



Insurance & Reinsurance

Annual review 2020

Inhalt

03.

Editorial

04.Covid-19:
Versicherungsschutz für
Ertragsausfälle

06.Auswirkungen der
Covid-19 Pandemie auf die
Haftpflichtversicherung

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

33.Reform des anwaltlichen
Berufsrechts

34.Drohende
Haftungsverschärfungen
für Abschlussprüfer

36.ECJ – EU Blocking
Regulation

39.

Rechtsprechung

12.Oberlandesgericht
Düsseldorf: Zur
Ausschöpfung der
Versicherungssumme
eines D&O-
Grundversicherungsvertrags

14.OLG Düsseldorf:
Wissentliche
Pflichtverletzung in der
D&O-Versicherung und
Bindungswirkung des
Haftpflichturteils

16.New Deal for Consumers:
EU Representative Action
kommt

18.Verbandssanktionengesetz
– Ende mit Schrecken oder
ein Schrecken ohne Ende?

43.

Aktuelle Entwicklungen

46.

Insight: Clyde & Co

48.

Unser Team

50.

A truly global law firm

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

23.Cyberversicherung:
Datenschutzklagen und
Schadensersatz
wegen DSGVO-Verstößen

26.Aktuelle Entwicklungen im
Bereich des Berufsrechts und
der Anwaltshaftung

30.Aktuelle Entwicklungen
zur Anwaltshaftung
und um Risikomanagement



Liebe Leserinnen und Leser,

wir blicken zurück auf ein turbulentes Jahr 2020 mit großen Herausforderungen für uns alle. Die Corona-Pandemie hielt und hält uns weiter in Beschlag. Auch unsere Versicherungspraxis ist dadurch geprägt: wir begleiten mehrere hundert Betriebsschließungsschäden sowie Versicherungsfälle unter Veranstaltungsausfalldeckungen, haben intensiv an neuen Bedingungen gearbeitet und auch rückversicherungsvertragliche Aspekte begleitet. Aber auch in anderen Business Lines gab und gibt es weiterhin interessante Entwicklungen und Gerichtsurteile und auch der Gesetzgeber ist nicht tatenlos – von der D&O-Versicherung über Produkthaftung und Cyber bis zu Themen aus unserem Bereich Corporate Insurance & Regulatory. Mit unserem Annual Review 2020 stellen wir Ihnen Auswahl an weiterhin relevanten Beiträgen und Entscheidungen des letzten Jahres aus unseren Quarterly Updates zusammen. Neben Ihrem Interesse an unserem Newsletter haben wir uns insbesondere gefreut, dass unsere Month in Review Webinar-Reihe so großen Anklang findet. Auf beiden Kanälen und hoffentlich alsbald auch wieder persönlich auf unseren Veranstaltungen halten wir Sie auch weiter auf dem Laufenden.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und darüber hinaus Tatkraft, Mut und natürlich Gesundheit für das Jahr 2021!

Ihr Clyde & Co Team



Dr. Henning Schaloske

Partner
+49 211 8822 8801
henning.schaloske@clydeco.com



Covid-19: Versicherungsschutz für Ertragsausfälle

Produktionsausfälle, fehlende Kundschaft, schwindende Auftragslage, Lieferengpässe und Grenzschießungen versetzen viele Betriebe zusehends in eine finanzielle Schieflage. Besonders hart trifft die Krise sofort Selbständige sowie kleine und mittelständige Unternehmen in der Gastronomie-, Hotel-, Handwerks- und Kulturbranche, die nun vor einem wirtschaftlichen Scherbenhaufen stehen. Ihnen versucht die Bundesregierung mit Hilfspaketen und einer Aussetzung der Insolvenzantragspflicht verzweifelt unter die Arme zu greifen.

Zugleich stellt sich beispielsweise mit Blick auf Betriebsunterbrechungen, Schließungen von Betrieben, den Ausfall von Veranstaltungen wie auch Schadensersatzansprüchen in Lieferketten die Frage, ob und inwieweit Versicherungsschutz eingreift und den Unternehmen hilft. Der Beitrag, den Versicherungen leisten, ist voraussichtlich aber überschaubar.

Konventionelle Betriebsunterbrechungsversicherungen bieten für Ertragsausfälle, die auf den Stillstand des Betriebs zurückzuführen sind, sei es infolge einer Infektionserkrankung eines oder mehrerer Beschäftigten, sei es auch nur aufgrund eines solchen Verdachts, regelmäßig keinen Schutz. Das ist dem Umstand geschuldet, dass solche Versicherungen typischerweise den Eintritt eines Sachschadens voraussetzen. Auch enthalten sie meist nur eine begrenzte Anzahl von versicherten Ereignissen, wie etwa Brand, Blitzschlag oder Explosion in der klassischen Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherung. An das Erfordernis eines Sachschadens knüpfen auch Deckungsbausteine an, die auf kleine und mittelständische Unternehmen zugeschnitten sind. Gleiches gilt für sogenannte „Extended Coverage“-Policen, mit denen in der Regel nur weitere Sachgefahren, wie z.B. Leitungswasseraustritt, Einbruchdiebstahl oder Sturm- und Hagel, versichert werden können. Auch „All-Risk“-Deckungen, die vornehmlich im industriellen Bereich anzutreffen sind, sind in aller Regel keine, die diesen Namen verdienen. Ihre Bezeichnung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich hierbei regelmäßig um Sachversicherungen handelt. Für sie ist lediglich kennzeichnend, dass der Versicherungsschutz vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen nicht von der Ursache des

Sachschadens abhängt, ohne dass dadurch die Voraussetzung eines bedingungsgemäßen Sachschadens selbst infrage gestellt wird.

Aus demselben Grund werden auch Rückwirkungsschäden („Contingent Business Interruption“), die durch Betriebsunterbrechungen in einer betriebsfremden Produktionsstätte als Folge der Corona-Pandemie entstehen, von Betriebsunterbrechungsversicherungen nicht gedeckt. Gelegentlich kann es vorkommen, dass entsprechende Deckungserweiterungen auf das Erfordernis eines Sachschadens verzichten, wie etwa in sogenannten Supply-Chain-Versicherungen. In der Praxis dürften diese Fälle allerdings die Ausnahme bleiben.

Von den herkömmlichen Betriebsunterbrechungsversicherungen sind Sonderformen von Ertragsausfallversicherungen zu unterscheiden, die nicht als Sachversicherungen konzipiert sind. Zu nennen sind hier etwa Betriebsschließungsversicherungen, die insbesondere in der Lebensmittelindustrie sowie im Gesundheitswesen angeboten werden. Mit ihnen können Ertragsausfälle versichert werden, die dadurch entstehen, dass die zuständige Behörde auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) beim Auftreten meldepflichtiger Krankheiten oder Krankheitserreger den versicherten Betrieb schließt, den Beschäftigten ihre Tätigkeit untersagt oder die Desinfektion der Betriebsräume anordnet. Damit werden grundsätzlich auch Epidemien und Pandemien vom Versicherungsschutz erfasst. Meist sehen die Versicherungsbedingungen jedoch einen abschließenden Katalog von versicherten Krankheiten und Krankheitserregern vor, zu denen die neuartige Erkrankung COVID-19 bzw. der Virus SARS-CoV-2 nicht zählen.

Offen ist bislang aber die Frage, ob die in den Bedingungen regelmäßig enthaltene Bezugnahme auf die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes als statischer oder dynamischer Verweis auszulegen ist und ob sich hieraus gegebenenfalls Deckungserweiterungen auch in Bezug auf das Coronavirus ergeben. Jedenfalls können in solchen Versicherungsverträgen auch Öffnungsklauseln individuell vereinbart werden. Je nach den getroffenen Abreden können daher Betriebsunterbrechungen als Folge des Ausbruchs des Coronavirus mitversichert sein. In diesem Fall ist der versicherte Ertragsausfall meist auf eine bestimmte Haftzeit (i.d.R. 30 Tage) und nur in Höhe einer von vornherein festgelegten Tagesentschädigung begrenzt. Es wird daher vom weiteren Verlauf der Corona-Krise abhängen, inwieweit solche Versicherungen in der Lage sind, die entstandenen Schäden tatsächlich aufzufangen.

Angesichts der reihenweisen Absage von Großveranstaltungen steht darüber hinaus die Veranstaltungsausfallversicherung als besondere Erscheinungsform einer Ertragsausfallversicherung im Fokus. Ihr kommt im Kontext mit der Corona-Krise eine erhebliche Bedeutung zu. So sind dem Virus zahlreiche Veranstaltungen in nahezu allen kulturellen und sportlichen Bereichen bereits zum Opfer gefallen, darunter Messen, Konzerte, Tourneen sowie Sportevents. Spiele der Fußball-Bundesliga sowie im Europapokal wurden zunächst als „Geisterspiele“ vor leeren Rängen ausgetragen, anschließend verschoben, inzwischen sind ganze Wettbewerbe von Absagen bedroht oder, wie z.B. im Eishockey, bereits betroffen. Bei der Veranstaltungsausfallversicherung handelt es sich um keine homogene Versicherungssparte. Der Markt bietet eine bunte Vielfalt an branchenspezifischen Versicherungsprodukten, wie etwa Tourneeausfall-, Sportveranstaltungs- oder auch Filmausfallversicherungen. Vom Versicherungsschutz sind regelmäßig „außerhalb des Einflussbereiches des Versicherungsnehmers liegende Ereignisse“ umfasst. Die Untersagung einer Veranstaltung durch Behörden wegen Ansteckungsgefahren ist hiervon grundsätzlich erfasst. Dasselbe dürfte aufgrund des besonderen Ausnahmezustands der Corona-Pandemie auch dann gelten, wenn der Versicherungsnehmer die Veranstaltung auf eigene Initiative absagt.

Zu prüfen ist aber, ob der Versicherungsvertrag Ausschlüsse enthält, die dazu führen, dass Risiken im Zusammenhang mit dem Coronavirus nicht versichert sind. Mitunter sehen die Verträge Risikoausschlüsse für Seuchen, Epidemien und Pandemien vor, die dazu führen, dass Versicherungsschutz nicht besteht. Nicht abschließend geklärt ist, ob auch der Ausschluss für „Eingriffe hoher Hand“ für behördliche

Veranstaltungsuntersagungen eingreift. Derzeit ist auch zu beobachten, dass Versicherer teils die Deckung unter Berufung auf eine Gefahrerhöhung (§ 23 VVG) ablehnen. Dieses Problem ist keineswegs neu: Schon im Zuge der Terroranschläge des 11. September 2001 wurden Leistungen aus Veranstaltungsausfallversicherungen häufig mit der Begründung verweigert, dass diese Ereignisse einen „Quantensprung des Terrorismus“ darstellten, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weder vorhersehbar noch kalkulierbar gewesen sei. Es steht zu erwarten, dass die Gerichte sich künftig auch im Zusammenhang mit Corona mit ähnlichen rechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen müssen.

In vielen Bereichen steht die Diskussion um den Versicherungsschutz damit noch am Anfang. Insoweit sind etwa auch mögliche Fragen der Managerhaftung und D&O-Versicherung zu nennen. Es ist jedenfalls bereits jetzt abzusehen, dass zahlreiche Absicherungen auf den Prüfstand kommen, sowohl hinsichtlich der Versicherbarkeit von Pandemien als auch ihre krisenfesten und ausbalancierten Einschluss.



Dr. Henning Schaloske



Dr. Vincent Schreier



Auswirkungen der Covid-19 Pandemie auf die Haftpflichtversicherung

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

Haftungsrisiken im Zusammenhang mit Covid-19

Allgemeine Haftpflichtversicherung

In Bezug auf die allgemeine Haftpflichtversicherung sind grundsätzlich Haftungsszenarien denkbar, in denen der Geschädigte den Versicherungsnehmer wegen eines Personenschadens und/oder eines darauf basierenden Vermögensschadens in Anspruch nimmt. Mögliche Schadensersatzansprüche könnten dabei insbesondere auf eine unzureichende Reinigung und Desinfizierung von (Arbeits-) Räumen und Gegenständen, mangelnde Vorkehrungen zur Einhaltung der Abstandsregelungen sowie das Fehlen erforderlicher Schutzausrüstungen wie beispielsweise Mund-Nasen-Masken gestützt werden, die eine Infektion des Geschädigten verursacht haben. Dabei halten wir zum einen die Inanspruchnahme von Versicherungsnehmern durch ihre Arbeitnehmer oder andere Betriebsangehörige für denkbar. Zum anderen könnten Kunden des Versicherungsnehmers, die dessen Restaurant, Geschäft oder Betrieb besucht haben, Schadensersatzansprüche wegen einer Covid-19 Infektion geltend machen.

Produkthaftpflichtversicherung

Auch im Bereich der Produkthaftpflichtversicherung gehen wir davon aus, dass sich potentielle Schadensersatzansprüche auf die Geltendmachung von Personenschäden und/oder hierauf beruhenden Vermögensschäden beschränken werden. Als typische Haftungsszenarien sind dabei insbesondere Inanspruchnahmen von Versicherungsnehmern zu erwarten, die persönliche Schutzausrüstungen sowie Medizinprodukte herstellen, die entgegen der (Kunden-)Erwartung nicht zur Eindämmung des Covid-19 Virus oder zur Behandlung von infizierten Personen geeignet sind.

Ein erhöhtes Haftungsrisiko resultiert dabei insbesondere daraus, dass aufgrund der Pandemie eine Vielzahl von Unternehmen ihre Produktion auf Schutzausrüstungen und Gesundheitsgüter umgestellt haben¹. Dies geht Hand in Hand mit verschiedenen Maßnahmen der Europäischen Kommission, die den Marktzugang für persönliche Schutzausrüstungen und Medizinprodukte erheblich erleichtert haben. So hat sich die Europäische Kommission angesichts der Bedeutung von Schutzmasken und -ausrüstung sowie Desinfektionsmitteln bei der Bekämpfung der Corona-Krise und der damit verbundenen exponentiell angestiegenen Nachfrage dazu entschieden, die bislang geltenden Regularien² zu lockern.

Neben informierenden Leitfäden zur Produktion von Schutzausrüstung, Handdesinfektionsmitteln sowie der Herstellung von Schutzausrüstung mittels 3D-Druck³ hat die Europäische Kommission zudem eine Empfehlung über Konformitätsbewertungs- und Marktüberwachungsverfahren zur Bekämpfung der Covid-19-Bedrohung veröffentlicht⁴. Hierin ist unter anderem geregelt, dass die für die Produktbewertung verantwortlichen benannten Stellen Schutzausrüstungen vorrangig und zügig prüfen sollen. Daneben wurde bestimmt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Produkte ohne das sonst erforderliche CE-Kennzeichen in den Verkehr gebracht werden dürfen. Hinsichtlich Medizinprodukten, wie etwa den für die Behandlung von an Corona erkrankten Patienten dringend benötigten Beatmungsgeräten, hat die Europäische Kommission einen weiteren Leitfaden veröffentlicht⁵. Daneben sollen verschiedene Beschlüsse, die die Europäische Kommission vom 24.03.2020 angenommen hat, den Marktzugang erleichtern und es Herstellern ermöglichen, die für das Gesundheitswesen dringend benötigten Medizinprodukte schneller in den Verkehr zu bringen.

Obwohl die Erleichterungen des Marktzugangs zur Bedienung der Nachfrage an Schutzausrüstungen und Produkten des medizinischen Bereichs nachvollziehbar sind, bergen diese für die Hersteller bei Ausbleiben des versprochenen Schutzes vor einer Covid-19 Infektion oder – schlimmer – beim Versagen eines Beatmungsgerätes ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko. Insofern wird sich bei einer Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers stets die Frage stellen, ob das Produkt einen Fehler nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG aufweist. Dies ist der Fall, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere seiner Darbietung, des Gebrauchs und des Zeitpunkts seines Inverkehrbringens berechtigterweise erwartet werden durfte. Liegt ein solcher Fehler vor, haftet der Hersteller (und nach § 4 Abs. 2 ProdHaftG auch der Importeur) gemäß § 1 Abs. 1 ProdHaftG verschuldensunabhängig für den verursachten Schaden.

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

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

Kausalitäts- und Beweisfragen

Werden Versicherungsnehmer in einem der oben genannten Szenarien von einem Dritten auf Ersatz eines Personen- oder darauf beruhenden Vermögensschadens in Anspruch genommen, werden sich aus unserer Sicht dabei häufig Fragen der Kausalität stellen. Insofern gehen wir davon aus, dass die weit überwiegende Mehrheit der (potentiellen) Kläger bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aufgrund unzureichender persönlicher Schutzausrüstung, fehlender Einhaltung der Abstandsregelungen oder nicht ausreichender Reinigung und Desinfektion im Regelfall den Kausalzusammenhang zwischen der (angeblichen) Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers und/oder einem anderen Versicherten und den entstandenen Schäden nicht wird nachweisen können. Dies beruht zum einen auf der Inkubationszeit von 1 bis 14 Tagen⁶. Zum anderen waren die möglichen Anspruchssteller vor der Infektion mit dem Corona Virus mit hoher Wahrscheinlichkeit verschiedenen Kontaminationsquellen ausgesetzt. Und auch bei (angeblich) fehlerhaften Medizinprodukten wird sich angesichts der Neuartigkeit des Covid-19 Virus und des hierauf beruhenden Krankheitsverlaufes oftmals die Frage stellen, ob und wieweit Personenschäden kausal auf dem Medizinprodukt beruhen und ob dieses tatsächlich einen Fehler im Sinne des ProdHaftG aufweist⁷.

Deckungsrechtliche Risiken und Fragestellungen

Inhalt und Reichweite der (Produkt-)Haftpflichtversicherung

Nach § 100 VVG sowie der Regelung in Ziffer 5.1 AHB⁸ ist der Versicherer verpflichtet, den Versicherungsnehmer von begründeten Ansprüchen freizustellen und unbegründete Ansprüche abzuwehren. Ungeachtet der angesprochenen Kausalitäts- und Beweisfragen hat der Versicherer bei einer Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers wegen grundsätzlich versicherter Schäden daher seiner

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

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

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

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

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

Rechtsschutzverpflichtung auch dann nachzukommen, wenn erhebliche Nachweisprobleme bestehen. Da sowohl die Bedingungen für die allgemeine Haftpflichtversicherung als auch für die Produkthaftpflichtversicherung darüber hinaus üblicherweise entsprechend Ziffer 1.1 AHB sowie Ziffer 1 ProdHM⁹ vorsehen, dass Versicherungsschutz (nur) für Personen-, Sach- und sich daraus ergebende Vermögensschäden besteht, gehen wir insgesamt aber davon aus, dass die Covid-19 Pandemie voraussichtlich nur zu einem leichten Anstieg von begründeten Freistellungsansprüchen im Rahmen von allgemeinen Haftpflicht- und Produkthaftungspolicen führen wird. Dies beruht zum einen auf der Tatsache, dass die meisten mit Covid-19 infizierten Personen an eher geringfügigen Symptomen leiden, die – sofern sie überhaupt als Corona-Erkrankung identifiziert werden – zu keinen finanziellen Nachteilen führen. Zum anderen halten wir Szenarien von auf Covid-19 beruhenden Sachschäden für nur schwer vorstellbar.

Trotz der Begrenzung des Deckungsschutzes auf Personen- und Sach- sowie sich daraus ergebenden Vermögensschäden könnten sich Situationen ergeben, in denen Versicherungsnehmer wegen Fehlen anderweitigen Versicherungsschutzes versuchen, Gewinnauffälle wegen (behördlich angeordneter) Betriebsschließungen unter ihre allgemeine Haftpflicht- oder Produkthaftpflichtpolice zu fassen. Nach deutschem Verständnis stellt ein bloßer Nutzungsausfallschaden oder entgangener Gewinn allerdings einen reinen Vermögensschaden dar, der grundsätzlich nicht gedeckt ist¹⁰. Mit Blick auf den Inhalt und die Reichweite des Deckungsschutzes gehen wir daher davon aus, dass Gewinnauffälle ausschließlich in der Konstellation versichert sind, dass der Versicherungsnehmer und/oder seine Mitarbeiter einen Dritten mit dem Covid-19 Virus infiziert haben und der Dritte infolgedessen seinen Betrieb schließen muss.

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

Infektionsklausel

Hinsichtlich etwaiger Deckungsanfragen im Zusammenhang mit einer auf eine Covid-19 Infektion gestützte Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers durch Dritte gehen wir davon aus, dass der sogenannten Infektionsklausel als Ausschlussbestand eine besondere Rolle zukommen wird. Nach Ziffer 7.18 AHB, der so oder ähnlich üblicherweise in den allgemeinen Haftpflichtpolicen enthalten ist, sind Haftpflichtansprüche wegen Personenschäden, die aus der Übertragung einer Krankheit des Versicherungsnehmers resultieren, vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Insofern stellt sich die Frage, ob bereits die Infektion mit dem Covid-19 Virus als Übertragung einer Krankheit anzusehen ist oder dies erst bei Manifestation von körperlichen Beschwerden der Fall ist¹¹.

Im Ergebnis halten wir die Bedeutung der Infektionsklausel aber für gering. Denn der Ausschlussgrund gilt nur, wenn der Versicherungsnehmer selbst als natürliche Person und Träger des Coronavirus eine andere natürliche Person infiziert¹². Daher ist die Deckung beispielsweise dann nicht ausgeschlossen, wenn es sich bei dem Versicherungsnehmer um ein Unternehmen handelt, das mit Ansprüchen seiner Mitarbeiter oder Dritter aus der Verletzung von Sicherheitsmaßnahmen konfrontiert wird¹³. Zudem besteht nach der Rückausnahme in Ziffer 7.18 AHB Versicherungsschutz, wenn der Versicherungsnehmer beweist, dass er weder vorsätzlich noch grob fahrlässig gehandelt hat.

Fazit

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



Dr. Isabelle Kilian

das Versicherungsrecht, r+s 2020, 242, 247; Rixecker, in: Schmidt, COVID-19, § 11 Rn. 82; Hardsdorf-Gebhardt, in: Später/Schimikowski, Haftpflichtversicherung, 2. Auflage 2015, AHB Ziffer 7 Rn. 430, 431.
¹² Prölls/Martin/Lücke AHB § 7 Rn. 150f.
¹³ Ausführlich hierzu Schreier, Versicherungsschutz für Seuchen am Beispiel der COVID-19-Pandemie, VersR 2020, 513, 520.



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 Vorjahr¹.

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 wurden². 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 Euro³.

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 wirkt die Aufschiebung der Insolvenzantragspflicht bislang ungeklärte Fragen auf.

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

¹⁰ Ausnahmen in Ziffer 4.2.2.4, und Ziffer 4.3.2.3 ProdHB.

¹¹ Vgl. Günther/Piontek, Die Auswirkungen der „Corona-Krise“ auf

¹ https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/09/PD20_348_52411.html

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

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

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 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. Insolvenzbegleitdelikten 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 diesbezüglichen Prozess verteilt sich damit wie folgt: Der Anspruchsteller 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 Einzelfalles, 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.



Oberlandesgericht Düsseldorf: Zur Ausschöpfung der Versicherungssumme eines D&O-Grundversicherungsvertrags

Lange musste der deutsche D&O-Markt auf eine gerichtliche Entscheidung zur Frage der Ausschöpfung der Grundversicherungssumme in einem gelayerten Versicherungsprogramm warten. Nun ist es soweit: Das Oberlandesgericht Düsseldorf¹ hat am 13.12.2019 die Klage gegen einen Exzedentenversicherer wegen Nichtausschöpfung der Deckung des Grundversicherers abgewiesen. Daneben hat das Gericht auch zur Anrechnung von Zinsen auf die Versicherungssumme Stellung bezogen. Das Urteil hat über die D&O-Versicherung hinaus Bedeutung und gehört zum Standardrepertoire aller, die sich mit gelayerten Versicherungsprogrammen befassen.

Der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf lag eine Klage des Insolvenzverwalters einer Aktiengesellschaft gegen einen Exzedentenversicherer wegen einer rechtskräftigen haftungsrechtlichen Verurteilung von zwei versicherten Personen in Höhe von ca. EUR 6,5 Mio. zuzüglich Zinsen zugrunde. Die versicherten Personen hatten per 31.12.2016 eine Gesamtsumme in Höhe von ca. EUR 8,2 Mio. (inklusive Zinsen und gerichtlich festgesetzter Kosten) an den Insolvenzverwalter zu zahlen.

Die Aktiengesellschaft hatte im Jahr 2007 unter Beteiligung eines Versicherungsmaklers zunächst eine D&O-Versicherung mit einer Deckungssumme von EUR 7,5 Mio. und später eine Anschlussversicherung mit einem Limit von EUR 2,5 Mio. abgeschlossen. Der Versicherungsschein der Exzedentenversicherung sah unter dem Stichwort Deckungssumme "EUR 2,5 Mio. xs EUR 7,5 Mio." und unter dem Begriff Versicherungsbedingungen "follow form" zur Versicherungsscheinnummer des Grundvertrags vor. Weitere vertragliche Regelungen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Exzedentenversicherer existierten offenbar nicht.

Nach Vorliegen des rechtskräftigen Haftpflichturteils traten die beiden versicherten Personen ihre Ansprüche gegen die D&O-Versicherer an den Insolvenzverwalter ab. Anschließend kam es zu einem Vergleich zwischen dem Grundversicherer, den versicherten Personen und dem Insolvenzverwalter. Darin verpflichteten sich der Grundversicherer zur Zahlung von EUR 6,55 Mio. und eine

versicherte Person zur Zahlung eines Eigenbeitrags von EUR 200.000. Daneben hatte der Grundversicherer nach dem Vortrag des Insolvenzverwalters mehr als EUR 500.000 für Abwehrkosten gezahlt.

Der Insolvenzverwalter sah die Deckungssumme der Grundversicherung als erschöpft an und verklagte den Exzedentenversicherer auf Zahlung von ca. EUR 1,2 Mio. Nach Auffassung des Insolvenzverwalters müsse der Exzedentenversicherer eine Schadensersatzsumme oberhalb der EUR 7,5 Mio. regulieren, unabhängig davon, ob der Grundversicherer Zahlungen in Höhe von EUR 7,5 Mio. geleistet hat.

Kein Zahlungsanspruch gegen den Exzedentenversicherer

Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte das erstinstanzliche klageabweisende Urteil. Der 4. Zivilsenat stellte fest, dass die Deckung unter dem Grundversicherungsvertrag nicht ausgeschöpft und damit der Attachment Point des Exzedentenvertrags nicht erreicht war. Dass es hier auf eine Ausschöpfung der Grundversicherungssumme ankomme, ergebe sich für den verständigen, geschäftserfahrenen und zudem durch einen erfahrenen Versicherungsmakler vertretenen Versicherungsnehmer bereits aus der Formulierung "xs" im Versicherungsschein. Zudem sähen die zugrunde liegenden Maklerbedingungen HPDO 2007 vor, dass die

Deckungssumme des zeitlich nachfolgenden Vertrags "im Anschluss an die Deckungssumme der anderen Versicherung zur Verfügung steht".

Da der Grundversicherer auf seine Deckungssumme (inklusive Abwehrkosten) unstreitig weniger als EUR 7,5 Mio. gezahlt hatte, habe eine Ausschöpfung allenfalls durch den geschlossenen Vergleich in Betracht kommen können. Entsprechende Regelungen habe der Vergleich jedoch nicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund ließ das Oberlandesgericht Düsseldorf ausdrücklich die Frage offen, ob ein vorangehender Layer ohne eine über die Wendung "xs" hinausgehende besondere Vereinbarung allein durch tatsächlich geleistete vollständige Zahlung ausgeschöpft werden kann oder ob dafür auch ein Vergleich ausreicht, wenn in diesem Vergleich der Geschädigte nach Zahlung des geringeren Betrags auf genau definierte Forderungspositionen in Höhe der Deckungssumme gegenüber den schädigenden Personen, dem Versicherer des Grundversicherungsvertrags sowie dem Versicherer des nachfolgenden Layers verzichtet und sie für abgegolten erklärt.

Kostenanrechnung und Zinsen

Das Oberlandesgericht Düsseldorf setzte sich in seiner Entscheidung mit der Wirksamkeit der Kostenanrechnungsklausel nicht auseinander, da die Grundversicherungssumme von EUR 7,5 Mio. auch bei Einbeziehung der Abwehrkosten nicht ausgeschöpft war.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf entschied jedoch, dass in die Berechnung der Höhe der Erschöpfung der Grunddeckung Zinsansprüche des Insolvenzverwalters gegen die versicherten Personen nicht einzubeziehen waren. Mit anderen Worten ging das Gericht davon aus, dass Rechtshängigkeitszinsen nicht auf die D&O-Versicherungssumme anzurechnen sind und vom Grundversicherer grundsätzlich "on top" zur Deckungssumme zu leisten gewesen wären. Das Oberlandesgericht Düsseldorf stützte sich hierzu auf die Regelung in den Maklerbedingungen HPDO 2007, wonach neben Schadensersatzzahlungen ausschließlich externe Abwehrkosten die Versicherungssumme abschmelzen. Diese Regelung sei als abschließend zu verstehen und enthalte nun einmal keinen Hinweis auf Zinsen. Die Rechtshängigkeitszinsen seien auch nicht Teil des Schadensersatzanspruchs. Aber selbst wenn davon auszugehen wäre, dass in den Versicherungsbedingungen keine Regelung zur Anrechnung getroffen wurde und damit auf § 101 Abs. 2 VVG abzustellen wäre, würde sich keine andere Bewertung ergeben. Nach § 101 Abs. 2 VVG

hat der Versicherer Zinsen, die der Versicherungsnehmer infolge einer vom Versicherer veranlassten Verzögerung der Befriedigung zu leisten hat, auch insoweit zu ersetzen, als sie zusammen mit den Aufwendungen des Versicherers zur Freistellung des Versicherungsnehmers die Versicherungssumme übersteigen. Das Haftpflichtverfahren sei vom Grundversicherer veranlasst gewesen.

Fazit

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf trägt zu mehr Rechtssicherheit bei Umgang mit gelayerten Versicherungsprogrammen bei, auch wenn die vertragliche Konstruktion mangels Vereinbarung eines gesonderten Exzedentenwordings eine besondere war. Es entspricht dem Geist einer Exzedentenversicherung, dass der Exzedentenversicherer erst nach Ausschöpfung der vorhergehenden Layer eintrittspflichtig ist. Viele Exzedentenwordings enthalten hierzu und zu anderen Themen klare Regelungen. Auch wenn es hieran in dem entschiedenen Fall fehlte, ist dem Oberlandesgericht Düsseldorf uneingeschränkt darin zu folgen, dass sich bereits aus dem im Versicherungsschein verwendeten Terminus „xs“ das Erfordernis der Ausschöpfung der Grunddeckung ergibt. Auf die vom Oberlandesgericht Düsseldorf in diesem Zusammenhang in Bezug genommene Subsidiaritätsklausel kam es nicht zwingend an.

Die Ausführungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Zinsthematik sind den Umständen des Einzelfalls, hier insbesondere der konkreten Formulierung des streitgegenständlichen Wordings geschuldet. Es soll an dieser Stelle dahinstehen, ob das Oberlandesgericht Düsseldorf auch zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können. Die praktische Relevanz der Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Nichtanrechnung der Zinsen bleibt abzuwarten. In neueren Versicherungsbedingungen ist vielfach ausdrücklich und wirksam bestimmt, dass Zinsen - wie Abwehrkosten - auf die Versicherungssumme anzurechnen sind. Jedenfalls kann sich dies im Rahmen der Auslegung ergeben. Da Zinsen bei langjährigen Rechtsstreitigkeiten zu hohen Beträgen anwachsen können, ist hierauf im Rahmen des Underwritings ein besonderes Augenmerk zu legen.



Dr. Tanja Schramm



OLG Düsseldorf: Wissentliche Pflichtverletzung in der D&O-Versicherung und Bindungswirkung des Haftpflichturteils

Mit Urteil vom 08.11.2019 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf insbesondere zu der Frage Stellung genommen, inwieweit Feststellungen im Haftpflichtprozess Bindungswirkung hinsichtlich des Deckungsausschlusses der wissentlichen Pflichtverletzung in der D&O-Versicherung entfalten¹. Zudem beinhaltet die Entscheidung anknüpfend an das Urteil des Oberlandesgerichts München vom 13.09.2017² Ausführungen zu der Frage, wann ein versichertes Organ noch „in Ausübung der versicherten Tätigkeit“ handelt. Weitere Urteilsgründe thematisieren die Darlegungs- und Beweislast bei Kardinalpflichtverletzungen.

In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es, vereinfacht dargestellt, darum, dass ein Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH die Übertragung der Komplementärbeteiligung an der KG auf eine andere GmbH veranlasste. Die letztendlich vom Berufungsgericht im Haftungsprozess rechtskräftig festgestellte Pflichtverletzung bestand darin, dass der Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als solcher der Komplementär-GmbH die Abtretung der Komplementäranteile auf eine andere GmbH veranlasste, ohne dass die Gesellschafter der KG dem zugestimmt oder dies zumindest nachträglich genehmigt hätten.

Der D&O-Versicherer lehnte eine diesbezügliche Freistellungsleistung insbesondere mit der Begründung ab, der Kläger habe den Austausch der Komplementär-GmbH in Kenntnis der gesellschaftsrechtlichen Unwirksamkeit sowie im Eigeninteresse vollzogen, jedenfalls liege insoweit eine Kardinalpflichtverletzung vor. Der Versicherungsschutz bestünde daher mangels Handeln in versicherter Eigenschaft nicht und sei zudem wegen wissentlicher Pflichtverletzung ausgeschlossen. Neben Ausführungen des Berufungsgerichts im Haftungsprozess bezog sich die Beklagte zur Begründung der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung auch auf Feststellungen der Vorinstanz sowie aus einem anderen Haftungsprozess. Der Geschäftsführer erhob eine Deckungsklage gegen den D&O-Versicherer gerichtet insbesondere auf Freistellung von den rechtskräftig festgestellten Schadenersatzansprüchen der KG. Das

Landgericht Düsseldorf wies die Deckungsklage ab, auf die klägerische Berufung hat das Oberlandesgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben.

Zunächst nahm der Senat die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 13.09.2017³ in den Blick und ließ dahinstehen, ob er sich der dort vertretenen Auslegung der Versicherungsbedingungen mit Blick auf den Terminus „in Ausübung der versicherten Tätigkeit“ anschließt. Denn nach Auffassung der Düsseldorfer Richter ist der hier zu entscheidende Sachverhalt deswegen anders, weil der Kläger (irrig) davon ausging, im Unternehmenswohl zu handeln und er damit auch in versicherter Eigenschaft tätig wurde. Dem Rechtsstreit vor dem Oberlandesgericht München lag hingegen eine Konstellation zugrunde, in der die versicherten Personen bewusst gegen das Unternehmenswohl gehandelt hatten (durch Aufbau eines Konkurrenzunternehmens und das Abwerben von Mitarbeitern).

Sodann stellte das Oberlandesgericht die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bindungswirkung des Haftpflichturteils für den Deckungsprozess wie folgt dar: Aufgrund des in der Haftpflichtversicherung geltenden Trennungsprinzips ist grundsätzlich im Haftpflichtprozess zu entscheiden, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Dritten gegenüber haftet. Ob der Versicherer dafür eintrittspflichtig ist, wird im Deckungsprozess geklärt. Notwendige Ergänzung des Trennungsprinzips ist die Bindungswirkung des Haftpflichturteils für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit. Sie bedeutet, dass das Ergebnis des vorangegangenen Haftpflichtprozesses für die Deckungsfrage verbindlich ist. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die ihr zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut überprüft werden können und müssen. Der für den Deckungsprozess bindende Haftungsstatbestand umfasst dabei die vom Tatrichter des Haftpflichtprozesses festgestellten und seiner Entscheidung zugrunde gelegten tatsächlichen Elemente. Maßgeblich

ist der äußere Tatbestand der Pflichtwidrigkeit, nicht dessen rechtliche Einordnung. Dies muss auch deshalb gelten, weil sich beide Parteien des Haftpflichtprozesses nicht mit einem Rechtsmittel allein gegen eine fehlerhafte rechtliche Begründung des ergangenen Urteils wehren können. Ein Rechtsmittel, mit dem bei gleichem Ergebnis nur eine andere Entscheidungsbegründung erstrebt würde, wäre mangels Beschwer unzulässig. Insoweit kommt es, so das Oberlandesgericht Düsseldorf weiter, allein auf die Feststellungen an, die in dem rechtskräftigen Berufungsurteil im Haftungsprozess gegen den Kläger – und nicht etwa in der Vorinstanz oder gar in einem anderen Prozess – getroffen wurden.

Nach Ansicht des Senats hatte das Berufungsgericht im Haftpflichtprozess aber weder Feststellungen zur Wissentlichkeit getroffen – unabhängig davon, dass solche nach den vorstehenden Maßstäben auch keine Bindungswirkung hätten – noch ergaben sich aus den bindenden tatsächlichen Feststellungen zum äußeren Tatbestand der Pflichtwidrigkeit entsprechende Anhaltspunkte. Denn das Berufungsgericht hatte lediglich ausgeführt, dass der hiesige Kläger der im Haftungsprozess mitbeklagten Komplementär-GmbH die Kenntnis von dem Austausch der Komplementärgesellschaften „vermittelt“ hat – das sei aber nicht gleichbedeutend mit der Kenntnis von der Unwirksamkeit des Austauschs. Es stehe vielmehr nicht fest, dass der Kläger den Austausch der Komplementär-GmbH in Kenntnis der fehlenden Zustimmung der Gesellschafter der KG vorgenommen hatte.

Hinsichtlich des Beweises dieser Kenntnis half dem beklagten D&O-Versicherer nach Ansicht des Senats auch nicht die behauptete Kardinalpflichtverletzung. Denn diese führt nach ständiger Rechtsprechung lediglich zu einer sekundären Darlegungslast des Versicherten, schneidet diesem aber nicht die Darlegung von Umständen ab, die gegen eine wissentliche Pflichtverletzung sprechen. Dieser Darlegung hatte der Kläger nach Auffassung des Oberlandesgerichts jedoch genügt, sodass die Frage des Vorliegens einer Kardinalpflichtverletzung dahinstehen konnte. Denn er hatte sich auf die vom Berufungsgericht im Haftungsprozess sogenannte „antizipierte Zustimmung“ der Gesellschafter der Fondsgesellschaften im jeweiligen Gesellschaftsvertrag berufen, die der Kläger auch dokumentiert hatte.

Damit blieb es beim vom D&O-Versicherer zu führenden Beweis einer wissentlichen Pflichtverletzung, der aber nicht gelang.

Mit Blick auf die GmbH & Co. KG führte der Senat noch aus, dass, auch wenn der Geschäftsführer einer Komplementärgesellschaft ggf. durch ein und dieselbe Handlung eine Pflicht sowohl gegenüber der Komplementärin als auch gegenüber der vertretenen Kommanditgesellschaft verletzt, für die Deckungsfrage hinsichtlich des Schadens der Kommanditgesellschaft allein maßgeblich ist, ob die gegenüber der Kommanditgesellschaft bestehende Pflicht wissentlich verletzt wurde. Ob eine etwaige Wissentlichkeit der Verletzung einer Pflicht des Geschäftsführers gegenüber der Komplementärgesellschaft ein Indiz für die Wissentlichkeit der Verletzung einer Pflicht gegenüber der vertretenen Kommanditgesellschaft sein kann, sei eine Frage der Umstände des Einzelfalls und hier weder indiziert noch dargelegt.

Die Revision hat das Oberlandesgericht nicht zugelassen.



Dr. Daniel Kassing, LL.M.

¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.11.2019 – 4 U 182/17

² OLG München, Urt. v. 13.09.2017 – 7 U 4126/13

³ OLG München, Urt. v. 13.09.2017 – 7 U 4126/13



New Deal for Consumers: EU Representative Action kommt

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

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

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

Zur Vermeidung der rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen und zum Schutz vor befürchteten vermeintlichen „amerikanischen Verhältnissen“ haben sich das Europäische Parlament und der Europäische Rat darauf verständigt, dass eine Kostenerstattung der unterliegenden Partei vorgesehen werden muss („loser pays rule“).

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

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

Die von der Europäischen Union beabsichtigten Regelungen gehen dabei über die zuletzt in Deutschland eingeführte Musterfeststellungsklage hinaus. Die Musterfeststellungsklage hat zwar das Ziel erreicht, Kunden im sogenannten „Dieselskandal“ zu einer Entschädigungszahlung der Volkswagen AG zu verhelfen. Allerdings blieb der vom Gesetzgeber darüber hinaus erwartete Erfolg der Musterfeststellungsklage bislang aus. Anstatt der vom

Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesbegründung erwarteten jährlich 450 Musterfeststellungsklagen sind bisher lediglich acht Musterfeststellungsverfahren seit der Einführung zum 01.11.2018 im Klageregister veröffentlicht worden, wobei eine weitere Klage infolge frühzeitiger Rücknahme keine statistische Erfassung fand. Der aktuelle Mechanismus steht auch durchaus in der Kritik: Diese entzündet sich insbesondere daran, dass selbst bei einem Obsiegen im Rahmen der Musterfeststellungsklage anschließend über den konkreten Schaden durch jeden Kläger ein gesondertes Gerichtsverfahren angestrengt werden muss. Die nunmehr einzuführende europäische Klage sieht diese Zweiteilung nicht vor, sondern eine Kompensation soll bereits im Rahmen der Klage der qualifizierten Einrichtung zugesprochen werden.

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

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

Zum anderen wird auch die versicherungsnehmende Wirtschaft Ziel von Klagen im Rahmen des kollektiven Rechtsschutzes werden. Insoweit steigt gerade für Versicherer im Bereich der Vermögensschadenshaftpflicht das Risiko, mit der Abwehr oder Freistellung von Massenansprüchen konfrontiert zu werden. Das gilt etwa auch für den Bereich des Datenschutzrechts, in dem mit Artikel 82 DSGVO eine deutlich erwartete materielle Schadensersatzpflicht bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung hinzutritt. Beispielsweise der British Airways-Fall in England zeigt insoweit das Potential auf.

Und am Ende wird häufig die Frage der Verantwortung des Managements stehen. Dies dürfte sich zu einer weiteren Herausforderung des bereits angespannten D&O-Marktes entwickeln.

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



Dr. Henning Schaloske



Daniel Kreienkamp



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 vorgestellt¹. 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).

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 durch geführt 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 haben². 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 Staatsanwaltschaftlichen 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 Unternehmensurteilungen.

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 Verbandssanktionengesetzes 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.

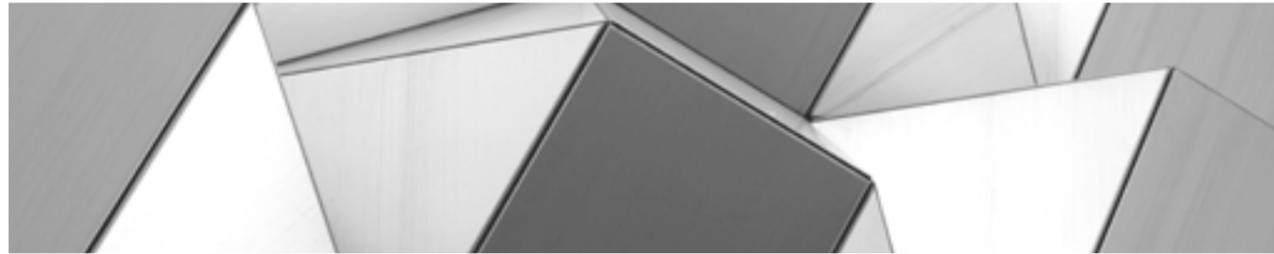
Dies wird sich perspektivisch auch auf die Versicherer und insbesondere die D&O-Versicherung mit neuen Schadensszenarien auswirken und versicherungsnehmende Wirtschaft sowie Versicherer in einem harten Markt vor weitere Herausforderungen stellen. Gleichzeitig bieten sich aber auch Chancen für Versicherer, 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



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 Versicherungsschutz ist zu dem Auslegungsergebnis gekommen, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer bzw. Versicherte einer D&O-Versicherung die streitgegenständlichen Versicherungsbedingungen in dem Sinne versteht, dass mit „Schadenersatz“ 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 „Schadenersatz“ kein fest umrissener Begriff der Rechtssprache und verwies den durchschnittlichen Versicherten einer D&O-Versicherung daher auf die Umgangssprache, nach welcher mit „Schadenersatz“ 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 Versicherungsschutz, dass dann auch ein Ausgleich der den Gläubigern entstandenen Nachteile als „Schadenersatz“ 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.



Cyberversicherung: Datenschutzklagen und Schadensersatz wegen DSGVO-Verstößen

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)¹. 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 Österreich² erste Gerichtsurteile gab, in denen Zivilgerichte auf Grundlage der DSGVO den von einem Datenschutzvorfall betroffenen Personen immateriellen Schadensersatz zugesprochen haben, bestätigten mit dem Landgericht Darmstadt³ und dem Arbeitsgericht Düsseldorf⁴ 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“ sollen⁵. 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 Strafschadenersatz 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 Datenschutzverstößen 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.

¹ Urt. v. 11.11.2020 Az. 29 OWi 1/20 LG

² Vgl. Rechtsbank Amsterdam, BeckRS 2019, 24009; LG Feldkirch, ZD 2019, 562

³ Urt. 26.05.2020 – 13 O 244/19

⁴ Urt. v. 05.03.2020 – 9 Ca 6557/18

⁵ 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“ vorliegt⁶. 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“ wurden⁷. Teilweise wird sogar eine „wesentliche Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ gefordert⁸.

Die Gerichte stellen zur Begründung ihrer Ansätze u.a. auf Schadensgrundsätze des nationalen Rechts und sonstige Rechtssprechungsgrundsätze 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 (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).

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 Gesundheitsdaten⁹ oder Bilder und Chatverläufe aus einer „Single-Börse“¹⁰ geht? Oder eine auf

HIV-Patienten spezialisierte Klinik ihre Patienten mit einem Newsletter mit offenen E-Mail Verteiler versehentlich outet¹¹? 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.

6 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
7 AG Frankfurt a. M., Urteil vom 10.07.2020 – 385 C 155/19, BeckRS 2020, 22861
8 LG Lübeck, Urteil vom 11.4.2019 – 12 O 270/18, ZD 2020, 255.

9 <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/gesundheitsdaten-datenschuetzerin-besorgt-ueber-sicherheitsluecken-im-gesundheitsnetzwerk/25375876.html?ticket=ST-725557-HaTVi74uqEbUdxIFEt9t-ap1>
10 <https://digitalguardian.com/blog/timeline-ashley-madison-hack>

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



Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Berufsrechts und der Anwaltshaftung

Der Anwaltsmarkt befindet sich seit Jahren in Bewegung. Neben der vor allem lokalen Tätigkeit von Einzelanwälten und kleineren Sozietäten hat sich ein Markt für wirtschaftsberatene Berufsausübungsgesellschaften entwickelt. Diese Kanzleien konzentrieren sich nicht mehr nur auf einen Standort, sondern sind national sowie international an vielen Standorten und auch in verschiedenen Jurisdiktionen tätig. Vor diesem Hintergrund stellt sich die (rhetorische) Frage, ob das deutsche Berufsrecht und insbesondere das Berufsrecht der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften noch den tatsächlichen Erfordernissen aller Marktteilnehmer entsprechen.

LegalTech und Rechtsdienstleistungsgesetz

Zudem wird auch der Rechtsdienstleistungsmarkt von neuen Marktteilnehmern als attraktives Ziel für teils disruptive Geschäftsmodelle angesehen. Dies gilt nicht nur für den B2B-Markt, sondern insbesondere auch im Hinblick auf die Durchsetzung von Verbraucherforderungen. Der Trend des Durchsetzens von Ansprüchen, die ansonsten aufgrund des rationalen Desinteresses nicht durchgesetzt würden, wird dadurch unterstützt, dass immer mehr Prozessfinanzierer auf den deutschen Markt drängen und mit LegalTechs zusammenarbeiten, sodass für die Kunden der LegalTechs kalkulierbare Kosten entstehen. Die einzelnen LegalTechs operieren häufig als zugelassene Inkassodienstleister und somit nur mit einer eingeschränkten Erlaubnis, Rechtsdienstleistungen zu erbringen.

Einzelne Stimmen haben die Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹ zum LegalTech wenigermiete.de/LexFox als Durchbruch für LegalTechs als Inkassodienstleister hochgejubelt. Allerdings hatte der Bundesgerichtshof sich zwar für ein weites Verständnis des Inkassobegriffs stark gemacht, gleichwohl ist aus den Entscheidungsgründen ersichtlich, dass die Entscheidung kein Freifahrtschein ist. Spätestens mit der Entscheidung des Landgerichts München

¹ zur Unwirksamkeit der Abtretung der Spediteure an die Financialright GmbH im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund des LKW-Kartells zeigt sich, dass weiterhin eine große Rechtsunsicherheit in diesem Bereich besteht. Das Landgericht München I hielt die Abtretung der Spediteure für unwirksam, da ein Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz vorliege.

Diese Entwicklung zeigt, dass der Gesetzgeber gefordert ist, für Rechtssicherheit zu sorgen und hierbei die Notwendigkeiten des sich entwickelnden Marktes aufgreifen sollte. Die FDP-Bundestagsfraktion hat mit ihrem Gesetzentwurf aus April 2019³ einen Versuch unternommen, eine rechtliche Grundlage für "automatische Rechtsdienstleistungen" in das Rechtsdienstleistungsgesetz aufzunehmen.

Auch die Bundestagsfraktion der Grünen⁴ hat einen Antrag gestellt, der auf eine Modernisierung des Rechtsdienstleistungsgesetzes gerichtet ist. Am 11.03.2020 fand zu beiden Initiativen eine öffentliche Anhörung verschiedener Sachverständigen⁵ im Rechtsausschuss des Bundestages statt. Vor dem Hintergrund der derzeitigen politischen Situation und Mehrheitsverhältnisse bleibt es aber abzuwarten, ob und in welchem Rahmen der Gesetzgeber eine Modernisierung des Rechtsdienstleistungsgesetzes in Angriff nehmen wird.

4 BT-Drucks. 19/16884

5 Dr. Daniel Halmer, Markus Hartung, Edith Kindermann, Dr. Birte Lorenzen, Prof. Dr. Dirk Uwer, Prof. Dr. Christian Wolf

Reform des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat im August 2019 ein Eckpunktepapier für eine Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften vorgelegt. In 20 Punkten hat das Bundesministerium seine Überlegungen zusammengefasst und hierbei eine Vielzahl der Anregungen der Anwaltschaft aufgegriffen. Insgesamt sind die Vorschläge des Eckpunktepapiers zu begrüßen, da viele Punkte die Realität des Anwaltsmarkts und insbesondere auch die Interessen von mittelständischen Berufsausübungsgesellschaften und Großkanzleien aufgreifen. Das Berufsrecht soll nicht mehr ausschließlich an den einzelnen Berufsträger anknüpfen, sondern zusätzlich auch Berufsausübungsgesellschaften als Adressaten aufnehmen. Das Berufsrecht soll rechtsformneutral ausgestaltet werden und zudem soll geprüft werden, ob auch weitere Gesellschaftsformen für die gemeinsame Berufsausübung zugelassen werden. Die Berufsausübungsgesellschaften sollen selbst postulationsfähig werden. Dies folgt der tatsächlichen Praxis, dass maßgeblich die Berufsausübungsgesellschaft mandatiert wird und nicht der jeweils für die Gesellschaft handelnde Rechtsanwalt. Hierdurch wird auch Rechtssicherheit hergestellt. So hat der Bundesfinanzhof⁶ zuletzt entschieden, dass eine LLP unter Umständen nicht postulationsfähig ist. Der Bundesgerichtshof⁷ hatte diese Frage offengelassen und angenommen, dass die Prozesshandlung im Zweifel nicht nur von der Gesellschaft, sondern auch von dem handelnden Rechtsanwalt selbst vorgenommen wurde. Auch im Hinblick auf das Eckpunktepapier bleibt abzuwarten, ob und welche Reformvorschläge der Gesetzgeber aufgreifen wird.

6 BFH, Beschl. v. 11.06.2019 – XI B 98/18

7 BGH, Beschl. v. 22.04.2009 – IV ZB 34/08

8 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit (in chronologischer Reihenfolge): LAG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 19.09.2019 – 5 Ta 94/19 (Fortbildungspflicht); LSG Bayern, Beschl. v. 03.01.2018 – L 17 U 298/17 (Fehlgeschlagene Übermittlung einer Berufung über beA); OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.04.2019 – 11 U 146/18 (Unwirksame Einreichung einer Berufung über beA); BFH, Beschl. v. 05.06.2019 – IX B 121/18 (Umlaute und Sonderzeichen in Dateibezeichnung); ArbG Lübeck, Verf. v. 19.06.2019 – 6 Ca 679/19 (Unwirksamkeit der Einreichung bei Weiterreichung der beA Karte und

beA – die neue Unbekannte

Nachdem das besondere elektronische Anwaltspostfach am Anfang für viele technische Schwierigkeiten und Unstimmigkeiten in der Anwaltschaft geführt hat, ist es inzwischen in der alltäglichen Praxis weitgehend angekommen. Insgesamt zeigen sich aber noch viele Unsicherheiten beim Umgang mit dem beA, sodass bereits eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen mit Bezug zum beA vorliegt⁸. So nehmen zum Beispiel die ersten Gerichte an, dass ein Rechtsanwalt eine Nutzung des beA prüfen muss, wenn ansonsten eine Fristversäumung droht, obwohl derzeit noch keine flächendeckende aktive Nutzungspflicht besteht⁹.

Neben den Herausforderungen beim täglichen Umgang mit dem beA, stellt das beA aber insbesondere auch Berufsausübungsgesellschaften vor organisatorische Herausforderungen. So ist das beA an den einzelnen Berufsträger geknüpft, ohne dass die Berufsausübungsgesellschaft ein eigenes beA-Postfach unterhalten kann. Dies hat auch der Anwaltsenat des Bundesgerichtshofs bestätigt¹⁰. In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass Gerichte die Korrespondenz nicht an den Sachbearbeiter, sondern an einen anderen – nicht mit der Sache nicht befassten – Berufsträger der Kanzlei schicken, sodass eine Abstimmung und Weiterleitung erforderlich wird. Auch der Wechsel von Berufsträgern erfordert größere Sorgfalt, um sicherzustellen, dass die Gerichtskorrespondenz über das beA an die richtigen Sachbearbeiter zugestellt wird und auch gewährleistet ist, dass die Verschwiegenheitsverpflichtung eingehalten wird. Daher ist die Forderung nach einem Kanzleipostfach im Rahmen des Eckpunktepapiers nicht nur zu begrüßen, sondern die Einführung eines solchen Kanzleipostfaches zwingend erforderlich.

des PIN); BSG, Beschl. v. 27.06.2019 – B 5 RE 10/18 (Hinweispflicht durch Gericht); BAG, Beschl. v. 07.08.2019 – 5 AZB 16/19 (Überwachungspflichten bei Berufungseinlegung über das beA); OVG Magdeburg, Beschl. v. 28.08.2019 – 2 M 58/19 (Überwachungspflicht bei Rechtsmitteleinlegung über das beA); OVG Saarlouis, Beschl. v. 27.09.2019 – 1 D 155/19 (Rückübermittlung eines EB über das beA); BAG, Beschl. v. 24.10.2019 – 8 AZN 589/19 (Einreichung NZB unter anderer Namenserkennung über das beA)
9 OLG Dresden, Beschl. v. 29.07.2019 – 4 U 879/19; LG Krefeld, Beschl. v. 10.09.2019 – 2 S 14/19
10 BGH, Urt. v. 06.05.2019 – AnwZ (Brfg) 69/18

1 BGH, Urt. v. 27.11.2019 - VIII ZR 285/18

2 LG München I, Urt. v. 07.02.2020 – 37 O 18934/17

3 BT-Drucks. 19/9527

Zudem muss die Justiz die eigene Digitalisierung beschleunigen, um Medienbrüche und damit verbundenen Schwierigkeiten zu reduzieren. Der Gesetzgeber sollte hier nicht nur die Anwaltschaft durch das beA zur Digitalisierung verpflichten, sondern auch selbst die notwendigen Rahmenbedingungen für die Digitalisierung der Justiz schaffen.

Steigende Haftungsrisiken

Neben Haftungsrisiken, die aus dem Einsatz des beA resultieren, bleibt weiterhin die Fristversäumnis der Haftungsgrund Nummer eins. Daneben zeichnen sich aber auch weitere Trends ab. Zum Beispiel gehen zunehmend Rechtsschutzversicherer gegen Rechtsanwälte (auch trotz erteilter Deckungszusage) vor, wenn diese zum Beispiel in einer Vielzahl von Verfahren offensichtlich unbegründete Ansprüche verfolgen und hierdurch Kosten verursachen¹¹. Insgesamt ist eine zunehmende Bereitschaft zu erkennen, die eigenen Berater wegen tatsächlicher oder behaupteter Pflichtverletzungen in Anspruch zu nehmen. Ein Trend der sich nicht nur auf Rechtsanwälte, sondern auch auf andere freie Berufe, wie zum Beispiel Ärzte, bezieht. International wird Deutschland im Hinblick auf die Berufshaftung von Rechtsanwälten inzwischen als Hochrisikoland wahrgenommen und rückt neben den USA, Großbritannien und Australien in den Fokus. Die derzeitige öffentliche Berichterstattung zur Rolle von Rechtsanwälten bei Cum-Ex- und Cum-Cum-Geschäften verstärkt diese Entwicklung.

Ausblick

Insgesamt bleibt es spannend, ob und welche Reformvorschläge der Gesetzgeber im Hinblick auf das Berufsrecht für Berufsausübungsgesellschaften und im Hinblick auf die Modernisierung des Rechtsdienstleistungsgesetzes aufgreifen und umsetzen wird. Die durch erste LegalTechs aufgesetzten Geschäftsmodelle beginnen den Anwaltsmarkt zu verändern. Diese Entwicklung wird sich in der Zukunft noch verstärken. Vielfach entsprechen die Geschäftsmodelle der LegalTechs auch der Erwartungshaltung der Konsumenten, Rechtsthemen schnell und unkompliziert zu lösen. Die Anwaltschaft ist gut beraten, diesen Umstand zu akzeptieren und zu prüfen, ob und in welchem Rahmen die eigene Tätigkeit hiervon profitieren kann. Im Hinblick auf die öffentliche Wahrnehmung des Berufsstands muss sich die Anwaltschaft auf stürmischere Zeiten einstellen und stetig das eigene Risikomanagement – auch zur Vermeidung von Haftungsfällen – verbessern. Hierzu gehört es auch, von den Erfahrungen anderer Branchen zu lernen und sich externen Lösungsansätzen nicht zu verschließen.



Daniel Kreienkamp



¹¹ Vgl. OLG Köln, Urt. v. 23.05.2019 – 24 U 124/18



Aktuelle Entwicklungen zur Anwaltshaftung und im Risikomanagement

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

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

Zum Risikomanagement gehören daneben insbesondere die Vermeidung und der Umgang mit Fehlern. Auch Anwälte machen Fehler und sollten darauf vorbereitet sein, mit Fehlern professionell umzugehen. Geht es um die Fehlervermeidung, gilt es, die Rechtsprechung zur Anwaltshaftung kontinuierlich zu verfolgen. In diesem Zusammenhang lesenswert sind ein Urteil des BGH vom 14.02.2019¹, ein Beschluss des OLG Köln vom 05.11.2018² sowie die jüngste Rechtsprechung zu Fristversäumnissen im Zusammenhang mit der Nutzung des elektronischen Anwaltspostfachs³.

BGH zur Nachforschungspflicht eines Anwalts bezüglich Rechtstatsachen

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

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

fristgebundenen Schriftsatzes: BGH, Beschluss v. 20.8.2019 – VIII ZB 19/18, NJW 2019, 3310; unwirksame Einreichung einer Berufung über das elektronische Anwaltspostfach: OLG Braunschweig, Beschluss vom 8.4.2019 – 11 U 146/18, NJW 2019, 2176; zu den Sorgfaltspflichten eines Anwalts bei Versendung fristwahrender Schriftsätze über beA: OLG Saarbrücken, Urt. v. 4.10.2019 – 2 U 117/19, NJW-RR 2019, 183

Der BGH folgte der Ansicht des Berufungsgerichts nicht, dass der beklagte Rechtsanwalt sich auf die Angaben zum Zugang des Schreibens habe verlassen dürfen. Zwar dürften Anwälte grundsätzlich auf die tatsächlichen Angaben des Mandanten vertrauen. Die Angaben über den Zugang einer Kündigung betreffen laut BGH aber nicht lediglich Informationen tatsächlicher Art, sondern seien für die rechtliche Beurteilung eines tatsächlichen Geschehens relevant. Teilt der Mandant seinem Anwalt so genannte Rechtstatsachen mit, habe der Anwalt sie durch Rückfragen in die zugrundeliegenden Umstände und Vorgänge aufzulösen oder, sofern dies keine zuverlässige Klärung erwarten lässt, weitere Ermittlungen anzustellen. Der Rechtsanwalt sei also dazu verpflichtet gewesen, sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob das Kündigungsschreiben nicht bereits am 22.12.2011 zugegangen ist. Konnte dies nicht sicher ausgeschlossen werden, hätte der sicherste Weg in der Einreichung der Kündigungsschutzklage am 12.01.2012 gelegen.

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

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

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

In dem entschiedenen Fall hatten die Beklagten den Mandanten im Rahmen einer arzt haftungsrechtlichen Streitigkeit auf die grundsätzliche Möglichkeit der Prozessfinanzierung hingewiesen und sich insoweit pflichtgemäß verhalten. Sie hatten zudem einen

Prozessfinanzierer vorgeschlagen und die Antragstellung für den Mandanten übernommen. Nach den Ausführungen des OLG Köln seien die Rechtsanwälte entgegen der Auffassung des Landgerichts insbesondere nicht verpflichtet gewesen, den Kläger auf die Möglichkeit einer günstigeren Prozessfinanzierung hinzuweisen, die eine Finanzierung mit einer Erfolgsbeteiligung von lediglich 30 Prozent ermöglicht hätte.

Weitere Dauerbrenner – Fristversäumnisse und beA

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

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

Fristversäumnisse stehen auf der Skala der häufigsten Anwaltshaftungsfälle ganz oben. Sie gibt es im elektronischen Rechtsverkehr genauso wie in der Papier- und Fax-Welt. Welche Sorgfaltsanforderungen Rechtsanwälte bei der Postausgangskontrolle zu beachten haben, differenzieren die Gerichte im Zusammenhang mit der Nutzung des elektronischen Anwaltspostfaches (beA) derzeit aus⁴. Seit der Einführung des elektronischen Anwaltspostfaches ist eine Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen ergangen, aus denen sich die Tücken des elektronischen Rechtsverkehrs ersehen lassen. Im Zuge der Corona-Pandemie⁵ und der damit wahrscheinlich verbundenen vermehrten Nutzung des elektronischen Anwaltspostfaches wird es sicherlich zu weiteren Anwaltshaftungsfällen kommen, die in absehbarer Zeit die Gerichte befassen. Auf das beA sollte also im Rahmen des Risikomanagements von Kanzlei auch während der Corona-Krise ein besonderes Augenmerk gelegt werden.



Dr. Tanja Schramm

1 BGH, Urt. v. 14.02.2019 - Az. IX ZR 181/17, NJW 2019, 1151
2 OLG Köln, Beschluss v. 05.11.2018 - Az. 5 U 33/18, NJW-RR 2019, 759
3 Vgl. u.a. zu den Überwachungspflichten eines Anwalts bei Berufungseinlegung über beA: BAG, Beschluss v. 07.8.2019 – 5 AZB 16/19, NJW 2019 2793; zu den Anforderungen an Anweisung bei Versendung fristgebundener Schriftsätze: BGH, Beschluss v. 14.11.2019 – IX ZB 18/19, NJW-RR 2020, 122; keine vorschnelle Aufgabe der Übermittlung eines

4 Siehe hierzu auch eine Zusammenfassung von Jungk, AnwBl 2/2020, 102 ff
5 Siehe zum Umgang mit der Coronakrise in der Anwaltskanzlei fortlaufend aktualisierte FAQ des DAV im AnwBl, elektronisch abrufbar unter www.anwaltsblatt.anwaltverein.de



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 Berufungsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe

So lang der Titel des Gesetzesentwurfs ist, so umfangreich sind auch die beabsichtigten Änderungen des Berufsrechts. Ein Kernanliegen des Gesetzesentwurfs ist das Recht der Berufungsausübungsgesellschaften zu modernisieren. Neben den einzelnen Rechtsanwälten rügen auch die Berufungsausübungsgesellschaften in das Kern des Berufsrechts und werden selbst Adressaten des Berufsrechts. Dies führt dazu, dass die Berufungsausübungsgesellschaften 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 Berufungsausübungsgesellschaften aufgenommen werden. Der Gesetzgeber kommt damit der zunehmenden Bedeutung der Berufungsausübungsgesellschaften nach. Allerdings sieht der Gesetzesentwurf weiterhin nicht die Möglichkeit einer Fremdkapitalbeteiligung vor.

Mit diesen Änderungen ergeben sich auch Änderungen bezüglich der notwendigen Berufshaftpflicht einer Berufungsausübungsgesellschaft. Zudem wird die Verpflichtung der Berufungsausübungsgesellschaften 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

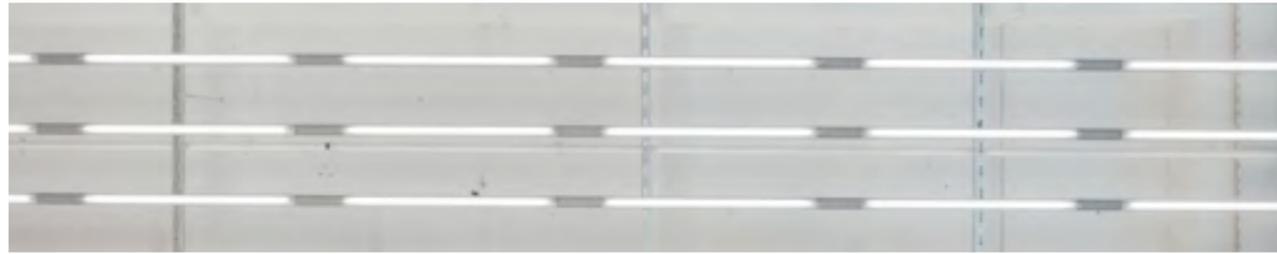
Mit diesem Entwurf tastet sich der Gesetzgeber langsam an das Thema Legal Tech heran, um einen Ausgleich zwischen den verschiedenen Beteiligten (Verbraucher, Legal Tech – Unternehmen und Rechtsanwälten) zu schaffen. Der Gesetzesentwurf sieht eine Öffnung der Regelungen zur Vereinbarung eines Erfolgshonorars 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). 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 gesorgt¹.

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.

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.

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.

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

¹ Vgl. auch Schramm/Kreienkamp, r+s 2020, 12/2020



ECJ – EU Blocking Regulation

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

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

Background to the Referral

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

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

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

The relevant part of Article 5 provides that: "No person referred to in Article 11 shall comply, whether directly or through a subsidiary or other intermediary person, actively or by deliberate omission, with any requirement or prohibition, including requests of foreign courts, based on or resulting, directly or indirectly, from the laws specified in the Annex or from actions based thereon or resulting therefrom." While Article 5 of the EU Blocking Regulation prohibits any compliance with US secondary sanctions, sec. 7 of German Foreign Trade and Payments Ordinance (Außenwirtschaftsverordnung, AWV) only contains a prohibition of boycott declarations.

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

What Questions Have Been Asked?

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

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

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

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

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

Comment

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

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

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

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

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

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

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

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

Comment

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

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

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

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

The Hamburg Court found that a termination which violates Article 5 constitutes a legal transaction which violates a statutory prohibition in the sense of sec. 134 of the German Civil Code. The Federal Republic of Germany, in implementation of Article 9 of the EU Blocking Regulation, qualifies a violation of Art. 5 I of the EU Blocking Regulation as an administrative offence and imposes a fine of up to EUR 500,000. Additionally, the Hamburg Court was concerned with the economic losses to which Telekom could be exposed if the court restrained Telekom from terminating its contracts with Bank Melli Iran.

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

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

Comment

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

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

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

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

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

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

Comment

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

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

Conclusion

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

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



Nigel Brook



Dr Henning Schaloske



Chris Hill



Anika Rothe, LL.M.



Qi Jiang



Rechtsprechung

BGH: Haftung des Abschlussprüfers wegen eines falschen Bestätigungsvermerks im Wertpapierprospekt

In seinem Urteil vom 12.03.2020 entschied der VII. Zivilsenat des BGH¹, dass eine Haftung des Abschlussprüfers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 Abs. 1 HGB voraussetze, dass Gegenstand der Prüfung eine nach Maßgabe des Handelsrechts vorgeschriebene Pflichtprüfung sei. Eine solche Pflichtprüfung liege nicht vor, wenn die Prüfung der Jahresabschlüsse und der Lageberichte lediglich auf der Grundlage wertpapierrechtlicher Vorschriften über den notwendigen Inhalt eines Prospekts für die Emission einer Orderschuldverschreibung erforderlich ist. Darüber hinaus komme ein Anspruch eines Anlegers aus § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gegen einen Wirtschaftsprüfer in Betracht, wenn der in einem Wertpapierprospekt enthaltene Bestätigungsvermerk nicht nur unrichtig sei, sondern der Wirtschaftsprüfer seine Aufgabe nachlässig erledige, zum Beispiel durch unzureichende Ermittlungen oder Angaben ins Blaue hinein und dabei eine Rücksichtslosigkeit an den Tag lege, die angesichts der Bedeutung des Bestätigungsvermerks für die Entscheidung Dritter als gewissenlos erscheine.

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

Anders als das Berufungsgericht verneint der Bundesgerichtshof einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 332 Abs. 1 HGB. So habe der Beklagte keine gesetzlich vorgeschriebene Pflichtprüfung durchgeführt, die eine Strafbarkeit nach § 332 Abs. 1 HGB begründen könne. Eine solche sei nicht gegeben, wenn die Prüfung der Jahresabschlüsse und der Lageberichte lediglich auf der Grundlage wertpapierrechtlicher Vorschriften über den notwendigen Inhalt eines Prospekts für die Emission

einer Orderschuldverschreibung erforderlich sei. Denn der Straftatbestand setze eine nach dem Handelsrecht vorgeschriebene Regelprüfung voraus und gelte nicht für andere Prüfungsanlässe. Als kleine Kapitalgesellschaft nach § 267 Abs. 1 HGB war die Emittentin jedoch nicht gemäß § 316 Abs. 1 HGB verpflichtet, ihren Jahresabschluss und Lagebericht durch einen Abschlussprüfer zu prüfen. Die gesetzlich vorgeschriebene Abschlussprüfung unterscheide sich nach ihrem Schutzzweck von den Regelungen zum Inhalt von Prospekten. Eine analoge Anwendung von § 332 Abs. 1 HGB zu Lasten des Abschlussprüfers sei ausgeschlossen.

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

OLG Düsseldorf: Vertrauensschadenversicherung und unvorhergesehene Kursverluste bei Devisengeschäften

Mit Urteil vom 28.08.2020 entschied das Oberlandesgericht Düsseldorf², 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, 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

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

² OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.08.2020 – 4 U 57/19

durch vorsätzliche Handlungen, die nach den gesetzlichen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen zum Schadenersatz verpflichten, 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 Köln: Reichweite des Erfüllungsausschlusses in der Betriebshaftpflichtversicherung

In seinem Beschluss vom 31.01.2019 hat sich das Oberlandesgericht Köln erneut mit der Reichweite des in der Haftpflichtversicherung typischerweise vorgesehenen Ausschlusses für Erfüllungsschäden befasst³. Danach seien Ansprüche eines Auftraggebers gegen den Versicherungsnehmer wegen eines Schadens an bereitgestellten Fassadenplatten durch eine nicht ordnungsgemäße Erbringung der werkvertraglich geschuldeten Leistung der Grundierung und Lackierung als nicht versicherte Erfüllungsschäden einzuordnen.

Die Versicherungsnehmerin hatte Grundier- und Lackierarbeiten an Fassadenplatten durchgeführt, die von der Geschädigten zur Verfügung gestellt worden waren. Nachdem die Geschädigte die ordnungsgemäß lackierten Fassadenplatten abgeholt hatte, stellte sie fest, dass die

Platten zusammenklebten und sich beim Trennen der Platten die Farboberflächen mit Holzfasern von den Platten ablösten. Dies war darauf zurückzuführen, dass Mitarbeiter der Versicherungsnehmerin die noch nicht ausreichend getrockneten Platten nach den durchgeführten Arbeiten zu früh aufeinanderstapelten.

Der Senat sah den Erfüllungsausschluss als erfüllt an. Zu den vertraglich geschuldeten Leistungen der Versicherungsnehmerin zähle nämlich neben der ordnungsgemäßen Grundierung und Lackierung der Fassadenplatten auch deren ordnungsgemäße Trocknung. Diese geschuldete Leistung sei nicht ordnungsgemäß erbracht worden.

Etwas anderes ergibt sich nach Auffassung des Oberlandesgericht Köln auch nicht aus einem vereinbarten Risikoeinschluss in einer Tätigkeitsklausel, dem zufolge „vor oder nachgelagerte Verpackungstätigkeiten, Transporttätigkeiten oder Lagerung der Sachen“ versichert sind. Aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung der Klausel folge, dass der Einschluss nur bei solchen Tätigkeitsschäden zum Tragen komme, die keine Erfüllungsschäden darstellen. Nicht zutreffend sei auch die Schlussfolgerung, dass eine solche Auslegung darauf hinauslaufen würde, dass Tätigkeitsschäden an zur Verfügung gestellten Sachen immer als Erfüllungsschäden zu behandeln wären, so dass die Klausel leerlaufen würde. Ausgeschlossen seien nämlich nur solche Schäden, die das Interesse des Auftragsgebers am eigentlichen Leistungsgegenstand betreffen, nicht aber denkbare sonstige Schäden aus Anlass der geschuldeten Leistung. Dass Ansprüche vom Versicherungsschutz ausgenommen sind, mit denen das unmittelbare Interesse am eigentlichen Leistungsgegenstand geltend gemacht wird, entspreche dem Wesen der Betriebshaftpflichtversicherung. Die Entscheidung ist ein weiteres Beispiel für die in der Praxis schwierige Abgrenzung zwischen nicht versichertem Erfüllungsschaden und versichertem Mangelfolgeschäden. Insoweit erweist sich die Bestimmung des „unmittelbaren Interesses des Gläubigers am vertraglich geschuldeten Leistungsgegenstand“ angesichts der fehlenden Trennschärfe dieser höchstrichterlichen Formel als besonders problematisch. Im Einzelfall ist daher stets danach zu fragen, welche Leistungen der Versicherungsnehmer im Einzelnen vertraglich übernommen hat. Unerheblich ist dabei, wie die gegen den Versicherungsnehmer gerichteten Ansprüche werkvertraglich einzuordnen sind.

OLG Düsseldorf: Keine Vorleistungspflicht des Berufshaftpflichtversicherers bei rechtskräftiger Feststellung einer wissentlichen Pflichtverletzung

Mit Urteil vom 24.05.2019 hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass ein Berufshaftpflichtversicherer ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung einer wissentlichen Pflichtverletzung nicht mehr vorleistungspflichtig ist⁴. In dem zugrunde liegenden Rechtsstreit nahm die Klägerin den Berufshaftpflichtversicherer des Versicherungsnehmers, hier eines Notars, auf Schadensersatz in Anspruch. Der Versicherer lehnte den Anspruch unter Hinweis darauf ab, dass im Deckungsrechtsstreit die Leistungsfreiheit des Versicherers aufgrund einer wissentlichen Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers rechtskräftig festgestellt worden ist.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellte klar, dass mit der Rechtskraft der Entscheidung im Deckungsstreit zwischen den Parteien dieses Verfahrens abschließend entschieden worden sei, dass der Ausschlussgrund des § 19a Abs. 2 Nr. 1 BNotO für wissentliche Pflichtverletzungen vorliege und damit keine Leistungspflicht des Berufshaftpflichtversicherers bestehe. Damit entfalle zugleich für den hier geltend gemachten Vorleistungsanspruch die Voraussetzung des „Streitigseins“. Der Ausschlussgrund der wissentlichen Pflichtverletzung sei nicht mehr streitig, wenn rechtskräftig festgestellt wurde, dass dieser Ausschlussgrund vorliegt, was dann zwangsläufig zur Folge habe, dass Ansprüche eines Geschädigten wirtschaftlich im Ergebnis (nur) durch den Vertrauensschadensversicherer (oder auch den Notarversicherungsfonds) zu befriedigen sind. Es gebe keine Gründe mehr für eine Vorleistungspflicht des Berufshaftpflichtversicherers, wenn feststeht, dass er nicht leistungspflichtig ist. Das ergebe sich auch aus Sinn und Zweck der Regelung des § 19a Abs. 2 Satz 2 BNotO, der den Hintergrund habe, dass bei einem Streit der Versicherer, wer einen Schaden zu tragen hat, der Geschädigte zunächst einmal zügig entschädigt werden soll und dann die Versicherer untereinander austragen, wer letztlich den Schaden trägt.

OLG Köln: Beweislast im Organhaftungsprozess bei Gesamtrechtsnachfolge

In seinem Urteil vom 01.10.2019 hat das Oberlandesgericht Köln entschieden, dass sich die Darlegungs- und Beweislast des Vorstands im Rahmen des § 93 Abs. 1 AktG für die Erben des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds im Falle der Berufung auf nicht näher substantiierte Negativtatsachen nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast bestimmt⁵. Demnach müsse der Vorstand bei einer Inanspruchnahme gem. § 93 Abs. 1 AktG darlegen und beweisen, dass er nicht pflichtwidrig gehandelt hat.

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

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

⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.05.2019 – I-4 U 88/17

⁵ OLG Köln, Urt. v. 1.10.2019 – 18 U 34/18

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

In seinem Hinweisbeschluss vom 21.10.2019 hat das Oberlandesgericht Köln entschieden, dass es sich bei der Frage der Wirksamkeit einer Subsidiaritätsklausel nur um die Vorfrage für den Innenausgleich handelt, welche nicht Gegenstand einer Feststellungsklage gem. § 256 ZPO sein kann⁶. Darüber hinaus hat das Oberlandesgericht die AGB-rechtliche Wirksamkeit einer einfachen Subsidiaritätsklausel festgestellt.

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

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

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

Da Subsidiaritätsklauseln gerade in der Auslandskrankenversicherung üblich sind, sei die vom Kläger verwendete Subsidiaritätsklausel nicht überraschend

gem. § 305c Abs. 1 BGB. Außerdem werde der Vertragszweck nicht durch die Subsidiaritätsklausel gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gefährdet. Allgemein habe der Bundesgerichtshof die Wirksamkeit von Subsidiaritätsklauseln in der Auslandskrankenversicherung anerkannt. Da der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsschutz bei einer Auslandsreise nicht immer vollständig überblicken könne, schließe er die Auslandskrankenversicherung ab, um etwaige Lücken im Versicherungsschutz zu schließen. Die Auslandskrankenversicherung solle daher nur subsidiär für die Fälle gelten, in denen das Risiko von keiner anderen Versicherung getragen wird. Schließlich sei auch nicht von einer unangemessenen Benachteiligung des Versicherungsnehmers und der mitversicherten Karteninhaber gem. § 307 Abs. 1 BGB auszugehen. Der durchschnittliche Versicherungsnehmer werde die einzelne Subsidiaritätsklausel in dem Fall konkurrierender Klauseln so verstehen, dass er sich wahlweise an einen Versicherer wenden könne und nicht dahingehend, dass die Versicherungsschutz komplett entfalle.

KG: Auslegung eines Betriebshaftpflichtversicherungsvertrags, der von einem Maklerunternehmen im Auftrag des Versicherers entworfen wurde

Mit Beschluss vom 05.07.2019 hat das Kammergericht in einem Fall, in dem der Versicherungsvertrag durch ein vom Versicherer beauftragtes Maklerunternehmen entworfen worden ist, entschieden, dass es bei der Auslegung darauf ankommt, wie der Versicherer den Willen des Versicherungsnehmers anhand des Entwurfs verstanden hat⁷. Konkret ging es um die Frage, welche Fassung der AHB die maßgebliche Vertragsgrundlage sein sollte.

Nach der Auffassung des Kammergerichtes sei es vorliegend für den Versicherer ersichtlich gewesen, dass der Versicherungsnehmer einen möglichst weitreichenden Schutz erhalten wolle. So war das Vertragswerk dahingehend unmissverständlich, dass auch reine Vermögensschäden umfasst sein sollten. Somit hätte der Versicherer mit Blick auf die einzelnen Klauseln erkennen müssen, dass sowohl der Versicherungsnehmer als auch das vom Versicherer beauftragte Maklerunternehmen eine andere Fassung der AHB zugrunde legen wollten als der Versicherer.

Dadurch, dass der Versicherer den Versicherungsvertrag in Kenntnis der Willensrichtung des Versicherungsnehmers trotzdem abgeschlossen habe, ohne dem erkennbaren Willen des Versicherungsnehmers zu widersprechen, sei der Vertrag im Ergebnis mit dem vom Versicherungsnehmer gewollten Inhalt zustande gekommen.



Aktuelle Entwicklungen

BaFin gibt Aufsichtsschwerpunkte für das Jahr 2020 bekannt

Auch für das Jahr 2020 hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vier Aufsichtsschwerpunkte festgelegt, die sich aus den strategischen Zielen der Finanzaufsicht ableiten und die Aufsichts- und Prüfungsplanung prägen.

Digitalisierung, IT und Cyberrisiken

2020 will die BaFin den zunehmenden Einsatz künstlicher Intelligenz, die Distributed Ledger Technologie (DLT) und die auf ihr basierenden Kryptowerte in den Mittelpunkt rücken. Ziel sei es auch, größere Rechtssicherheit beim Einsatz von Big Data und künstlicher Intelligenz zu schaffen. Auch beim Umgang mit DLT, virtuellen Währungen und Initial Coin Offerings werde die BaFin ihre Verwaltungspraxis weiterhin transparent gestalten und so die aufsichtliche Klarheit und Rechtssicherheit in diesem innovativen Feld der Finanztechnologie erhöhen. In einer zunehmend digitalen Finanzwelt stelle die IT- und Cybersicherheit der beaufsichtigten Unternehmen weiterhin einen Aufsichtsschwerpunkt dar.

Im Bereich der Versicherungsaufsicht lege die BaFin ihr Augenmerk zum einen auf IT- und Cybersicherheit, insbesondere auf die IT-Governance der Unternehmen. Hierzu prüfe die Versicherungsaufsicht unter anderem die Umsetzung der „Versicherungsaufsichtlichen Anforderungen an die IT“ (VAIT) durch die beaufsichtigten Unternehmen. Zum anderen werde sie den Einsatz von Cyberpolicen durch Versicherungsunternehmen analysieren. Ziel sei es, die Entwicklung des Segments (unter anderem Anzahl der Policen sowie Geschäftsvolumina) zu bewerten und Rückschlüsse zu ziehen, inwieweit die Versicherungswirtschaft in der Lage ist, die Risiken richtig zu bepreisen.

Integrität des Finanzsystems und Bekämpfung von Finanzkriminalität

Angesichts der mit der zunehmenden Verbreitung von Kryptowerten verbundenen Geldwäscherisiken werde die BaFin zudem vertieft analysieren, in welcher Art und in welchem Umfang Geschäfte mit Kryptowerten abgewickelt werden. Hierbei will sich die Aufsicht ansehen, mit welchen Mechanismen die Institute Prävention gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung betreiben. Auf Grundlage dieser Analysen werde die BaFin die erforderlichen risikoorientierten Folgemaßnahmen zur strengeren Aufsicht ergreifen. Für dieses Jahr kündigt die BaFin eine intensivierte Beurteilung der Erlaubnispflicht neuer Geschäftsmodelle an, vor allem solcher, die auf der Ausgabe von Token mittels DLT basieren (zum Beispiel das Kryptoverwahrgeschäft).

Nachhaltige Geschäftsmodelle

Darüber hinaus betont die BaFin, dass das anhaltende Niedrigzinsumfeld in der Eurozone, die sich eintrübenden Konjunkturprognosen für Deutschland sowie der digitale Wandel die Finanzunternehmen herausfordern und diese zwingen, verstärkt über die Nachhaltigkeit ihrer Geschäftsmodelle nachzudenken. Daher untersuche die BaFin sektorübergreifend, wie sich das dauerhafte Niedrigzinsumfeld auf die Anlagestrategien und -praktiken der beaufsichtigten Unternehmen und die Kreditvergabestandards auswirkt. Ein übergeordneter Schwerpunkt liege dabei auf einem angemessenen Risikomanagement, um die gebotene Risikotragfähigkeit zu gewährleisten. In einem weiteren Schwerpunkt werde die BaFin beurteilen, wie nachhaltig und konsequent die Finanzdienstleister ihre eigene Digitalisierung vorantreiben.

Im Versicherungssektor werde die Aufsicht intensiv untersuchen, wie Lebensversicherer und Pensionskassen mit den Herausforderungen des Niedrigzinsumfelds umgehen. Dazu führe die BaFin unter anderem die intensivierte laufende Aufsicht fort, sie treffe Maßnahmen zum Umgang mit dem Höchstrechnungszins, konzipiere und analysiere Prognoserechnungen und führe weitere Analysen durch. Des Weiteren werde sich die Versicherungsaufsicht auch sehr genau anschauen, inwieweit die Versicherer ihre eigenen digitalen Transformationsprozesse finanzieren und umsetzen können.

⁶ OLG Köln, Beschl. v. 21.10.2019 – 9 U 98/19

⁷ KG, Beschl. v. 05.07.2019 – 6 U 113/17

Nachhaltige Finanzwirtschaft, Sustainable Finance

Als letzten Aufsichtsschwerpunkt für das Jahr 2020 hebt die BaFin die Anhebung und Konkretisierung des aufsichtlichen Ambitionsniveaus für das Management von Nachhaltigkeitsrisiken hervor. Ab 2021 sollen Nachhaltigkeitsrisiken systematisch durch bestehende Aufsichtsinstrumente der BaFin erfasst und adressiert werden. Zugleich agiere die BaFin als Beobachterin im Sustainable Finance Beirat der Bundesregierung und unterstütze das Bundesfinanzministerium national und international auf dem Gebiet der nachhaltigen Finanzwirtschaft.

Die Transition zu einer nachhaltigen Finanzwirtschaft unterstütze die Versicherungsaufsicht im Rahmen der BaFin-weiten Aktivitäten, indem sie 2020 ein Maßnahmenpaket entwickle, um die Erwartungen und Empfehlungen des Merkblattes zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken angemessen und zeitnah in der aufsichtlichen Praxis zu berücksichtigen. Außerdem engagiere sich die BaFin bei EIOPA zu Sustainable Finance, um die Positionen der deutschen Aufsicht in die Diskussionen zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken auf europäischer Ebene einzubringen.

EuGH-Generalanwalt¹: Haftpflichtversicherer der PIP darf sich auf Gebietsschutzklausel berufen

Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof Michal Bobek führt im Gutachten aus, dass sich der Haftpflichtversicherer der Poly Implant Prothèse SA (PIP), einer französischen Herstellerin von Brustimplantaten, wirksam darauf berufen dürfe, dass sich der Versicherungsschutz auf Frauen beschränkt, die in Frankreich operiert wurden. Das Unionsrecht stehe dem nicht entgegen. Insbesondere könne Art. 18 AEUV, der eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbiete, nicht entgegeng gehalten werden, da dieser Artikel keine durchsetzbaren Verpflichtungen begründen könne.

Im Jahr 2006 wurden einer deutschen Patientin in Deutschland Brustimplantate von PIP eingesetzt. PIP ist inzwischen insolvent. Die Implantate waren fehlerhaft, da sie nicht mit medizinischem Silikon, sondern mit nicht zugelassenem Industriesilikon gefüllt waren. Die Patientin klagt vor deutschen Gerichten (zuletzt Oberlandesgericht Frankfurt am Main) gegen Allianz IARD, den obligatorischen französischen Haftpflichtversicherer der PIP, auf Schadenersatz.

Der Versicherungsvertrag enthält allerdings eine Gebietsschutzklausel, die den Versicherungsschutz ausschließlich auf in Frankreich begründete Schäden beschränkt. Daher erstreckt sich der Versicherungsschutz nicht auf Implantate von PIP, die in einen anderen Mitgliedstaat eingesetzt wurden.

Vor diesem Hintergrund lässt das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in der Vorabentscheidung vor dem EuGH klären, ob es mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) vereinbar ist, dass PIP bei der Allianz nur für Schäden aus den Implantaten versichert war, die durch eine Operation in Frankreich eingesetzt wurden.

Der Generalanwalt Bobek hält das Unionsrecht in diesem Fall für anwendbar, aber nicht verletzt. Er weist darauf hin, dass das Sekundärrecht der Union keine besonderen Bestimmungen über die Haftpflichtversicherung für Schäden enthalte, die dem Endverbraucher von Medizinprodukten zugefügt würden. Die Richtlinie 85/374 über die Produkthaftung sehe zwar eine strenge Haftungsregelung für Hersteller vor, enthalte aber keine Vorschriften über eine Pflichtversicherung. Die Richtlinie 93/42 über Medizinprodukte wiederum verlange nur von benannten Stellen den Abschluss einer Haftpflichtversicherung. Für Hersteller gelte diese Pflicht nicht.

In Bezug auf Art. 18 AEUV führt Bobek sodann aus, dass dieser Artikel keine durchsetzbaren Verpflichtungen enthalte.

In Ermangelung einer Harmonisierung sei es daher Sache der Mitgliedstaaten, die Versicherung für die in ihrem Hoheitsgebiet verwendeten Medizinprodukte einer Regelung zuzuführen, auch wenn diese Produkte aus einem anderen Mitgliedstaat eingeführt werden.

Das vorgelegte Gutachten ist kein Urteil. Häufig folgen die EU-Richter aber ihren Gutachtern.

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

Veröffentlichung: Insurance Growth Report 2020

Der jährlich erscheinende Clyde & Co Insurance Growth Report gibt einen guten Überblick über die globale M&A Entwicklung im Versicherungsmarkt. Für das Jahr 2020 besteht der Insurance Growth Report aus drei Teilen und einem Update zur Jahresmitte:

Teil 1: <https://www.clydeco.com/en/reports/2020/02/insurance-growth-report-2020-part-1>

Teil 2: <https://www.clydeco.com/en/reports/2020/03/insurance-growth-report-2020-part-2>

Teil 3: <https://www.clydeco.com/en/reports/2020/03/insurance-growth-report-2020-part-3>

Das Update zur Jahresmitte (<https://www.clydeco.com/en/reports/2020/08/insurance-growth-report-2020-mid-year-update>) bestätigte, dass sich die M&A Aktivität im ersten Halbjahr 2020 stabil hält.

Insurance Predictions 2021

Unsere spannenden Vorhersagen für das Jahr 2021 beinhalten die aktuellen Themen zum Klimawandel, Cyber, D&O bis hin zu Covid-19. Den gesamten Artikel finden Sie hier: <https://www.clydeco.com/en/insurance-2021-the-year-ahead>

COVID-19

Aktuelle Nachrichten und relevante Entwicklungen im Zusammenhang mit COVID-19 können Sie unserem [Coronavirus-Information-Hub](#) entnehmen.

Moot Court

Auch im Jahr 2020 haben wir Studenten für Probeverhandlungen im Vorfeld der mündlichen Verhandlungen des Willem C. Vis International Arbitration Moot Court (<https://vismoot.pace.edu/>) bei uns begrüßt. Die 27. Ausgabe dieses internationalen Studentenwettbewerbs findet in diesem Jahr sowohl am Austragungsort Wien als auch beim Schwesterwettbewerb in Hong Kong (<https://www.cismoot.org/en-US>) nur virtuell statt.

Team

Auch bei uns im Team gibt es weiterhin stetig wachsende Entwicklungen:

Seit Juni 2020 unterstützt Sita Rau unser Versicherungsteam als Rechtsanwältin. Ab Oktober 2020 ist zudem Yesra-Cecile Pauly als Rechtsanwältin zu unserem Team dazugestoßen.

Zum 01.11.2020 ist Daniel Kreienkamp zum Counsel befördert worden.

Wir freuen uns darüber hinaus, Petra Scheida zum Jahresbeginn 2021 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.

Büroeröffnung in München

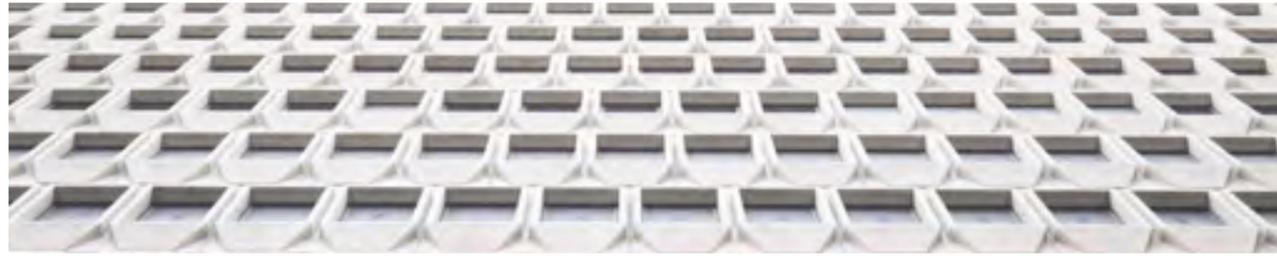
Am 01.02.2021 haben wir unseren dritten deutschen Standort in München eröffnet.

Der Standort erweitert die Präsenz von Clyde & Co in Deutschland, wo die Kanzlei bereits Büros in Düsseldorf und Hamburg unterhält, und zeigt das Engagement der Kanzlei, ein einzigartiges und marktführendes Versicherungsangebot in den drei wichtigen Zentren des Landes aufzubauen, in denen viele der weltweit führenden Versicherungsunternehmen tätig sind.

Die neuen Partner Eva-Maria Barbosa, Dr. Andreas Börner und Dr. Sven Förster, die in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Transaktionsrecht, Schadenregulierung und Rechtsstreitigkeiten beraten und in der Versicherungsbranche umfassend vernetzt sind, wechseln als Partner von Norton Rose Fulbright, wo sie seit 2006 zusammenarbeiten. Die Neuzugänge ergänzen die bestehenden Teams von Clyde & Co in Düsseldorf und Hamburg in den Bereichen Versicherung / Claims und Corporate Insurance und bringen marktführende Expertise im Bereich M&A-Versicherung (W&I) - einem der am schnellsten wachsenden Geschäftszweige in Deutschland - sowie umfangreiche Expertise im Bereich sonstiger gerichtlicher Rechtsstreitigkeiten ein.

Das Team startet mit insgesamt acht Anwälten und zwei Supportkräften, wobei weitere Einstellungen unmittelbar bevorstehen.





Unser Team

Düsseldorf



Dr. Henning Schaloske

Partner
+49 211 8822 8801
henning.schaloske@clydeco.com



Dr. Tanja Schramm

Partner
+49 211 8822 8803
tanja.schramm@clydeco.com@clydeco.com



Dr. Daniel Kassing LL.M.

Partner
+49 211 8822 8805
daniel.kassing@clydeco.com



Eva-Maria Goergen

Counsel
+49 211 8822 8836
eva-maria.Goergen@clydeco.com



Daniel Kreienkamp

Counsel
+49 211 8822 8804
daniel.kreienkamp@clydeco.com



Petra Scheida LL.M.

Counsel
+49 211 8822 8822
petra.scheida@clydeco.com

Hamburg



Daniel Jones

Partner
+49 40 8090 30201
daniel.jones@clydeco.com



Dr. Eckehard Volz

Partner
+49 40 8090 30203
eckehard.volz@clydeco.com



Dr. Tim Schommer

Partner
+49 40 8090 30204
tim.schommer@clydeco.com



Dr. Volker Lücke

Partner
+49 40 8090 30202
volker.luecke@clydeco.com



Dr. Stefan Ullrich

Counsel
+49 40 8090 30206
stefan.ullrich@clydeco.com



Dr. Detlef Zschoche

Counsel
detlef.zschoche@clydeco.com



Georg Scherpf

Counsel
+49 40 8090 30250
georg.scherpf@clydeco.com

München



Eva-Maria Barbosa

Partner
+49 89 24442 0101
eva-maria.barbosa@clydeco.com



Dr. Andreas Börner

Partner
+49 89 24442 0102
andreas.boerner@clydeco.com



Dr. Sven Förster

Partner
+49 89 24442 0103
sven.foerster@clydeco.com



Dr. Nikolaus Wank LL.M.

Counsel
+49 89 24442 0104
nikolaus.wank@clydeco.com

A truly global law firm

With an impressive international reach, we operate on a global basis, from our own offices, our associated offices or through long term correspondent relationships with leading local firms in other jurisdictions.

Americas

Atlanta
 Caracas
 Chicago
 Los Angeles
 Mexico City
 Miami
 Montréal
 New Jersey
 New York
 Orange County
 San Francisco
 Santiago*
 São Paulo
 Toronto
 Washington, DC

UK and Europe

Aberdeen
 Bristol
 Dublin
 Düsseldorf
 Edinburgh
 Glasgow
 Guildford
 Hamburg
 Leeds
 London
 Madrid
 Manchester
 Munich
 Nantes
 Newcastle
 Oxford
 Paris

Middle East & Africa

Abu Dhabi
 Cape Town
 Dar es Salaam
 Dubai
 Doha
 Johannesburg
 Muscat*
 Riyadh

Asia Pacific

Auckland*
 Beijing
 Brisbane
 Chongqing
 Hong Kong
 Melbourne
 New Delhi*
 Perth
 Shanghai
 Singapore
 Sydney
 Ulaanbaatar*

- Clyde & Co offices
- *Associated offices



440

Partners

1,800

Lawyers

4,000

Total staff

50+

Offices*

www.clydeco.com

*includes associated offices

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

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

© Clyde & Co (Deutschland) LLP 2021.
All rights reserved.