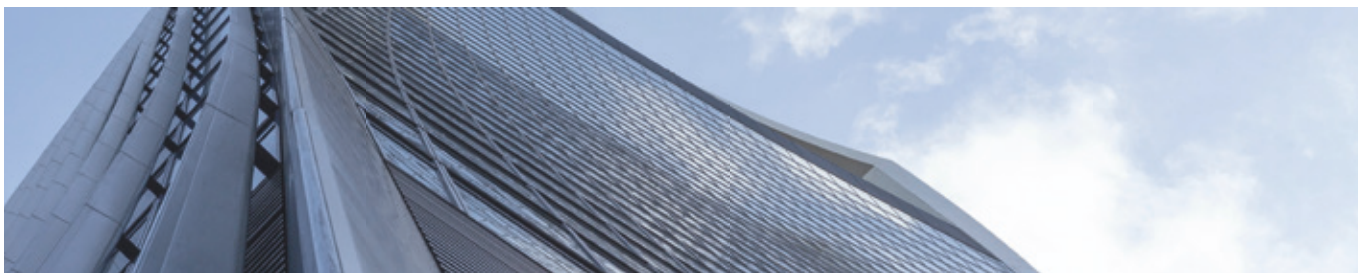
Von größerer praktischer Relevanz ist eine zweite Unterscheidung hinsichtlich der vertraglich vereinbarten Versicherungsleistungen. Insoweit ist zwischen Schadensversicherungen und Summenversicherungen zu differenzieren. Während Schadensversicherungen – wie der Name schon sagt – einen tatsächlichen Schaden des Versicherungsnehmers und damit einen konkreten Bedarf abdecken sollen, zeichnen sich Summenversicherungen durch eine abstrakte Bedarfsdeckung aus. Hier verspricht der Versicherer bei Eintritt des Versicherungsfalles eine im Voraus vereinbarte Summe, unabhängig davon, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer einen konkreten Schaden erlitten hat. Diese Abgrenzung ist – im Gegensatz zur Unterscheidung zwischen Personen- und Nichtpersonenversicherungen – nicht nur theoretischer Natur. Sie entscheidet nämlich darüber, ob auf den Versicherungsvertrag die gesetzlichen Vorschriften zur Schadensversicherung (§§ 74 ff. VVG) Anwendung finden, namentlich die Regelungen zur Überversicherung (§ 74 VVG), zur Schadensminderungsobliegenheit des Versicherungsnehmers (§ 82 VVG) oder zum Übergang von Ersatzansprüchen (§ 86 VVG). Abgrenzungsschwierigkeiten können sich vor allem bei pauschalierten Entschädigungsleistungen ergeben, wie etwa bei einer Krankentagegeldversicherung (s. hierzu BGH VersR 2001, 1100). Hierbei sind Summenversicherungen nicht mit einer sog. Taxe im Sinne von § 76 VVG zu verwechseln. Zwar wird auch hier die Versicherungsleistung vom konkreten Schaden ein Stück weit losgelöst, indem der Versicherungswert auf einen im Voraus vereinbarten Betrag fixiert („taxiert“) wird. Dies geschieht jedoch lediglich aus pragmatischen Gründen, um Streitigkeiten über die Höhe des Versicherungswerts in Fällen zu vermeiden, in denen die Ermittlung des konkret entstandenen Schadens mitunter schwierig sein kann (z.B. Höhe des Ertragsausfalls, Wert eines Kunstwerks). Solche pauschalierenden Vereinbarungen stellen aber, wie die Systematik des § 76 VVG zeigt, den Charakter einer Schadensversicherung nicht infrage.

Nun stellt sich die Frage, in welchem wechselseitigen Verhältnis diese Kategorien stehen. Hier kommt der eingangs erwähnte Merksatz ins Spiel: Personenversicherungen sind zwar meist als Summenversicherungen ausgestaltet (wie z.B. die Lebensversicherung oder die Berufsunfähigkeitsversicherung), sie müssen es aber nicht. Vielmehr können Personenversicherungen auch als Schadensversicherungen konzipiert sein, wie z.B. die Krankheitskostenversicherung (§ 192 Abs. 1 VVG). Nicht ohne Grund hat der Reformgesetzgeber die noch im alten VVG in § 1 Abs. 1 VVG a.F. anzutreffende Differenzierung zwischen „Schadensversicherungen“ und „Personenversicherungen“ aufgegeben. Größeren Erklärungsbedarf erfordert hingegen die These, eine Summenversicherung sei stets Personenversicherung. Mit ihr haben sich in der Vergangenheit immerhin ganze Dissertationen und Habilitationsschriften kritisch auseinandergesetzt (Gärtner, Das Bereicherungsverbot, 1970, S. 135 ff.; eingehend Winter, Konkrete und abstrakte Bedarfsdeckung in der Sachversicherung, 1962). Nun ist dies nicht der richtige Ort, um auf eine Grundsatzfrage angemessen einzugehen. Angemerkt sei an dieser Stelle nur, dass der Merksatz durchaus seine Berechtigung hat. Ließen sich nämlich in der Nichtpersonenversicherung, insbesondere in der Sachversicherung, vom tatsächlichen Bedarf völlig losgelöste Versicherungsleistungen nach Belieben vereinbaren, wären nicht nur die gesetzlichen Regelungen zur Taxe überflüssig, mit denen der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass „erheblich übersetzte“ Entschädigungsleistungen keine Bindungswirkung entfalten (vgl. § 76 Satz 2 VVG). Es würden darüber hinaus auch die Grenzen der Versicherung zu Spiel und Wette (§ 762 BGB) verschwimmen. Nicht umsonst ist heute allgemeine Meinung, dass Nichtpersonenversicherungen keine Summenversicherungen, sondern nur Schadensversicherungen sein können (E. Lorenz, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, VersR-Hdb., 3. Aufl. 2015, § 1 Rn. 86; Pilz, in: BeckOK-VVG, 7. Ed. [Stand: 28.02.2019], § 1 Rn. 10).

Aus diesem Grund handelt es sich etwa bei der Reiserücktrittskostenversicherung richtigerweise um eine Schadensversicherung. Dass die gegenüber dem Reiseveranstalter vertraglich geschuldeten Stornokosten pauschal festgelegt werden, ändert nichts daran, dass der Versicherer mit dem Ersatz dieser Kosten einen konkreten Bedarf des Versicherungsnehmers abdeckt (*Armbrüster*, in: *Prölss/Martin*, VVG, 30. Aufl. 2018, § 1 Rn. 140). Ebenso stellt die Betriebsschließungsversicherung – wie jede andere Form einer Betriebsunterbrechungsversicherung, bei der es um die Deckung eines konkreten Bedarfs in Form eines Ertragsausfalls geht – eine Schadensversicherung dar und zwar in Gestalt einer Taxe (*Lüttringhaus/Eggen*, r+s 2020, 250, 251; *Schreier*, VersR 2020, 513, 516). Insbesondere kann es für die Anwendung der §§ 74 ff. VVG keine Rolle spielen, ob der versicherte Ertragsausfall im Versicherungsfall im Wege einer konkreten Schadensberechnung ermittelt oder aus Vereinfachungsgründen bereits von vornherein durch die Parteien geschätzt wird. Insoweit bietet die Betriebsschließungsversicherung als weitere Erscheinungsform einer Nichtpersonenversicherung einen weiteren Beleg für die Richtigkeit des – wenn auch wenig eingängigen – Merksatzes.



Dr. Vincent Schreier



## Aktuelle Rechtsprechung

### OLG Düsseldorf: Vertrauensschadenversicherung und unvorhergesehene Kursverluste bei Devisengeschäften

Mit Urteil vom 28.08.2020 entscheidet das Oberlandesgericht Düsseldorf<sup>1</sup>, dass Wechselkursschwankungen beim Devisenhandel einer versicherten Person dann nicht unmittelbar durch die jeweilige Anlageentscheidung verursacht sind, wenn die Kursentwicklung auf eine überraschende Entscheidung einer Zentralbank zurückzuführen ist. Das Gericht bestätigte darüber hinaus die Wirksamkeit einer Klausel zu entscheiden, die Vermögensschäden durch unerlaubte Handlungen mit Finanzinstrumenten vom Versicherungsschutz ausschließt. Devisengeschäfte und Devisentermingeschäfte seien nach dem Verständnishorizont eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers als Finanzinstrumente im Sinne der Ausschlussklausel anzusehen.

Im zugrunde liegenden Verfahren machte die Versicherte Ansprüche gegen den Vertrauensschadenversicherer. Ausweislich der Versicherungsbedingungen bestand Versicherungsschutz für Schäden am Vermögen der versicherten Unternehmen, die von Vertrauenspersonen durch vorsätzliche Handlungen, die nach den gesetzlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen zum Schadenersatz verpflichtet, unmittelbar verursacht werden. Ein bei der Versicherten tätiger Referent im Finanzbereich tätigte Devisengeschäfte auf CHF, die sich als Verlustgeschäfte offenbarten, nachdem die Schweizer Nationalbank (SNB) „völlig überraschend“ den Mindestkurs für CHF aufhob. In der Folge kündigte die Versicherte dem Referenten mit der Begründung, dass ihm Devisengeschäfte im Innenverhältnis nicht gestattet gewesen seien. Hierüber verglichen sich die Parteien. Eine Strafanzeige wegen Untreue stellte die Versicherte nicht.

Auch mit der Berufung blieb die Versicherte nach Klageabweisung in erster Instanz erfolglos. Zur Begründung stellte das Oberlandesgericht Düsseldorf darauf ab, dass erst die Entscheidung der SNB die Kursverluste verursacht hatte, nicht jedoch unmittelbar die Anlageentscheidung des Referenten. Obschon bereits hiernach die Klage unbegründet war, handele es sich nicht um eine „unerlaubte Handlung“ im Sinne der Risikobeschreibung. Der Referent habe sich gerade nicht wegen Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht, da zwar im Innenverhältnis die Befugnis zum Abschluss von Devisengeschäften fehlte, jedoch davon auszugehen gewesen sei, dass diese Einschränkung in der Praxis nicht gelebt wurde. Auch sei ein tatbestandsmäßiger Vermögensnachteil nicht festzustellen gewesen. Schließlich greife auch der Deckungsausschluss für Finanzinstrumente. Nach dem Verständnishorizont eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers zählten Devisengeschäfte gerade zum Kernbereich des Begriffs „Finanzinstrumente“ und unterfielen damit dem Ausschluss.

### OLG Dresden: Maklerhaftung und Interventionswirkung bei doppelter Streitverkündung

Am 19.05.2020 befasste sich das OLG Dresden<sup>2</sup> mit der Haftung einer Versicherungsmaklerin gegenüber einem Versicherten. Im Zuge dessen war auch darüber zu entscheiden, wie weit einer Streitverkündung im Vorprozess Interventionswirkung für den in Rede stehenden Folgeprozess zuzusprechen war. Das OLG Dresden entschied, dass es für die Haftung der Versicherungsmaklerin nicht auf einen Vorsatz ankomme, den Versicherer zu täuschen, wenn die Arglistanfechtung des Versicherers auf einer Pflichtverletzung der Versicherungsmaklerin beruht. Die Maklerhaftung erstreckte sich dabei auch auf die Kosten des Versicherten, die diesem durch die erfolglose Inanspruchnahme des Versicherers entstanden sind. Die maßgebliche prozessuale

<sup>1</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.08.2020 – 4 U 57/19.

<sup>2</sup> OLG Dresden, Urt. v. 19.05.2020 – 4 U 2660/19.



Frage der doppelten Streitverkündung konnte dahinstehen, verleitete das OLG Dresden jedoch zu der Bemerkung, dass bei doppelter Streitverkündung einiges dafür spreche, die Interventionswirkung auf das für den Streitverkündeten erkennbare Interesse des Streitverkünders zu beschränken.

Der Versicherte nahm seine Versicherungsmaklerin auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus dem zwischen ihnen bestehenden Maklervertrag in Anspruch. Die Versicherungsmaklerin hatte zunächst eine Deckungsnote online erstellt und abgesendet, die sie falsch ausgefüllt hatte. Das Landgericht hatte der Klage nach Versäumnisurteil gegen die Versicherungsmaklerin als Beklagte und hiergegen erhobenem Einspruch vollumfänglich stattgegeben. Die Versicherungsmaklerin wandte mit ihrer Berufung insbesondere ein, sie sei in dem Vorprozess nicht auf Seiten des Versicherten, sondern auf Seiten des beklagten Versicherers beigetreten. Aus diesem Grund habe sie sich im Verhältnis zum Versicherten als Streitverkünder nicht angemessen verteidigen können. Eine Interventionswirkung greife daher nicht, das Landgericht hätte Beweis erheben müssen. Die Berufung blieb jedoch weitestgehend erfolglos.

Mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH (vgl. Urt. v. 18.03.2004 – IX ZR 255/00) bekräftigte das OLG Dresden, dass die Interventionswirkung auch bei einem Beitritt auf Seiten des Prozessgegners in gleicher Weise eintritt wie im Fall eines unterlassenen Beitritts. Dies treffe zwar nicht ohne Weiteres auch auf den Fall einer doppelten Streitverkündung zu, gleichwohl sei einer in der Literatur vertretenen Ansicht, wonach Einwendungen möglich bleiben sollen, die der Streitverkündungsempfänger Vorprozess aus prozessualen Gründen nicht hatte vorgetragen können, da er sich mit einem solchen Vorbringen in Widerspruch zu der von ihm unterstützten Partei gesetzt hätte. Dem hielt das OLG Dresden entgegen, dass es der Streitverkündungsempfänger selbst in der Hand habe, auf der anderen Seite beizutreten. Infolgedessen sei die Interventionswirkung auf das für den Streitverkündungsempfänger „erkennbare rechtliche Interesse an der Streitverkündung konkret zu beschränken“.

Im Hinblick auf die Frage der Maklerhaftung konstatierte das OLG Dresden, dass die Versicherungsmaklerin aufgrund der durch sie falsch ausgefüllten Deckungsnote hätte sicherstellen müssen, dass der (richtig ausgefüllte) Papierantrag an den Versicherer weitergeleitet wird, und kontrollieren müssen, ob die Vorschäden dem Versicherer bei der Risikoeindeckung bekannt geworden waren, nachdem sie zuvor Schwierigkeiten mit der elektronischen Übermittlung der Vorschäden gehabt hatte. Nach Policierung hätte sie zudem prüfen müssen, ob die Angaben zu den Vorschäden tatsächlich übernommen worden sind, um den Kläger als Versicherungsnehmer vor einer Anfechtung zu bewahren. Hieraus folge bereits die Pflichtverletzung gegenüber dem Versicherten aus dem Maklervertrag, ohne dass es darauf ankomme, ob die Versicherungsmaklerin Täuschungsvorsatz gegenüber dem Versicherer hatte.

## OLG Hamm: Der Makler als Verhandlungsgehilfe

In seinem Hinweisbeschluss vom 04.03.2020 setzte sich das Oberlandesgericht Hamm<sup>3</sup> mit der Frage auseinander, wann ein Makler mit der Folge der Zurechenbarkeit seines Verhaltens gegen den (potentiellen) Versicherungsnehmer als dessen „Verhandlungsgehilfe“/„Vertrauensperson“ anzusehen ist. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Makler nach Außen gegenüber dem Versicherer in dieser Funktion für den Antragsteller auftritt.

In einem vergleichbaren Fall hatte das Oberlandesgericht Saarbrücken (vgl. Urt. v. 16.06.2010 – 5 U 272/08) wie auch der mit der dagegen gerichteten Revision befasste Bundesgerichtshof die Zurechenbarkeit noch verneint. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm war hier jedoch entscheidend, dass der Makler den Antrag nicht nur mit seiner Vermittlernummer versehen und zusätzlich mit einer ergänzenden Bemerkung gestempelt hatte. Vielmehr sei der Makler durch seine zusätzliche Unterschriftsleistung unter dem Antrag als „Verhandlungsgehilfe“/„Vertrauensperson“ erkennbar nach Außen gegenüber dem Versicherer aufgetreten. Besondere, einschränkende Zusätze zur Unterschrift, die eine andere Bewertung nach Ansicht des Senats rechtfertigen hätten können, gab es nicht. Infolgedessen war der Versicherer zur Anfechtung des Versicherungsvertrages nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB berechtigt.

<sup>3</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 04.03.2020 – 20 U 3/20.

In der Sache hatte der Makler i.S.d. §§ 22 VVG, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB objektiv falsche Angaben gemacht. Einen entsprechenden Vorsatz bejahte das Oberlandesgericht Hamm knapp mit Verweis auf die jahrzehntelange Erfahrung des Maklers, wonach es „völlig außer Zweifel stehe, dass der Makler „nicht nur vorsätzlich [...], sondern auch arglistig“ gehandelt habe.

## LG Dortmund: Schadensschätzung bei einem Preiskartell gemäß § 287 ZPO

Das Landgericht Dortmund<sup>4</sup> entschied am 30.09.2020 zur Schadensschätzung bei einem Preiskartell gemäß § 287 ZPO im Zusammenhang mit dem sog. Schienenkartell in einer der ersten Entscheidungen zu dieser Frage. Dem Tatrichter sei jedenfalls die Schätzung eines Mindestbetrages, sofern diese nicht mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte willkürlich wäre. Erforderlich sei eine solche Schätzung, wenn die Methoden der Vergleichsmarktbetrachtung, einer Kostenprüfung oder einer Vergleichsanalyse mit den Preisen von Kartellaußenseitern nicht sinnvoll gangbar sind.

Die Stadt Dortmund (hier als Klägerin) beschaffte in Verantwortung des öffentlichen Nahverkehrs in Dortmund regelmäßig u.a. bei der Beklagten Gleisbaumaterialien. Die Beklagten waren an dem vom Bundeskartellamt durch Bußgeldbescheid vom 18.07.2013 bestandskräftig geahndeten Preis-, Kundenschutz- und Quotenkartell beteiligt. Die Klägerin nahm die Beklagten als Gesamtschuldner auf Ersatz des Schadens in Anspruch, den sie wegen kartellbedingt überhöhter Preise erlitten habe. Das Landgericht hielt die Klage für einen Teil der Erwerbsvorgänge für begründet und verurteilte die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung eines Betrages von EUR 62.036,05 zzgl. Zinsen. Erst am 19.05.2020 hatte der BGH entschieden, dass es einen Anscheinsbeweis für den Schadenseintritt nicht gebe (vgl. Ur. v. 19.05.2020 – KZR 70/17).

Unschädlich sei es, wenn der klägerische Vortrag zu den Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung gemäß § 287 ZPO Lücken oder Unklarheiten enthalte, da dies regelmäßig nicht rechtfertige, dem jedenfalls in irgendeiner Höhe Berechtigten jeden Ersatz zu versagen. Der zu ermittelnde „kontrafaktische“ Preis sei ein fiktiver Preis, der nur annäherungsweise aufgrund von Anknüpfungstatsachen bestimmen werden könne. Bislang erwogene Ermittlungsmethoden seien hierzu untauglich, insbesondere ein Vergleichsmarkt sei nicht identifizierbar – wie sich aus dem Bußgeldbescheid des Bundeskartellamtes ergebe, lasse sich hier ein kartellfreier Vergleichsmarkt schon nicht mehr zweifelsfrei feststellen, da die Kartellabsprachen in Teilen Deutschlands bereits seit den 80er Jahren betrieben worden seien. Auch unterfielen die Preiskalkulation und die ihr zugrundeliegenden Preisbildungsfaktoren dem Geheimwettbewerb, sodass auch ein kostenbasierter Vergleich nicht tragfähig sei. Eine weitere marktinterne Vergleichsanalyse sei mit hohen Schätzunsicherheiten verbunden. Die „horrenden“ Kosten eines Sachverständigengutachtens stünden außer Verhältnis.

Aus dem Fehlen zielführender Ermittlungsmethoden ergebe sich die Erforderlichkeit einer alternativen Ermittlung des fiktiven Wettbewerbspreises. Nach Auffassung des Gerichts können Art, Inhalt und Umfang der streitbefangenen Kartellabsprache sowie die Einzelheiten ihrer Umsetzung hinreichende Anknüpfungspunkte für die Schätzung des kartellbedingten Preisaufschlags liefern, wobei mittels einer Gesamtschau auch weitere Sachverhaltsaspekte berücksichtigt werden könnten. Infolgedessen ging das Landgericht Dortmund von einem gemäß § 287 ZPO geschätzten Mindestschadens durch Hinzurechnung eines kartellbedingten Aufschlags von 15% des Nettopreises aus. Hierbei sei insbesondere die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für einen Kartellverstoß vorgesehene Vertragsstrafe von 15% ein wichtiger Ankerpunkt für die Schadenshöhe. Einen Weiterwälzungseinwand („Passing-on-Einwand“) der Beklagten lehnte das Gericht bereits als nicht hinreichend durch die Beklagte dargelegt ab.

<sup>4</sup> LG Dortmund, Ur. v. 30.09.2020 – 8 O 115/14 (Kart).

<sup>5</sup> LG Heidelberg, Ur. v. 06.03.2020 – 6 O 7/19.

## LG Heidelberg: Beratungsgrundlage eines Online-Versicherungsmaklers

Mit Urteil vom 06.03.2020 beschäftigte sich das Landgericht Heidelberg mit der Beratungsgrundlage eines Versicherungsmaklers.<sup>5</sup>

Die Beklagte ist Versicherungsmaklerin und bietet auf ihrer Internetseite verivox.de Versicherungsvergleiche zu verschiedenen Versicherungsbereichen an. Die Nutzer der Seite können dort ihre persönlichen Daten eingeben und erhalten dann eine Liste mit infrage kommenden Versicherern. Bei jedem dieser Versicherer wird ein Button zum Online-Antrag angezeigt. In den Vergleich einbezogen werden jedoch nicht alle am Markt tätigen Versicherer, sondern lediglich solche Versicherer, mit denen die Beklagte eine Provisionsvereinbarung getroffen hat. Das Verhältnis von teilnehmenden zu nicht teilnehmenden Versicherern liegt im Bereich der Privathaftpflichtversicherungen bei ca. 49 zu 41. Mithin nehmen zahlreiche Versicherer an dem Vergleich nicht teil.

Der Kläger, der Dachverband aller Verbraucherzentralen sowie weiterer Verbraucherschutz- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland, beanstandet, dass die Beklagte beim Vergleich von Privathaftpflichtversicherungen entgegen § 60 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 VVG ihre Kunden nicht ausreichend über die eingeschränkte Auswahl von Versicherern informiere, weil die Information inhaltlich unzureichend und nur an versteckter Stelle – nämlich über zwei kleine Links am unteren Bildschirmrand – zu finden sei.

Das Landgericht Heidelberg gab der Unterlassungsklage ganz überwiegend statt. Die Beklagte verstoße gegen die Vorschrift des § 60 Abs. 1 S. 2 VVG, indem sie bei ihrem Preisvergleich mit nachfolgender Abschlussmöglichkeit vor Abschluss des Versicherungsvertrags nicht ausdrücklich auf eine eingeschränkte Versicherer- und Vertragsauswahl hinweise. Die Informationen über teilnehmende und nicht teilnehmende Gesellschaften, die über die Schaltflächen „Teilnehmende Gesellschaften“ und „Verbraucherinformation“ abrufbar sind, genügen nicht den Erfordernissen eines ausdrücklichen Hinweises auf die eingeschränkte Beratungsgrundlage. Diese Hinweise seien einerseits nicht deutlich hervorgehoben und erfordern andererseits Rückschlüsse des Versicherungsnehmers auf die eigentliche Information.

Daneben verstoße die Beklagte gegen die Vorschrift des § 60 Abs. 2 S. 1 VVG, indem sie dem Kunden nicht mitteilt, auf welcher Markt- und Informationsgrundlage sie ihre Leistung erbringt, das heißt insbesondere auf welche Weise sie sich die für die Beratung notwendigen Informationen verschafft hat. Die Pflicht zur Mitteilung der Markt- und Informationsgrundlage verlange nicht nur die Information über die Namen der Versicherer, die der Makler in Betracht gezogen hat, sondern auch über die Anzahl der Anbieter im Markt, den Marktanteil dieser Anbieter, die Anzahl einschlägiger Versicherungsprodukte, die von jedem Anbieter verfügbar sind, und die Merkmale dieser Produkte.



## Aktuelle Entwicklungen

### BaFin ordnet Einstellung des Versicherungsgeschäfts einer CHECK24-Tochter an

Die BaFin hat der CHECK24 Vergleichsportal Finanzen GmbH, einer CHECK24-Tochter, mit bereits bestandskräftigem Bescheid vom 05.08.2020 aufgegeben, das Versicherungsgeschäft einzustellen. Die Einstellung bezieht sich allerdings nicht auf die gesamte Vermittlungstätigkeit von CHECK24 und ihrer Töchter, sondern lediglich auf eine bereits beendete Aktion, die zwischen dem 15.06. und 30.06.2020 stattgefunden hat.

Die BaFin zieht damit die Konsequenzen aus der Vermittlungstätigkeit der CHECK24 Vergleichsportal Finanzen GmbH, welche Kreditkunden, die sie über ihre Internet-Plattform an verschiedene Kreditinstitute vermittelt hatte, im Fall von Arbeitslosigkeit die Zahlung von bis zu sechs Kreditraten versprochen hatte. Nach Auffassung der BaFin betreibt das Unternehmen damit Versicherungsgeschäft. Denn diese Konstruktion gleicht in ihrer Art einer Restschuldversicherung. Eine aus diesem Grund erforderliche Erlaubnis der BaFin habe das Unternehmen nicht.

Das erlaubnispflichtige Versicherungsgeschäft ist durch den Gesetzgeber nicht definiert, die Herausbildung seiner begrifflichen Merkmale wird vielmehr der Praxis überlassen. Nach der Rechtsprechung liegt ein Versicherungsgeschäft vor, wenn für den Fall eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen gegen Entgelt versprochen werden, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt.

Mit dem Versprechen, bis zu sechs Kreditraten zu übernehmen, hatte die CHECK24-Tochter das Risiko der Arbeitslosigkeit der Kreditnehmer übernommen. Die BaFin ging somit auch nicht davon aus, dass eine anerkannte Ausnahme vorliegt, wonach eine Vereinbarung dann nicht Versicherungsgeschäft ist, wenn sie in einem inneren Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft anderer Art steht und durch dieses ihr eigentliches rechtliches Gepräge erhält.

### Entwicklungen in Deutschland und Europa zur Regelung von Sorgfaltspflichten in Lieferketten

Seit geraumer Zeit findet in Deutschland eine Diskussion über die Einführung eines Lieferkettengesetzes statt. Einen konkreten Gesetzesentwurf gibt es bislang nicht. Im Juni 2020 gab das Bundesministerium für Arbeit und Soziales sowie das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung jedoch einige Eckpunkte im Hinblick auf ein künftiges Gesetz bekannt. Es soll definieren, welche Pflichten Unternehmen beim Schutz von Menschenrechten haben und wie Unternehmen diesen in ihren Lieferketten nachkommen können. Unternehmen werden dazu verpflichtet, über ihre Anstrengungen im Hinblick auf die Erfüllung dieser Pflichten Bericht zu erstatten. Letztlich sollen die Rechte von Arbeitnehmern gestärkt und ihnen ein Weg eröffnet werden, Schadensersatzansprüche in Deutschland geltend zu machen. In Deutschland wurde bislang auf die freiwillige Einhaltung menschenrechtlicher Standards durch die Unternehmen gesetzt (Nationaler Aktionsplan zur Umsetzung der UN-Leitprinzipien (NAP), 2016), die durch die UN in den Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte definiert wurden. Vorgesehen sind Bußgelder bei Verstößen z.B. gegen die Berichterstattungspflicht. Adressiert werden Unternehmen ab einer Größe von 500 Arbeitnehmern. Haften sollen diese dabei für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Möglich erscheint auch ein zeitlich begrenzter Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen bei etwaigen Verstößen. Eine strafrechtliche Sanktionierung soll nicht stattfinden, obwohl eine solche im Rahmen einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren ursprünglich angedacht war. Auch eine zivilrechtliche Haftung, die im Mittelpunkt des Gesetzes stehen soll, gegenüber nachteilig betroffenen Personen ist möglich, sofern die Sorgfaltsverletzung vermeidbar und vorhersehbar war. Vor allem sind die Lieferketten in dem unternehmensinternen Compliance System zu berücksichtigen. Notwendig ist eine Risikoanalyse, um problematische Stellen in der Lieferkette auszumachen und die Einhaltung der Pflichten zu gewährleisten.

Neben den Bestrebungen in Deutschland ist auch eine europäische Anstrengung zu erkennen. Die europäische Kommission verkündete, dass sie im Frühjahr 2021 einen Entwurf zu menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in der Lieferkette von Unternehmen vorlegen werde. Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlamentes kam der Kommission mit einem ersten Entwurf für eine Richtlinie zuvor. An die Einhaltung von menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten sollen dabei nicht nur Unternehmen gebunden werden, die ihren Sitz in der EU haben, sondern auch Unternehmen aus Drittstaaten, die innerhalb der EU ihre Geschäfte tätigen. Hinsichtlich der Größe des Unternehmens macht der Rechtsausschuss keine Vorgaben, sodass auch Kleinstunternehmen erfasst werden. Die Sorgfaltspflichten, die Unternehmen zu befolgen haben, sind weitergehend als in dem geplanten deutschen Gesetz. Neben der Einhaltung der Menschenrechte sollen auch Umweltstandards eingehalten werden. Gleichlaufend mit der deutschen Initiative sind unter anderem das Erstellen einer Risikoanalyse sowie eines Maßnahme- oder Sorgfaltsplans und die Einrichtung von umfassenden Beschwerdemechanismen vorgesehen. Auch die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ist identisch. Auf Unionsebene sind jedoch strafrechtliche Konsequenzen vorgesehen. Die zivilrechtliche Haftung wird erweitert auf die Konzernobergesellschaften, wenn ihre Tochtergesellschaften oder Geschäftspartner Menschenrechtsverstöße in Drittstaaten zu verantworten haben. Eine Besonderheit stellen potentielle Interims-Maßnahmen dar, die von nationalen Aufsichtsbehörden gegen das Unternehmen verhängt werden können, sofern die Sorgfaltspflichtverletzungen zu irreparablen Schäden führen.

Damit stellen Deutschland und die Europäische Union einige identische Anforderungen die an die Einhaltung der Sorgfaltspflichten. Jedoch unterscheiden sich der Umfang der Pflichten und der Umfang der Haftung.

## EU Representative Action: Kollektiver Rechtsbehelf für Verbraucher kommt

Die EU hat sich auf eine Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher in der EU verständigt. Im Zuge des Pakets „Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher“ der EU-Kommission, welches faire und transparente Regeln für alle Verbraucher in der EU gewährleisten soll, hat diese im April 2018 die Richtlinie als Teil dieses Pakets vorgeschlagen. Durch die Richtlinie werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, ein System für Verbandsklagen einzuführen, mit dem die Kollektivinteressen der Verbraucher vor Verstößen gegen das Unionsrecht geschützt werden. Die Richtlinie ermöglicht es qualifizierten Einrichtungen, welche von den Mitgliedstaaten benannt wurden, im Namen einer Gruppe von Verbrauchern aufzutreten, die geschädigt wurden, weil ein Unternehmer mutmaßlich gegen eine EU-Richtlinie verstoßen hat. Dies kann in Form einer Unterlassungsklage und/oder durch die Forderung von Abhilfemaßnahmen einschließlich Entschädigung oder Ersatz geschehen. Dabei wird zwischen Einrichtungen, die nur im dem betreffenden Mitgliedstaat Klage erheben können (innerstaatliche Verbandsklagen), und Einrichtungen, die in anderen Mitgliedstaaten hierzu befugt sind (grenzüberschreitende Verbandsklagen), differenziert. Bei Vorliegen einer innerstaatlichen Verbandsklage müssen die im Recht des für die Benennung zuständigen Mitgliedstaats festgelegten Kriterien durch eine qualifizierte Einrichtung erfüllt sein. Eine grenzüberschreitende Verbandsklage erfordert hingegen die Erfüllung der harmonisierten Kriterien, welche die Richtlinie vorgibt, durch eine qualifizierte Einrichtung.





---

## 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>

---

### Team

Zum 01.11.2020 ist Daniel Kreienkamp zum Counsel befördert worden. Wir freuen uns darüber hinaus, Petra Scheida mit Beginn des neuen Jahres in unserem Team begrüßen zu dürfen, die zuletzt als General Counsel bei AXA XL tätig war und künftig unser Corporate Insurance Team als Counsel verstärken wird.

---

### Veröffentlichungen

- **Dr. Henning Schaloske:** *“Exzedentenversicherung – Rechtsfragen in der Schadenspraxis”*, in: *Verlässlichkeit, Verantwortung, Vertrauen: Festschrift für Jörg Freiherr Frank von Fürstenwerth, Karlsruhe 2020*, S. 315 ff.
- **Dr. Tanja Schramm, Daniel Kreienkamp,** *“Deckungsrechtliche Auswirkungen der geplanten Haftungsverschärfung für Abschlussprüfer”*, r+s 2020, 628
- **Anthony Davis, Dr. Tanja Schramm:** *“USA: Rechtliche Herausforderungen von US-Kanzleien beim Arbeiten im Homeoffice”*, PHi 2020, 176 f.
- **James Cooper, Dr. Tanja Schramm:** *“Vereinigtes Königreich: Corporate Insolvency and Governance Act 2020, COVID-19 und insolvenzrechtliche D&O-Risiken”*, PHi 2020, 120 f.
- **Dr. Paul Malek:** *“Cyberversicherung: Datenschutzklagen und Schadensersatz wegen DSGVO-Verstößen”*, PHi 2020, 160 ff.

---

### Vorträge/webinare

- **Dr. Tanja Schramm, Daniel Kreienkamp:** Online Seminar vom 29.10.2020 des Themenkreises Verkammerte Berufe der DGVH e.V. zum Legal Tech
- **Amrei Zürn:** Euroforum Cyber Konferenz vom 12.11.2020: Cyber-Wordings konkret: Ihre Fragen zu Fällen und Formulierungen
- **Dr. Henning Schaloske, Dr. Paul Malek, Amrei Zürn:** Month in review-Webinar vom 17.11.2020 zu aktuellen Fragen und Trends im Cyber-Schadensmanagement
- **Dr. Daniel Kassing, Dr. Isabelle Kilian, Dr. Vincent Schreier:** *“Casualty Day”*, Webinare vom 18. und 25.11.2020
- **Dr. Henning Schaloske, Daniel Kreienkamp:** DAV Fachtagung ARGE Versicherungsrecht vom 26.11.2020 – *Anwaltliche Berufshaftung: PartGmbH und LLP im Fokus*
- **Simon Konsta:** *“Non-financial disclosures – trends, liability and insurance implications”* – Vortrag beim Euroforum Haftpflicht 2021 am 21.01.2021
- **Dr. Henning Schaloske, Dr. Paul Malek, Amrei Zürn:** Jahrestagung des VVB 27.01.2021 – *Vereinigung der Versicherungs-Betriebswirte e.V. – Fachkreis Cyber - Aktuelle Marktsituation und Trends in der Cyberversicherung*



---

# 440

Partners

---

# 1,800

Lawyers

---

# 4,000

Total staff

---

# 50+

Offices\*

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

---

\*includes associated offices

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

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

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