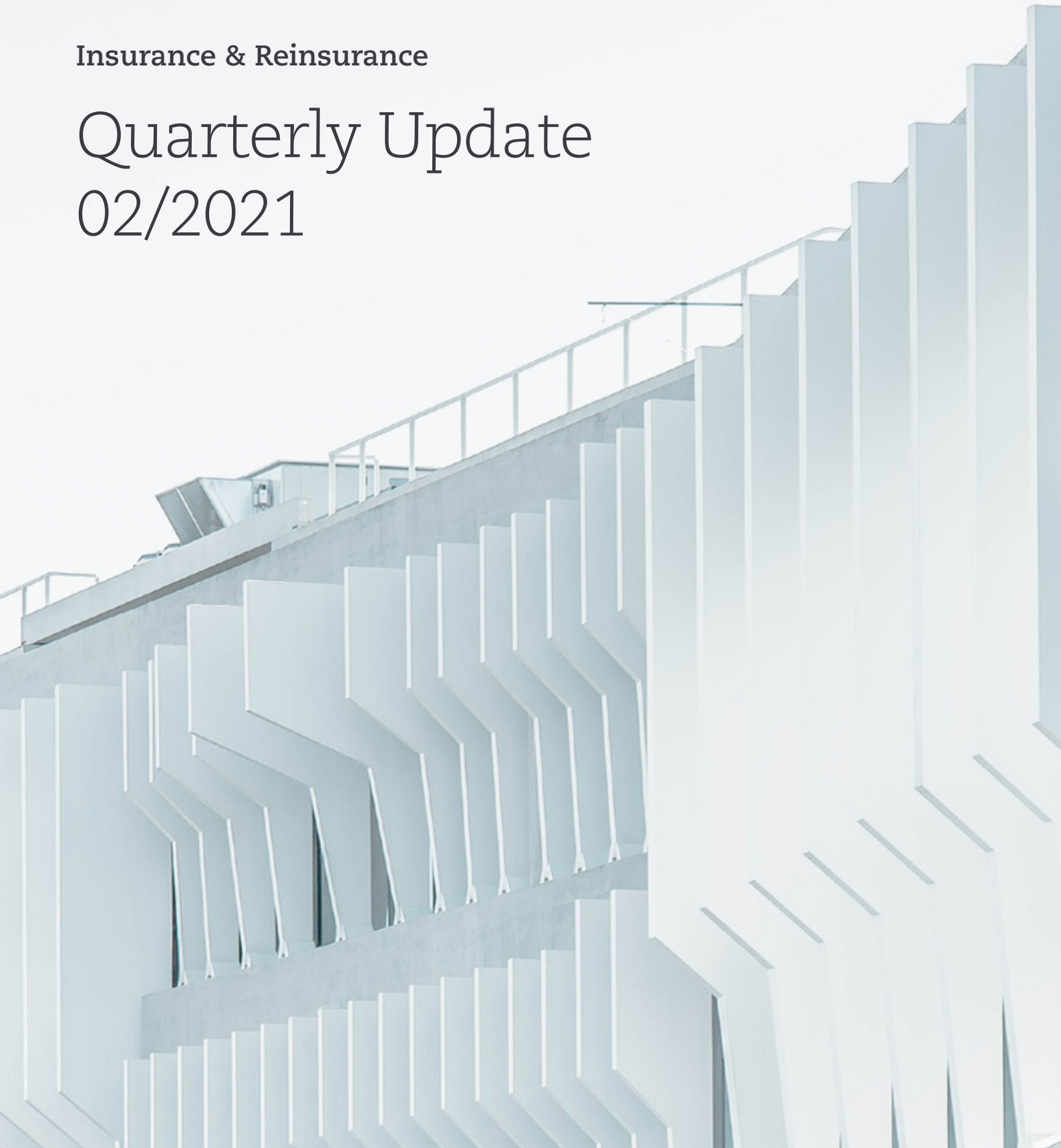




Insurance & Reinsurance

# Quarterly Update 02/2021



## Inhalt

**01.**

Editorial

**02.**

Regress von Kartellgeldbußen (Gesamtbeitrag)

**07.**

Auswirkungen des Lieferkettengesetzes auf die Versicherungswirtschaft

**11.**

Bundesverfassungsgericht zum Klimaschutzgesetz

**12.**

Shell Urteil

**13.**

Geplante Haftungsverschärfung für Wirtschaftsprüfer

**15.**

Gruppenversicherung

**18.**

Aktuelle Rechtsprechung

**23.**

Aktuelle Entwicklungen

**26.**

Insight: Clyde & Co



Liebe Leserin,  
lieber Leser,

dieses Quarterly Update erreicht Sie hoffentlich mit Optimismus und Vorfreude auf die Sommerzeit. Die greifbaren Fortschritte in der Bewältigung der Pandemie stimmen uns hoffnungsvoll, dass wir über die nächsten Wochen nicht nur unsere Teams wieder zusammenbringen können, sondern auch Sie persönlich alsbald wiedersehen.

Am 22.06.2021 fand unser Financial Lines Day statt, den wir auch in diesem Jahr noch virtuell durchgeführt haben. Der Fokus lag auf Haftungs- und Deckungsthemen der D&O-Versicherung. Neben unserem deutschen Team brachten Sie und uns Partner aus unseren Büros in den USA und London über Entwicklungen im US-Markt und zu dem brandaktuellen Thema von Haftungsrisiken im Zusammenhang mit ESG, Non-financial reporting und Greenwashing auf den aktuellen Stand.

Für Schlagzeilen haben in den letzten Wochen insbesondere Gerichtsentscheidungen zum Klimawandel gesorgt. Neben dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum deutschen Klimaschutzgesetz ist vor allem das niederländische Shell-Urteil vom 26.05.2021 aus Den Haag hervorzuheben. Für alle, die mehr wissen möchten: In unserem Resilience Hub (<https://resilience.clydeco.com>) finden Sie unser aktuellen Reports und laufend aktuelle News rund um den Klimawandel, Sorgfaltspflichten und Haftungsrisiken sowie damit verbundenen Versicherungsthemen.

In diesem Quarterly Update 2/2021 haben wir weiter die folgenden aktuellen Themen für Sie aufbereitet:

- Innenregress von Kartellbußgeldern in verschiedenen Jurisdiktionen
- Auswirkungen des Lieferkettengesetzes auf die Versicherungswirtschaft
- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz
- Urteil in Sachen Milieudefensie vs. Shell
- Update FISG – Haftungsverschärfung für Wirtschaftsprüfer
- BaFin-Rundschreiben zur Gruppenversicherung

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre!



Ihr Dr. Henning Schaloske



## Regress von Kartellgeldbußen innerhalb des Unternehmens

Mit Urteil vom 15. September 2020 entschied das Landgericht Saarbrücken, dass ein Unternehmen für die Verhängung einer EU-Kartellgeldbuße keinen Regressanspruch gegen verantwortliche Organmitglieder oder Mitarbeiter geltend machen kann.<sup>1</sup> In dem zu entscheidenden Fall nahm ein Hersteller von Badkeramikprodukten seinen ehemaligen Geschäftsführer wegen einer gegen das Unternehmen auf Grundlage von Art. 101 AEUV und Art. 53 des EWR-Abkommens verhängten Geldbuße in Anspruch. Das Landgericht Saarbrücken hat die Klage abgewiesen. Nach Ansicht des Gerichts verstößt die Inanspruchnahme aus dem Kartellbußgeld gegen den Grundsatz des *effet utile* gemäß Art. 101, 105 AEUV. Nach diesem Grundsatz müssen die von der Kommission verhängten Geldbußen eine hinreichend abschreckende Wirkung entfalten. Der Rückgriff auf Kartellgeldbußen würde diese Wirkung jedoch abschwächen und damit den Kern der öffentlich-rechtlichen Kartellverfolgung durch die Kommission auf der Grundlage der Art. 101, 105 AEUV berühren.

Auch wenn das Gesellschaftsrecht im Hinblick auf die Haftung von Geschäftsführern nationales Recht sei, dürfe das Gesellschaftsrecht nicht im Widerspruch zu den sog. allgemeinen Regeln des Europarechts stehen; dies seien das Diskriminierungsverbot und die Wahrung des *effet utile*. Dieser Grundsatz des *effet utile* wäre, so das Gericht, durch die Möglichkeit eines Regresses verletzt, da das Unternehmen Teile der Geldbuße auf Vorstandsmitglieder abwälzen könne, die von Art. 101 AEUV nicht als Betroffene erfasst werden.

Trotz der weitreichenden Bedeutung der Regressierbarkeit von Geldbußen handelt es sich bei dem viel beachteten Urteil des Landgerichts Saarbrücken um eine der wenigen Entscheidungen in Deutschland, die sich mit dieser Thematik überhaupt beschäftigt haben. Bislang fehlt es hierzulande sowohl an gesetzlichen Regelungen als auch an einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, die den Regress von Geldbußen abschließend klären, was angesichts der zum Teil horrenden Bußgeldforderungen der EU-Kommission und des Bundeskartellamtes nicht nur aus Sicht von Organmitgliedern, sondern auch für D&O-Versicherer große Rechtsunsicherheiten birgt.

Andere Länder sind hier mitunter schon etwas weiter. Für den folgenden Beitrag haben unsere Kolleginnen und Kollegen aus Großbritannien (James Cooper, Clyde & Co), den Niederlanden (Wieke van Eekhout, Van Doorne N.V.) sowie Dänemark (Henrik Nedergaard Thomsen und Sigrid Majlund Kjærulff, Paul Schmith Kammeradvokaten) einen Überblick über die Lage in den jeweiligen Rechtsordnungen verschafft.

### 1. Großbritannien

Regulatory and criminal investigations and prosecutions of both entities and their directors are on the increase in the UK, both in terms of their frequency and magnitude. Regulatory scrutiny is high, with regulators keen to hold wrongdoers to account. In addition, corporate criminal liability is expanding, with new offences enacted and proposed.

Given the size of fines that may be levied in these situations, organisations are keen to understand whether these losses are recoverable from the actual wrongdoers themselves. In this article, we look at the approach the UK courts have taken to this issue.

In *Safeway Stores v Twigger* [2010] EWCA Civ 1472, Safeway had been prosecuted by the Office of Fair Trading (“OFT”) for alleged fixing of dairy prices contrary to section 2(1) of the Competition Act 1998. Safeway agreed to pay a fine and as part of the agreement, admitted that by participating in various initiatives with other supermarkets, they had breached the prohibition in the Act by the repeated exchange of commercially sensitive retail pricing intentions. Safeway’s shareholders sought recourse from a number of the directors and employees that it alleged were responsible for the price fixing conduct in question.

The defendants applied to strike out the claim, arguing that it was barred by public policy on the grounds of *ex turpi causa non oritur actio* (an action cannot be founded on an immoral or base cause). This legal doctrine is founded on the basis that it is morally repugnant for a person to profit from his own wrongdoing and is commonly referred to as the “illegality defence”

At first instance, Flaux J refused to grant summary judgment. This was on the basis that the question of whether Safeway had primary and direct liability for breaches of the Act, and hence whether the *ex turpi causa* principle would apply, depended on questions of attribution and whether the defendants were the “directing mind and will” of the company. As the Court of Appeal put it, the judge: “thought that, unless that could be shown, it was impossible to say that the claimant companies were “personally” at fault and the maxim only applies where the claimant was “personally” at fault, as accepted by Mr Jonathan Sumption QC in argument in the case of *Stone & Rolls v Moore Stephens* [2009] 1 AC 1391 and confirmed by the House of Lords in that case.”

The Court of Appeal allowed the appeal, granting summary judgment to the defendants. Longmore LJ, giving the leading judgment, noted that Safeway was not liable vicariously for the acts of its employees under the Act in this case. Rather, the Act imposes liability on an undertaking which is a party to an agreement which infringes the Act intentionally or negligently – it is therefore personal to that undertaking. Longmore LJ stated: “In those circumstances it is the undertaking which is personally at fault (there can be no one else who is) and, once the maxim is engaged, the undertaking cannot say that it was not personally at fault in order to defeat the application of the maxim. The whole hypothesis of the undertaking’s liability is that it is personally at fault.”

As a result, the company could not pass the fine onto its directors/employees.

The fact that recovery was not possible in this case does not always mean that fines will not be recoverable in other situations. The Supreme Court in *Jetivia v Bilta*<sup>2</sup> commented on the Safeway case: “the statutory scheme had the peculiarity, which was critical to the reasoning of the Court of Appeal, that the offence was not capable of being committed by the individuals directly responsible. The Act imposed the prohibition and the resulting penalty only on the company. It was held that this required the attribution of the infringement to the company and its non-attribution to the defendants. On that ground, it was held that to apply the breach of duty exception so as to allow recovery of the penalty from the defendants would be inconsistent with the statutory scheme. The decision is not authority for any proposition applying more generally.”

Further, Lords Toulson and Hodge said that they disagreed with the reasoning in *Safeway*. They took the view that unless there are special circumstances, the innocent shareholders should not be made to suffer twice. “The reasoning in *Twigger*, if taken to its logical conclusion, would also mean that the company could not lawfully dismiss the errant employees or directors; for to rely on their misconduct would be to rely on its own misconduct...It might be argued that unfair dismissal is different, but that could only be on public policy grounds. Reference to public policy takes us to the only basis on which we consider that the decision of the Court of Appeal in *Safeway* may have been justified. Pill LJ considered that the policy of the Competition Act 1998 would be undermined if undertakings were able to pass on their liability to their employees. That may have been a sound reason for striking out *Safeway*’s claims, and we express no view as to the merits of the decision.

We accept that there may be circumstances where the nature of a statutory code, and the need to ensure its effectiveness, may provide a policy reason for not permitting a company to pursue a claim of the kind brought in *Safeway*”.

As a result, the door has been left open for fines to be recovered in certain circumstances. In considering whether the *ex turpi causa* doctrine is engaged and, thus, whether or not a company can recover from its directors, there are three possible routes:

<sup>1</sup> LG Saarbrücken, Urt. v. 15.9.2020 – 7 HK O 6/16.

<sup>2</sup> 2015] UKSC 23.

- a) Where the company is vicariously (rather than directly) liable for the actions of its employees, the *ex turpi causa* doctrine is unlikely to engage so as to prevent the company from recovering its loss. Public policy is not served by preventing an “innocent” company from pursuing the actual wrongdoers.
- b) Where the actions of the employees are attributable to the company (making them in law the acts of the company itself), the usual test being whether the employee is the ‘directing mind and will’ of the company, the *ex turpi causa* doctrine may be engaged depending on the moral culpability of that person. If the degree of moral culpability is of a sufficient level, the company will not be able to recover. An exception to this rule of attribution is that the acts of the ‘directing mind and will’ of a company will not be attributed where the company itself is the victim of fraud at the hands of that director. The *Bilta* case is an example of this; the Supreme Court confirmed that the dishonest directors (and their associates) could not rely on their own wrongdoing to escape liability.
- c) Where the law imposes personal liability on the company directly, as was the case in *Safeway v Twigger*, liability is personal to the company and it is not entitled to pass it on; once the *ex turpi causa* doctrine is engaged, the undertaking cannot say that it was not personally at fault in order to defeat the application of the doctrine. The whole premise of the undertaking’s liability is that it is personally at fault. As a result, the company would be prevented from recovering from its directors.



James Cooper

## 2. Niederlande

In September 2020 both the District Court of Northern-Netherlands as well as the Regional Court of Saarbrücken gave a judgment on a claim made against a director for a cartel fine imposed an undertaking by the European Commission. While the Saarbrücken court (file number 7 HK O 6/16) ruled that a company cannot claim recourse from responsible board members or employees for an EU antitrust fine imposed, the District Court of Northern-Netherlands took a different approach (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBNNE:2020:3292>).

The background of the Dutch case is as follows. In a decision of 27 November 2013 (Case AT.39633 – Shrimps) the European Commission had imposed a fine of EUR 27 million the Dutch *Heiploeg shrimps* concern for price fixing and sharing sales volumes of North Sea shrimps. In 2014, the companies belonging to the *Heiploeg* concern were declared bankrupt. The trustees held the former directors and officers liable for the cartel fine as well as the following bankruptcy of the companies. Most of them reached an out of court settlement with the trustee. The trustees sued one director who did not settle.

Pursuant to Dutch statutory law (article 2:9 Dutch Civil Code) and Dutch case law a managing director is only liable towards the company if serious blame (*ernstig verwijt*) can be attributed to him, depending on the circumstances of the case. The District Court considered that the Commission Decision as well as other evidence showed that the director was present at meetings where prices were discussed. The District Court also considered that, since the company had been fined by the competition authorities before, the director should have been aware that the undertaking infringed the competition rules. As such, the District Court ruled that serious blame can be attributed to the director for actively or negligently allowing the undertaking to participate in a cartel resulting in the fine imposed upon the undertaking by the European Commission.

The District Court ruled that causality was proven for the part of the cartel fine that covered the period in which the director was a board member (resulting in 48.05% of the total cartel fine). The District Court ordered the director to pay compensation of more than EUR 13 million (of which the liability of the other directors that reached the settlement would still need to be deducted).

When comparing the judgements of the District Court of the Northern-Netherlands and the Regional Court of Saarbrücken there are two interesting differences.

First of all the limitation period. An argument of the director that the claim was time barred was denied by the District Court of the Northern-Netherlands. The court ruled that the limitation period started at the moment the companies suffered damage, which is the moment the fine to the European Commission had to be paid. The Regional Court of Saarbrücken ruled that the limitation period had already started at the moment the company paid lawyers’ fees for juridical advice during the investigation of the competition authorities. The trustees in the Dutch case did not claim compensation for lawyers’ costs, which may explain the different outcome.

Secondly, it seems the Dutch and German courts take opposite positions in relation to the impact of the EU competition rules. The Dutch director argued that the EU competition rules which were breached did not protect the company against the damage – the fines – suffered by the company. The District Court refers to the case *Courage/Crehan* (<https://e-justice.europa.eu/ecli/ECLI:EU:C:2001:465>). In this case the Court of Justice of the EU ruled that “any individual” can claim damages pursuant to a competition infringement, although national law can – in case the principle of effectiveness is met – deny a party who is found to bear significant responsibility for the distortion of competition the right to obtain damages. The District Court of the Northern-Netherlands refers to the severe breach of its duty of care by the director and concludes that in these circumstances the director cannot escape liability.

On the other hand, the Regional Court of Saarbrücken ruled that the EU principle of effectiveness would be infringed if a director (or its insurer) has to pay the fine imposed by the European Commission on the company, while it is not possible pursuant to the EU competition rules to fine a director. This implies, according to the Regional Court of Saarbrücken, that it is not possible to seek recourse for cartel fines. While the judgment of the Dutch District Court is in line with other case law in the Netherlands in which third parties are held liable for fines imposed upon a claimant it is questionable whether the same approach is possible for fines imposed upon the claimant for breach of EU competition law.

Appeal is pending at the Dutch Court of Appeal of Arnhem-Leeuwarden.



Wieke van Eekhout,  
Van Doorne N.V.

### 3. Dänemark

The Danish Criminal Code prevents a person or company fined from claiming payment, refund, or reimbursement of the fine from any other person or company.

#### Regulatory fines are not insurable

Fines for breaching special law provisions (regulatory fines) are, in general, not insurable. The competent Danish administrative bodies such as the Danish Competition and Consumer Authority (competition or anti-trust law, marketing law and consumer law), the Danish Data Protection Agency (GDPR) and the Danish Tax Agency (tax law), must refer the breach to the Police recommending a fine or, if by law authorised, issue a fixed penalty notice. The person or company in question may choose to either willingly pay the fine or dispute the fine. If disputed, as the courts have the sole legal power to fine, the Police refers the case to the Prosecution Service for hearing in court or, in certain cases, the administrative body commences legal action against the person or company.

#### Civil penalties do not fall within the refund-ban

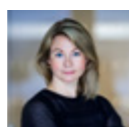
In certain cases, fines are regarded civil penalties and do not fall within the refund-ban. In principle, such fines are insurable. The line between fines included in the refund-ban and civil penalties is, however, not clear. According to Supreme Court case law, a fine in relation to provisions under the aviation transport regulation regarding the packaging of goods does not fall within the refund-ban. Recent competition law changes authorising the Danish Competition and Consumer Authority to issue certain civil fines also indicate that some of these fines could be regarded a civil penalty. Furthermore, disciplinary penalties such as fines imposed on lawyers, accountants, or real estate agents for breaching ethical rules or not complying with good business standards, or penalties arising out of an agreement such as no-hire clauses are also regarded civil penalties.

#### First GDPR court case

In February 2021, the District Court of Aarhus decided the first GDPR Article 5 (1)(e) case. The Prosecution Service adopted the Danish Data Protection Agency's recommended fine of DKK 1.5 million for intentional lack of deleting 350,000 personal data. According to the judgment, the court considered the lack of deletion negligent and fined the company in the amount of DKK 100,000 (approx. EUR 13,500).



Henrik Nedergaard Thomsen,  
Poul Schmith Kammeradvokaten



Sigrid Majlund Kjærulff,  
Poul Schmith Kammeradvokaten



## Auswirkungen des Lieferkettengesetzes auf die Versicherungswirtschaft

Die deutsche Bundesregierung hat im März diesen Jahres den Entwurf eines Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten, auch Sorgfaltspflichtengesetz oder Lieferkettengesetz genannt, vorgelegt.<sup>1</sup> Nachdem der Gesetzesentwurf zunächst im Mai vom Bundestag beraten werden sollte, wegen kontroverser Diskussionen aber kurzfristig wieder von der Tagesordnung genommen wurde, hat der Bundestag das Lieferkettengesetz am 11.06.2021 mit großer Mehrheit verabschiedet. Auch der Bundesrat hat sich bereits positiv zu dem geplanten Lieferkettengesetz geäußert.<sup>2</sup> Nach den Plänen der Bundesregierung soll das Gesetz noch vor der Sommerpause und damit innerhalb dieser Legislaturperiode verabschiedet werden.

#### Hintergrund und Zielsetzung

Hintergrund der gesetzgeberischen Aktivitäten – die parallel zu den derzeitigen Diskussionen eines Lieferkettengesetzes auf europäischer Ebene verlaufen, sind die Erfahrungen der Vergangenheit. Obwohl etwa die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte<sup>3</sup> bereits seit dem Jahr 2011 existieren, haben Studien des deutschen Nationalen Aktionsplanes sowie der Europäischen Kommission gezeigt, dass der bislang verfolgte freiwillige Ansatz zur Verbesserung der weltweiten Menschenrechtslage entlang der Lieferketten nicht ausreichend ist, um spürbare Veränderungen zu bewirken. Erklärtes Ziel der Bundesregierung ist es daher, mit dem Lieferkettengesetz „auf eine Verbesserung der weltweiten Menschenrechtslage entlang von Lieferketten“ hinzuwirken, um der internationalen Verflechtung und sozialen Verantwortung der Wirtschaft gerecht zu werden.

#### Anwendungsbereich

Ab dem 01.01.2023 unterfallen dem Lieferkettengesetz alle Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz in Deutschland haben und in der Regel mindestens 3.000 Arbeitnehmer beschäftigen.

Mit Wirkung zum 01.01.2024 wird der Schwellenwert auf die Beschäftigung von durchschnittlich 1.000 Arbeitnehmern abgesenkt.

Da das Bestehen von menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken nicht von der gewählten Rechtsform des Unternehmens abhängt, sieht das Gesetz insofern keine Beschränkungen vor; vielmehr will der Gesetzgeber den Begriff des Unternehmens als Oberbegriff „rechtsneutral“ verstanden wissen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Verwaltungsaufgaben einer Gebietskörperschaft wahrnehmen, sollen nach den Erläuterungen allerdings nicht dem Anwendungsbereich unterfallen, wenn und soweit sie nicht am Markt unternehmerisch tätig sind.

Basierend auf den Angaben im statistischen Unternehmensregisters überschreiten in Deutschland etwa 2.900 Unternehmen den Grenzwert von 1.000 Arbeitnehmern.<sup>4</sup> Während etwa die Forstwirtschaft, die Immobilienwirtschaft sowie die Entsorgungswirtschaft wegen der primär auf das Inland bezogenen Produkte und Dienstleistungen sowie nur geringer menschenrechtlicher Risiken von dem Lieferkettengesetz in der Praxis nur geringfügig betroffen sein wird, ist davon auszugehen, dass insbesondere Unternehmen aus dem Baugewerbe sowie

<sup>1</sup> <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/lieferkettengesetz-1872010>.

<sup>2</sup> [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0201-0300/239-21\(B\).pdf](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2021/0201-0300/239-21(B).pdf)

<sup>3</sup> <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/266624/b51c16f1b3424d7efa060e8aaa8130/un-leitprinzipien-de-data.pdf>.

<sup>4</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1929/umfrage/unternehmen-nach-beschaeftigtengroessenklassen/>.

den Bereichen Bergbau, Elektronik, Energieversorgung, Mineralölverarbeitung sowie Nahrungsmittel und Textilien angesprochen sind.<sup>5</sup> Gleiches gilt für Finanzdienstleister, die regelmäßig global agieren.<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang ist für das Verständnis des Lieferkettengesetzes von elementarer Bedeutung, dass sowohl der Begriff der „Lieferkette“ als auch die Definition des „eigenen Geschäftsbetriebs“ weit gefasst sind und neben der Herstellung von Verwertung von Produkten auch die Erbringung von Dienstleistungen erfassen – und zwar unabhängig davon, ob diese an einem Standort im In- oder Ausland vorgenommen werden.

Unter Berücksichtigung dieses – sowohl nach den in dem Lieferkettengesetz vorgesehenen Definitionen, als auch nach den ergänzenden Erläuterungen – weiten Anwendungsbereichs erscheint es zudem naheliegend, dass ab dem 01.01.2023 auch Versicherungsunternehmen mit Sitz oder Hauptverwaltung in Deutschland zur Einhaltung der neuen Sorgfaltspflichten verpflichtet sind.

## Verankerung unternehmensbezogener Sorgfaltspflichten

Kernstück des Lieferkettengesetzes sind die abschließend normierten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten. Diese umfassen insbesondere

- die Einrichtung eines angemessenen und wirksamen Risikomanagements,
- regelmäßige Risikoanalysen, um die menschenrechtlichen und umweltbezogenen Risiken zu ermitteln,
- die Verabschiedung einer Grundsatzklärung,
- die Festlegung betriebsinterner Zuständigkeiten,
- die Verankerung angemessener Präventionsmaßnahmen,
- das Ergreifen von Abhilfemaßnahmen bis zu einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen bei erkannten Verstößen sowie
- die Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens.

Die Erfüllung der vorgenannten Sorgfaltspflichten ist unternehmensintern fortlaufend zu dokumentieren und einmal jährlich in einem Bericht nachvollziehbar darzulegen. Dabei beziehen sich die Pflichten jeweils nur auf den eigenen Geschäftsbetrieb derjenigen Unternehmen, die Adressaten des Lieferkettengesetzes sind, sowie deren unmittelbare Zulieferer.

Erlangt das Unternehmen substantiierte Kenntnis über eine mögliche Verletzung einer menschenrechts- oder umweltbezogenen geschützten Rechtsposition bei mittelbaren Zulieferern, greift eine anlassbezogene Verpflichtung, eine (erneute) Risikoanalyse durchzuführen und angemessene Präventionsmaßnahmen zu ergreifen. Anders, als etwa der derzeit auf europäischer Ebene diskutierte Entwurf einer Richtlinie zur Sorgfaltspflicht und Rechenschaftspflicht.

Wie genau die neuen Sorgfaltspflichten konkret zu erfüllen sind, lässt das Lieferkettengesetz offen. Nach § 3 des Gesetzesentwurfes sind die Unternehmen dazu verpflichtet, die festgelegten menschenrechtlichen und umweltbezogenen Sorgfaltspflichten in „angemessener Weise“ zu berichten. Die angemessene Weise des Handels, das den Sorgfaltspflichten genügt, soll sich dabei nach Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, dem Einflussvermögen des Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher der Verletzung, der typischerweise zu erwartenden Schwere der Verletzung, der Umkehrbarkeit der Verletzung, der Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts sowie nach der Art des Verursachungsbeitrags zu dem menschenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiko richten. Welche Anforderungen an die „angemessene Weise“ der Erfüllung der Sorgfaltspflichten zu stellen sind, wird in der Praxis wohl durch die Gerichte geklärt werden. An Leitlinien oder konkretisierenden Erläuterungen fehlt es insofern. Zugleich öffnen die durch den Gesetzgeber verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe ein Einfallstor für Haftungsrisiken.

Letztlich werden die Unternehmen – anders als die in der Präambel herausgestellte Zielsetzung dies vermuten lässt – auch nicht verpflichtet, die katalogartig zusammengefassten geschützten Rechtspositionen, die unter anderem das Verbot von Kinderarbeit, Zwangsarbeit und Sklaverei umfassen, zu schützen. Vielmehr beschränken sich die Sorgfaltspflichten darauf, ein angemessenes und wirksames Risikomanagement einzuführen. Obwohl daher auch vom Gesetzgeber selbst darauf hingewiesen wird, dass das Lieferkettengesetz lediglich eine „Bemühenspflicht“, nicht aber eine Erfolgspflicht oder gar Garantiehaftung begründet, ist angesichts der vorgesehenen Sanktionen zu erwarten, dass es sich bei dem Sorgfaltspflichtengesetz nicht um einen zahnlosen Papiertiger handeln wird.

## Sanktionen und Haftung

Zuständig für die Kontrolle und Durchsetzung der in dem Lieferkettengesetz vorgesehenen Sanktionen ist das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle. Neben dem Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge sieht der Gesetzesentwurf auch die Verhängung von Zwangs- und Bußgeldern vor. Die Bußgeldregelungen sehen vor, dass gegen die verantwortlichen Organe Geldbußen in Höhe von bis zu EUR 800.000 verhängt werden können. In Bezug auf die Unternehmen selbst reichen die potentiellen Bußgelder bis zu einem Betrag in Höhe von 2 Prozent ihres durchschnittlichen Jahresumsatzes.

Originäre zivilrechtliche Haftungsregelungen enthält das Lieferkettengesetz nicht. Allerdings sind die Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer der unter den Anwendungsbereich fallenden Unternehmen nach § 93 Abs. 1 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, unternehmensintern für eine Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu sorgen. Bei Verstößen und hierauf beruhenden Schäden besteht damit ein erhöhtes Risiko für Manager, im Innenverhältnis in Anspruch genommen zu werden.

Als besonders problematisch erweisen sich in diesem Zusammenhang die bereits angesprochenen unbestimmten Rechtsbegriffe, die eine zusätzliche Hürde für ein den Compliance-Anforderungen genügendes Verhalten darstellen. Werden dem Unternehmen Bußgelder auferlegt, stellt sich die insbesondere auch bei Verstößen gegen Wettbewerbsverstößen und Verletzungen des Datenschutzrechts bekannte Frage, ob die Geldbußen den handelnden Managern im Wege des Innenregresses auferlegt werden können. Im Schrifttum ist diese Frage seit Jahren umstritten. Das Bundesarbeitsgericht hat dies bei seiner Entscheidung im sogenannten Schienenkartellverfahren letztlich offengelassen.<sup>7</sup> Nach einer jüngeren Entscheidung des Landgerichts Saarbrücken sollen – zumindest EU-Kartellbußgelder – nicht ersatzfähig sein.<sup>8</sup> Eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu steht indes (weiter) aus.

Neben einem Innenregress kommt grundsätzlich auch eine deliktische Außenhaftung der handelnden Organe in Betracht. Die Hürden hierfür sind jedoch hoch und in der Praxis wird dies – wie auch in anderen Bereichen – erwartungsgemäß eine untergeordnete Rolle spielen.

## Versicherungsrechtliche Implikationen

Mit den gesteigerten Sorgfaltspflichten für Unternehmen und den damit verbundenen Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer ist auch ein Anstieg von D&O-Schadensfällen zu erwarten. Wird ein Bußgeld gegen das geschäftsführende Organ selbst verhängt, besteht hierfür grundsätzlich kein Versicherungsschutz. Denn hierbei handelt es sich bereits nicht um einen versicherten Vermögensschaden. Allerdings ist es – je nach konkretem Wording und vereinbarten Deckungserweiterungen möglich – dass den Managern zumindest Abwehrdeckung zu gewähren ist, wenn gegen diese im Vorfeld des Bußgelderlasses ein Ordnungswidrigkeits-Verfahren geführt wird. Relevanz dürften in diesem Zusammenhang die verbreiteten Bausteine zur Strafrechtsschutz-Ausschnittsdeckung entfalten. In Bezug auf den Innenregress von gegen das Unternehmen verhängten Geldbußen wird es ebenfalls maßgeblich auf das jeweilige Wording und die konkrete Fassung der Ausschlussgründe ankommen. Ähnlich gelagerte Fragen stellen sich, wenn gegen (un-)mittelbare Zulieferer Vertragsstrafen wegen vereinbarter Menschenrechts- und Umweltstandards verhängt werden.

Da die Schäden des Unternehmens neben der Verletzung von menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten auch auf Verstößen gegen umweltbezogene Rechtspositionen beruhen können, ist zu erwarten, dass auch der Ausschluss von Haftpflichtansprüchen, die auf Umwelteinwirkungen beruhen und alle sich daraus ergebenden weiteren Schäden von der Deckung ausschließt, an Bedeutung gewinnen wird. Machen betroffene Personen deliktische Ansprüche gegen das Unternehmen wegen Körper- oder Gesundheitsverletzungen geltend, ist wiederum die konkrete Definition des Vermögensschadens entscheidend. Hierunter werden üblicherweise alle Schäden verstanden, die weder Personenschäden noch Sachschäden sind, noch sich aus solchen Schäden herleiten. Damit bestünde auch im Falle einer hierauf beruhenden Innenhaftung kein Versicherungsschutz.

Angesichts der neuen Haftungsrisiken ist zudem zu erwarten, dass auch die Versicherungsbedingungen entsprechend angepasst und unter Umständen neue Ausschlüsse vereinbart werden.

<sup>5</sup> <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1929/umfrage/unternehmen-nach-beschaeftigtengroessenklassen/>.

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> BAG, Urt. v. 29.06.2017 – 8 AZR 189/15, NZKart 2018, 57.

<sup>8</sup> LG Saarbrücken, Urt. v. 15.09.2020 – 7 HK O 6/16, NZKart 2021, 64.

Ob und wie die Underwriting-Abteilungen mit dem im Lieferkettengesetz normierten neuen Sorgfaltspflichten umgehen, lässt sich derzeit noch nicht absehen. Allerdings sind die Versicherer gut beraten, sich mit dieser Thematik bereits frühzeitig auseinanderzusetzen. Dies gilt nicht nur für den Bereich der vorliegend im Fokus stehenden D&O-Versicherung, sondern auch für andere Business Lines, wie etwa den Bereich der (Produkt-)Haftpflichtversicherung.

Wegen des Fehlens einer zivilrechtlichen Haftungsnorm und der damit – zumindest nach dem deutschen Gesetz – einzig verbleibenden Haftung wegen unerlaubter Handlung dürfte es in der Praxis zwar nur wenige Schadensfälle geben. Allerdings verzeichnen die noch vor ein paar Jahren kaum existenten Climate Change Litigation Verfahren derzeit eine erhebliche Dynamik, weshalb auch die aus einer deliktischen Außenhaftung resultierenden Haftungs- und Deckungsrisiken zukünftig nicht zu unterschätzen sein dürften.



Dr. Isabelle Kilian



## Germany's Federal Climate Protection Act incompatible with fundamental rights

In a decision [published](#) on 29th April 2021, the Constitutional Court in Germany has found that the country's Federal Climate Protection Act is incompatible with fundamental rights, on the basis that it does not provide sufficient reduction targets to comply with the country's obligations to reduce GHG emissions after 2030.

The Act – which aims to implement Germany's obligations under the Paris Agreement – provides for a gradual reduction in GHG emissions compared with 1990 levels, by least a 55% by 2030. The German government is pursuing the goal of Net Zero by 2050.

The group of claimants in this case, which included youths and individuals living in Bangladesh and Nepal, successfully argued that the emissions allowed until 2030 under the Act effectively reduce the options for cutting emissions thereafter, which will have to be drastic, thus jeopardising the claimants' future freedom; a concept which is protected by fundamental rights in Germany.

The Court has ordered the German government to enact provisions by the end of next year which specify in greater detail how the reduction targets for GHG emissions are to be adjusted from 2031 onwards.

This judgment forms part of a trend of climate change litigation against governments which is growing both in frequency and strength, particularly in Europe. This movement was sparked by the Dutch court decisions in *State of the Netherlands v Urgenda* (culminating in the Supreme Court's ruling in December 2019), in which the Dutch government was ordered to reduce emissions more rapidly than planned in order to protect Dutch citizens' human rights, [including the right to life](#).

Another notable decision following this trend is *Notre Affaire à Tous and Others v. France*. The Administrative Court of Paris issued a ruling earlier this year recognising that France's inaction on climate change has caused ecological damage.

The number of climate change-related claims against governments is likely going to increase, and decisions such as this one in Germany should be closely watched.

This month Clyde & Co published the report [Stepping up good governance to seize opportunities and reduce exposure](#), which explores climate change risks and liabilities faced by organisations around the world, as well as opportunities inherent in preparation for the transition to Net Zero and reduction of risk exposure.

Clyde & Co also recently co-authored with the Geneva Association, a leading international think tank of the insurance industry, and the London School of Economics, the report [Climate Change Litigation – Insights into the evolving global landscape](#). This report provides mapping and analysis of the evolving global landscape of climate change litigation and related trends.

Associate Lucia Williams and Trainee Catriona Campbell contributed to this article.



Nigel Brook



Dr. Henning Schaloske



## District Court of the Hague: Dutch Court orders Shell to reduce carbon emissions by 45 %

In a landmark decision published 26 May 2021, the District Court of the Hague has ordered Royal Dutch Shell to reduce its net CO2 emissions by 45% compared to 2019 levels, with the reduction to be achieved by the end of 2030 at the latest.<sup>1</sup>

The case was brought against Shell by environmental groups Milieudefensie (Friends of the Earth Netherlands), ActionAid and others, and was supported by more than 17,000 Dutch citizens. The judgment marks the first time that a corporation has been held to be responsible for reducing its net emissions in line with targets introduced by the Paris Agreement.

The required reduction applies to the emissions produced by Shell's own operations (Scope 1 emissions) as well as the emissions produced by the operations of its suppliers (Scope 2 emissions) and its customers (Scope 3 emissions). In respect of Shell's Scope 1 emissions, this is a "result obligation", meaning the result in question must be achieved; while in respect of its suppliers' and customers' Scope 2 and 3 emissions, this is an "effort obligation", meaning Shell must use best endeavours to achieve the result in question. Furthermore, Shell is being required to make this reduction across the group's global operations.

The Court found that Shell is subject to an unwritten standard of care based on the applicable Dutch Civil Code, which the Court interpreted in line with **"the best available science on dangerous climate change and how to manage it, and the widespread international consensus that human rights offer protection against the impacts of dangerous climate change and that companies must respect human rights"**. The Court referred specifically to the 2019 Urgenda decision establishing that Articles 2 and 8 ECHR offer protection against the effects of climate change; and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

Notably, when assessing the admissibility of the claim, the Court determined it could not allow the claim in respect of future generations, or of developing countries, but only in respect of the interest of Dutch residents and inhabitants of the Wadden region.

The Court considered that although Shell is not currently in breach of its obligation to reduce its CO2 emissions, its policies are intangible, undefined and conditional; and that there is accordingly a risk that Shell will breach the obligation. Therefore, the Court made an Order to implement the reduction, which is immediately effective, regardless of any appeal.

This case is the latest development in the increasing trend of climate change litigation around the world against major corporations responsible for a high amount of CO2 emissions. Most claimants in climate cases against energy companies to date have typically been seeking damages to compensate for the current and future impacts of climate change (in particular in the current spate of litigation brought by States and municipalities against oil majors in the USA). Milieudefensie, instead, are seeking a change in corporate behaviour. The decision of the Dutch Court may encourage current and future efforts by environmental and public interest groups around the world to bring similar lawsuits.

For further reference on these trends, see Clyde & Co's report [Stepping up good governance to seize opportunities and reduce exposure](#), which explores climate change risks and liabilities faced by organisations around the world; and the report Clyde & Co co-authored with the Geneva Association and the London School of Economics Climate Change Litigation – Insights into the evolving global landscape.



## „Lex Wirecard“ tritt am 01.07.2021 in Kraft

Bereits in den letzten Quarterly Updates hatten wir über die Pläne der Bundesregierung berichtet, mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) die gesetzliche Abschlussprüfung weiter zu regulieren. Auslöser der Gesetzesinitiative war der Wirecard-Skandal. Das FISG wurde im Mai 2021 in der Fassung der Beschlussempfehlung des Finanzausschusses verabschiedet. Das Gesetz wird – mit Übergangsvorschriften zu einzelnen Regelungen – bereits am 01.07.2021 in Kraft treten und u.a. Auswirkungen auf die Haftung von Abschlussprüfern haben.

Mit dem FISG soll die Unabhängigkeit der Abschlussprüfer gestärkt werden, damit sich Marktteilnehmer auf geprüfte Bilanzen verlassen können. Dies soll im Wesentlichen durch drei Maßnahmen geschehen:

- die Einführung einer verpflichtenden Prüfrotation nach 10 Jahren
- eine ausgeweitete Pflicht zur Trennung von Prüfung und Beratung (insbesondere sind nun steuerliche und Bewertungsleistungen durch den Abschlussprüfer insgesamt unzulässig) sowie
- eine verschärfte zivilrechtliche Haftung des Abschlussprüfers

### 1. Verschärfung der Haftung

Hinsichtlich der zivilrechtlichen Haftungsverschärfung ist es überwiegend bei den Regelungen in dem am 16.12.2020 veröffentlichten Regierungsentwurf des FISG geblieben. § 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 HGB in der ab dem 01.07.2021 geltenden Fassung sieht (wie auch im Regierungsentwurf vorgeschlagen) eine Anhebung der Haftungshöchstgrenzen für fahrlässiges Handeln in drei Stufen vor:

- 16 Mio. EUR bei der Prüfung von Kapitalgesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 316a S. 2 Nr. 1 HGB, also kapitalmarktorientiert im Sinne des § 264d HGB sind,
- 4 Mio. EUR für die Prüfung von Kapitalgesellschaften, die Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 316a S. 2 Nr. 2 oder 3 HGB, also nicht kapitalmarktorientierte Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen sind und

- 1,5 Mio. EUR für die Prüfung von Kapitalgesellschaften, die nicht Unternehmen von öffentlichem Interesse nach § 316a S. 2 HGB sind

Anders als noch im Regierungsentwurf, der in allen Fällen eine unbeschränkte Haftung bei grober Fahrlässigkeit vorsah, greifen bei grober Fahrlässigkeit nun folgende gestaffelte Haftungshöchstgrenzen:

- Der Abschlussprüfer einer Kapitalgesellschaft nach § 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HGB haftet bei grober Fahrlässigkeit unbegrenzt (§ 323 Abs. 2 S. 2, Halbsatz 2 HGB)
- Die Haftung des Abschlussprüfers einer Kapitalgesellschaft nach § 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 HGB, der grob fahrlässig gehandelt hat, ist auf 32 Mio. EUR für eine Prüfung beschränkt (§ 323 Abs. 2 S. 3 HGB)
- Die Ersatzpflicht des Abschlussprüfers einer Kapitalgesellschaft nach § 323 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HGB, der grob fahrlässig gehandelt hat, ist auf 12 Mio. EUR für eine Prüfung beschränkt (§ 323 Abs. 2 S. 4 HGB)

Bei vorsätzlichem Handeln können sich Abschlussprüfer nicht auf die vorgenannten Haftungshöchstgrenzen berufen und haften unbegrenzt (§ 323 Abs. 2 S. 2, Halbsatz 1 HGB).

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Abschlussprüfer, seine Gehilfen und/oder die mitwirkenden gesetzlichen Vertreter der Prüfungsgesellschaft vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben und sich aus diesem Grunde nicht auf die vorgesehenen Haftungshöchstgrenzen berufen können, trägt nach allgemeinen Beweislastregeln der Anspruchsteller.

<sup>1</sup>The Hague District Court C/09/571932 / HA ZA 19-379.



Die Haftungsverschärfungen werden kontrovers diskutiert. Das Institut der Wirtschaftsprüfer warnt etwa davor, dass dadurch vor allem mittelständische Prüfungspraxen faktisch von der Durchführung von Abschlussprüfungen kapitalmarktorientierter Unternehmen ausgeschlossen werden.

## 2. Strafrechtliche Verschärfungen

Verschärfungen bringt das FISG auch in strafrechtlicher Hinsicht. Hierzu wird die bislang in § 331 Nr. 3a HGB enthaltene Regelung zur Strafbarkeit des unrichtigen „Bilanzeids“ in einen eigenständigen Straftatbestand überführt: § 331a HGB (Unrichtige Versicherung, dass der Abschluss und der (Konzern-)Lagebericht ein zutreffendes Bild von der Lage des Unternehmens vermitteln). Bei vorsätzlichem Handeln beträgt der Strafraum künftig bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe. Zudem wird – im Hinblick auf die Vertrauensbildungsfunktion des „Bilanzeids“ für die Öffentlichkeit und um eine ausreichend Abschreckende Ahndung zu ermöglichen – auch die leichtfertige Abgabe einer unrichtigen Versicherung unter Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe gestellt (§ 331a Abs. 2 HGB).

## 3. Versicherungsschutz

Aus Sicht der Versicherer ist erfreulich, dass das verabschiedete FISG – wie der Regierungsentwurf – eine Entkoppelung der Mindestversicherung von der Haftungsbeschränkung des § 323 Abs. 2 S. 2 HGB sowie die Möglichkeit der Vereinbarung einer Jahreshöchstleistung vorsieht. In § 54 Abs. 4 WPO ist bestimmt, dass die Mindestversicherungssumme 1 Mio. EUR beträgt. Ferner ist hervorzuheben, dass die Leistungen des Versicherers für alle innerhalb eines Versicherungsjahres verursachten Schäden bei Berufsangehörigen künftig auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme begrenzt werden können. Bei Wirtschaftsprüfungsgesellschaften kann die jährliche Versicherungsleistung auf den Betrag der Mindestversicherungssumme, vervielfacht mit der Zahl der Gesellschafter, der Partner und der Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, begrenzt werden, wobei sich die Jahreshöchstleistung jedoch mindestens auf den vierfachen Betrag der Mindestversicherungssumme belaufen muss.

Welche Auswirkungen das FISG auf individuelle Versicherungsverträge haben wird, bleibt abzuwarten. Bei Wirtschaftsprüfern und Gesellschaften, die auch im Bereich der Abschlussprüfung tätig sind, wird es sicherlich zu Anpassungen kommen. Ob die neue Möglichkeit der Vereinbarung einer Jahreshöchstleistung und die damit verbundene bessere Kalkulierbarkeit der Risiken zu einer Erhöhung der Anzahl der Versicherer führt, die in Deutschland Wirtschaftsprüferrisiken zeichnen, wird sich in den nächsten Jahren zeigen. Ausländische Versicherer werden wahrscheinlich das Verstoßprinzip im Bereich der Pflichtversicherung weiterhin kritisch betrachten.



Dr. Tanja Schramm



## Gruppenversicherung – alles offen, alles neu?

### BaFin Rundschreiben, Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH, BMF-Entwurf Provisionsdeckelgesetz, Versicherungssteuermodernisierungsgesetz

In der Behandlung und den Anforderungen an Gruppenversicherung ist viel Bewegung - kaum ein anderes Thema bietet derzeit so viele offene Enden und Entwicklungsmöglichkeiten. Das Feld wird abgesteckt durch folgende Eckpunkte:

- Das Rundschreiben der BaFin 03/2021 (VA) – Hinweise zu echten Gruppenversicherungsverträgen
- Der Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH, Beschl. v. 15.10.2020 – I ZR 8/19 (OLG Koblenz), zur Frage ob bestimmte Gruppenversicherungsnehmer als Versicherungsvermittler im Sinne von Art. 2 Nr. 3 und 5 RL 2002/92/EG und Art. 2 I Nr. 1, 3 und 8 RL (EU) 2016/97 zu qualifizieren sind
- Die am 10.12.2020 in Kraft getretenen Änderungen durch das Versicherungssteuer-Modernisierungsgesetz und die Versicherungssteuerdurchführungsverordnung
- Der BMF-Entwurf eines gesetzlichen Provisionsdeckels in der Restschuldversicherung in Form einer Formulierungshilfe vom 12.02.2021
- Lebensversicherungsverträge, die in bestimmten Konstellationen als Kapitalanlage gehalten werden
- Rückdeckungsversicherungen von Arbeitgebern und Unterstützungskassen
- Kfz-Gruppenversicherungsverträge
- Betriebshaftpflicht-Gruppenversicherungsverträge sowie Cyber-Gruppenversicherungsverträge und D&O-Gruppenversicherungsverträge
- Gruppenversicherungsverträge im Bereich der Probandenversicherung
- Betriebliche Gruppenunfallversicherungsverträge

**Das Rundschreiben der BaFin** steht ganz im Zeichen des Verbraucherschutzes. Es formuliert Erwartungshaltungen an Versicherungsunternehmen, die echte Gruppenversicherungsverträge abschließen. Dabei handelt es sich um Verträge, die einen einheitlichen Versicherungsschutz für eine Personengruppe gewähren und mit einer Gruppenspitze, dem Gruppenversicherungsnehmer, abgeschlossen werden. Die versicherten Personen genießen den Schutz der BaFin Erwartungen, wenn sie Verbraucher sind. Weitere Differenzierungen ergeben sich aus der Art des Einschlusses; dieser ist z.T. eingeschränkt, wenn sich der Beitritt automatisch, also ohne ausdrückliche Beitrittserklärung ergibt. Vom sachlichen Anwendungsbereich insgesamt ausgeschlossen sind folgende Konstellationen:

Die BaFin begründet ihren Vorstoß mit der wirtschaftlichen Relevanz der Gruppenversicherungsverträge und ihrer gleichzeitigen Intransparenz für versicherte Personen, die das komplexe Dreiecksverhältnis oft nicht in allen Einzelheiten überblicken. Zudem gelten viele gesetzliche Schutzvorschriften nur für bestimmte Sparten oder nur für den Versicherungsnehmer, nicht aber für die versicherte Person, obgleich diese im Lichte des kollektiven Verbraucherschutzes in der Regel ähnlich schutzbedürftig ist wie der Versicherungsnehmer. Genau an dieser Stelle setzt die Kritik an, die BaFin greife damit in gewollte gesetzgeberische Entscheidungen ein.

Beispielsweise erwartet die BaFin ein generelles Abbedingen der gesetzlichen vorgesehenen Regelung nach § 44 Abs. 2 VVG. Die gesetzliche Grundannahme, dass kein Direktanspruch der versicherten Personen vorliegt, soll nach dem Willen der BaFin genau umgekehrt gestaltet werden. Versicherte Personen, die in den sachlichen Anwendungsbereich fallen, sollten regelmäßig einen Direktanspruch erhalten. Gleiches gilt für § 35 VVG, wonach die versicherten Personen entgegen der gesetzgeberischen Grundentscheidung regelmäßig vor Aufrechnungen des Versicherers, die sich aus seinem Verhältnis zum Gruppenversicherungsnehmer ergeben, geschützt sein sollen.

Die Frage nach der Beachtung gesetzgeberischer Grundentscheidungen stellt sich im besonderen Maße auch bei den von der BaFin erwarteten erweiterten Informationspflichten. Soweit die versicherten Personen den Deckungsschutz der Gruppenversicherung durch einen aktiven Beitritt erlangen, sollte nach der Erwartung der BaFin im Gruppenversicherungsvertrag vorgesehen werden, dass die Informationen, die dem Versicherungsnehmer aufgrund rechtlicher Vorgaben durch das Versicherungsunternehmen mitzuteilen sind (insbesondere PIB, BIB), im zeitlichen Zusammenhang mit dem Beitritt zum „Gruppenversicherungsvertrag“ auch an die versicherte Person übermittelt werden – entweder durch das Versicherungsunternehmen oder auf Veranlassung des Versicherungsunternehmens durch den Versicherungsnehmer.“ Das Versicherungsunternehmen sollte nach der Erwartung der BaFin auch darauf achten, dass die Versicherungsnehmer ihrer vertraglichen Verpflichtung zur Informationsweitergabe nachkommen. „Seitens des Gesetzgebers wurden diese Folgen ausdrücklich – aber auch ausschließlich“ – nur für die Restschuldversicherung nach § 7d VVG angeordnet.

Es bleibt abzuwarten, wie die Erwartungshaltungen der BaFin, als „soft law“, in der Versicherungspraxis bis März 2022 – „das ist der von der BaFin erwartete Umsetzungszeitraum – niederschlagen werden.“

**Der Vorlagebeschluss des BGH an den EuGH** greift eine Frage auf, über die in der Rechtsprechung und der Fachliteratur seltene Einigkeit herrscht: „Wer Versicherungsnehmer ist, kann nicht Versicherungsvermittler sein.“<sup>1</sup> Die Einigkeit wird auch die Begründung des Gesetzgebers und den anschließenden Wortlaut des § 34d I 1 GewO (aF und nF) gestützt. Danach werden Versicherungsvermittler durch ihre rechtsgeschäftliche Geschäftsbesorgungsmacht charakterisiert für einen anderen ganz oder teilweise Versicherungsschutz zu beschaffen, ausgestalten und abwickeln, ohne selbst Versicherungsnehmer oder Versicherer zu sein. Die Tätigkeit des Versicherungsvermittlers muss auf den Abschluss von Versicherungsverträgen abzielen. Ein Versicherungsnehmer, der einem Dritten Versicherungsschutz durch eine Mitgliedschaft in einer Gruppenversicherung verschafft, kann deshalb nicht Versicherungsvermittler sein.

Die Logik dieser Schlussfolgerung steht außer Frage. Der BGH stellt jedoch die Frage, ob die europäischen Richtlinien weiter gefasst sind und verweist auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 2 Nr. 3 I RL 2002/92/EG, in der der Begriff der Versicherungsvermittlung definiert wird als das Anbieten, Vorschlagen oder Durchführen anderer Vorbereitungsarbeiten zum Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Abschließen von Versicherungsverträgen oder das Mitwirken bei deren Verwaltung und Erfüllung, insbesondere im Schadensfall, wobei jede dieser Tätigkeiten für sich genommen eine Tätigkeit der Versicherungsvermittlung darstelle. Zugleich argumentiert der BGH mit dem Ziel der RL (EU) 2016/97, den Verbrauchern trotz der Unterschiede zwischen den Vertriebskanälen das gleiche Schutzniveau zugutekommen zu lassen.<sup>2</sup>

Es liegt nahe zu vermuten, dass auch der BGH möglichen Fehlentwicklungen bei der kommerziellen Nutzung von Gruppenversicherungsverträgen zulasten von Verbrauchern entgegensteuern will. Hier setzt der Vorlagebeschluss an und subsumiert die materielle Funktionsweise des Gruppenversicherungsvertrages unter die wesentlichen Kriterien des europäischen Vermittlerrechts. Es bleibt abzuwarten, ob dieser vom BGH angestoßene Paradigmenwechsel vollzogen wird. Die Auswirkungen auf die Branche wären jedenfalls erheblich.

**Durch das Steuermodernisierungsgesetz und die dazu gehörende Versicherungssteuerverordnung** wird an anderer Stelle an einem wesentlichen Prinzip der Gruppenversicherung gekratzt.

Als echte Gruppenversicherungsverträge gelten Versicherungen für fremde Rechnung nach §§ 43 ff. VVG für eine Vielzahl „versicherter Personen“. Diese brauchen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht namentlich bestimmt zu sein. Ob dieser Grundsatz unter Beachtung der steuerrechtlichen Anforderungen und der Differenzierung in einen formellen und materiellen Steuerbegriff weithin so unangefochten bestehen kann, ist fraglich. Nach § 1 Abs. 5 VersStDV-E ist Versicherungsnehmer im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 3 des Gesetzes [n.F.] bei der Versicherung für fremde Rechnung der materielle Versicherungsnehmer, also die Person, deren Risiken durch die Versicherung gedeckt wird.

Um die damit verbundenen steuerlichen Auslandsbezüge korrekt abzudecken, ist eine neue und stringente Informationserfassung der versicherten Personen, einschließlich Wohnsitz, durch den Gruppenversicherungsnehmer notwendig. Um Haftungsrisiken als Steuerentrichtungsschuldner und Gesamtschuldner nach § 7 VersStG zu vermeiden, ist es Versicherern anzuraten, diese Informationen konsequent und vollständig vom Gruppenversicherungsnehmer abzufragen. Die Umstellung der Prozesse wird einigen Aufwand verursachen. Bei der Umsetzung wird jedoch zumindest der neue Informationsanspruch des Steuerentrichtungsschuldners gegen den (Gruppen-)Versicherungsnehmer nach § 4 VersStDV hilfreich sein.

In der aktuellen Form des Entwurfs zum Provisionsdeckelgesetztes wird der Anwendungsbereich auf die Restschuldversicherung reduziert, dafür aber auf das Umsetzungs-Gaspedal getreten.

Das BMF wird nach eigener Aussage<sup>3</sup> in Kürze eine Gesetzesinitiative für eine Deckelung überhöhter Abschlussprovisionen in der Restschuldversicherung im Wege einer „Formulierungshilfe“ in das Bundeskabinett einbringen. Mit dieser gesetzlichen Regelung will das BMF hohen Provisionen im Bereich der Restschuldversicherung begegnen und diese – zum Schutz der Verbraucher vor unverhältnismäßigen Kostenbelastungen – auf maximal 2,5% der versicherten Darlehenssumme deckeln.

Der Vorschlag basiert maßgeblich auf einem bereits 2019 konsultierten Referentenentwurf, der darüberhinausgehend auch einen Provisionsdeckel für die Lebensversicherung vorgesehen hatte. Um eine politische Einigung im Bereich der Restschuldversicherung zu ermöglichen, stellt das BMF die Regelungen hinsichtlich der Lebensversicherung zunächst zurück.

Auch dieses Thema wird die Gruppenversicherung in erheblichem Maße betreffen, da Restschuldversicherungen fast ausschließlich über diesen Kanal vertrieben werden.



Petra Scheida, LL.M.

<sup>1</sup> M.w.N., BGH, Beschl. v. 15.10.2020 – I ZR 8/19 (OLG Koblenz), Rdz 29.

<sup>2</sup> Vgl ausführliche Begründung, BGH, Beschl. v. 15.10.2020 – I ZR 8/19 (OLG Koblenz), Rdz 30-46.

<sup>3</sup> [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung\\_VII/19\\_Legislaturperiode/2019-04-18-Provisionsdeckelung/0-Gesetz.html](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_VII/19_Legislaturperiode/2019-04-18-Provisionsdeckelung/0-Gesetz.html).



## Aktuelle Rechtsprechung

### BVerwG: Befugnisse der BaFin im Hinblick auf die Aufsicht von EU-Versicherern

Das Bundesverwaltungsgericht entschied am 21.04.2021, dass die im Versicherungsaufsichtsgesetz geregelte Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) über Erstversicherungsunternehmen sich auch auf die Wahrung der Belange der Versicherten bei der Bearbeitung von Beschwerden erstreckt.<sup>1</sup>

Der Entscheidung gingen Klagen österreichischer Versicherungsunternehmen, die in Deutschland im Wege des Dienstleistungsverkehrs Erstversicherungen anbieten, vor dem Verwaltungsgericht in Frankfurt am Main voraus. Darin griffen die Klägerinnen eine Sammelverfügung der BaFin an, nach der alle zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Erstversicherungsunternehmen jährlich zum 1. März einen Beschwerdebericht einzureichen hätten. Die Klägerinnen argumentierten, dass die österreichische Finanzmarktaufsicht (FMA) bereits das von der Klägerin eingerichtete Beschwerdemanagement beaufsichtige. Eine doppelte, sich gegebenenfalls auch widersprechende Aufsicht sowohl in Deutschland als auch in Österreich sei wettbewerbsbehindernd und europarechtswidrig.

Das Verwaltungsgericht hob die Anordnung der BaFin auf und auch der Verwaltungsgerichtshof in Kassel setzte der BaFin zunächst<sup>2</sup> Grenzen bei der grenzüberschreitenden Beaufsichtigung von Versicherern: Die BaFin dürfe von Versicherern aus EU- und EWR-Ländern nicht verlangen, Jahresberichte über Kundenbeschwerden vorzulegen. Die Sammelverfügung habe zwar eine Rechtsgrundlage im nationalen Recht, diese sei jedoch mit Unionsrecht nicht vereinbar. Die Richtlinie 2009/138/EG vom 25. November 2009 lasse nur eine Rechtsaufsicht über die Versicherungsunternehmen zu. Die Mitgliedstaaten dürften keine darüber hinaus gehenden Aufsichtsmaßnahmen vorsehen. Dem widerspreche die gesetzliche Ermächtigung zu Aufsichtsmaßnahmen zur ausreichenden Wahrung der Belange der Versicherten.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Berufungsurteile nun aufgehoben und die Verfahren an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Die der BaFin im Versicherungsaufsichtsgesetz zugewiesene Aufsicht über Erstversicherungsunternehmen umfasse nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts auch die Wahrung der Belange der Versicherten. Hierbei handele es sich um eine Rechtspflicht der Versicherungsunternehmen, die das Verhältnis zu den Kunden bestimme und in zahlreichen Verbraucherschützenden Vorschriften konkretisiert sei. Einer hierauf bezogenen Aufsicht stehe weder das Unionsrecht noch das nationale Verfassungsrecht entgegen. Gegenstand dieser Aufsicht sei auch die Bearbeitung von Beschwerden der Versicherten durch die Unternehmen.

Der Verwaltungsgerichtshof in Kassel wird nunmehr zu klären haben, ob die Voraussetzungen für die Anforderung eines jährlichen Beschwerdeberichts im Einzelfall jeweils gegeben sind.

### BGH: Unwirksame Bestimmungen des sog. verstoßabhängigen Versicherungsfalls in Abhängigkeit vom gegnerischen Sachvortrag

Der Bundesgerichtshof<sup>3</sup> entschied am 31.03.2021, dass soweit eine Klausel des Rechtsschutzversicherers den sogenannten verstoßabhängigen Versicherungsfall auch von den gegnerischen Tatsachenbehauptungen im Ausgangsstreit abhängig macht, diese Klausel den Versicherungsnehmer entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Grund dafür sei, dass ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer dem Leistungsversprechen des Rechtsschutzversicherers entnimmt, dass der Rechtsschutzversicherer gegen Prämienzahlung übernimmt, den Versicherungsnehmer bei der Wahrnehmung seiner rechtlichen Interessen zu schützen.

Dieser Unterstützung sei immanent, dass der Rechtsschutzversicherer bei der Bestimmung des Versicherungsfalls die Tatsachen zugrunde legt, mit denen gerade der Versicherungsnehmer sein Rechtsschutzbegehren begründet. Denn nur in dieser Form werde dem Versicherungsnehmer die erwartete Unterstützung seines Rechtsschutzversicherers zuteil.

Viel weitreichendere Auswirkungen haben jedoch die weiteren Ausführungen des BGH. Denn er stellt zudem fest, dass die Verpflichtung des Versicherers, die betroffenen Versicherungsnehmer über die Unwirksamkeit einer Klausel seiner allgemeinen Versicherungsbedingungen zu informieren, auf § 8 Abs. 1 UWG gestützt werden könne, weil der Verstoß einer Klausel gegen § 307 BGB zugleich einen Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG darstelle. Insoweit seien nämlich die Vorschriften über die Kontrolle von AGB gemäß § 1 UKlaG und des Lauterkeitsrechts nebeneinander anwendbar.

Mit dieser Rechtsprechung folgt der vierte Zivilsenat des BGH der Rechtsprechung des ersten Zivilsenats des BGH.<sup>4</sup> Der hatte bereits mit Urteil vom 14.12.2017 (I ZR 184/15) entschieden, dass neben dem UKlaG, welches nur Unterlassungsansprüche vorsieht, auch das UWG anwendbar sei, welches auch Folgebeseitigungsansprüche enthält. Dass der vierte Zivilsenat nunmehr dieser Entscheidung folgt, war in der Form nicht selbstverständlich. Denn die ursprüngliche Entscheidung des ersten Zivilsenats wurde im Schrifttum teilweise sehr stark kritisiert.

Der Bundesgerichtshof stellte ausdrücklich klar, dass den Stimmen im Schrifttum nicht zu folgen seien. Insbesondere sei eine Sperrwirkung des Rechtsfolgensystems des UKlaG mit Blick auf einen gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UWG gestützten Beseitigungsanspruch nicht aus systematischen Gründen anzunehmen, weil das UKlaG kein in sich geschlossenes Rechtsschutzsystem darstelle und der Gesetzgeber von einem gleichwertigen Nebeneinander der Anspruchssysteme ausgehe. Auch Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit einer solchen Doktrin mit der europäischen Richtlinie über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (2009/22/EG) wies er von der Hand.

Diesbezüglich habe bereits der erste Zivilsenat darauf hingewiesen, dass die in der Richtlinie geregelten Maßnahmen auch solche zu Beseitigung von fortdauernden Wirkungen eines Verstoßes gegen Verbraucherschützende Vorschriften umfasse (Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2009/22/EG) und die Richtlinie in Erwägungsgrund 10 gerade darauf abziele, Kollektivinteressen der Verbraucher durch zu ihrem Schutz berufene öffentliche Stellen zu wahren.

Im Ergebnis reicht es daher nicht mehr aus, dass sich der Versicherer im Rahmen einer Rechtsstreitigkeit mit dem einzelnen Versicherungsnehmer nicht auf die unwirksame Klausel im Versicherungsvertrag beruft. Vielmehr sind alle Versicherungsnehmer präventiv auf die Unwirksamkeit der Vertragsklausel hinzuweisen. Dies muss durch ein individualisiertes Schreiben erfolgen, in dem die unwirksame Klausel adressiert wird. Nur so könne laut dem Bundesgerichtshof effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden.

### BGH: Keine Haftung einer Tochtergesellschaft wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aufgrund Wissenszurechnung im Konzern

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 08.03.2021 der Berufung eines Fahrzeugherstellers stattgegeben und das vorinstanzliche klagestattgebende Urteil aufgehoben, da das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, dass im Rahmen der Haftung einer juristischen Person aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB der verfassungsmäßig berufene Vertreter den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB persönlich verwirklicht hat.<sup>5</sup> Der Kläger nahm den beklagten Fahrzeughersteller auf Schadensersatz wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung für die Abgasreinigung in Anspruch, nachdem der Kläger ein Audi-Modell kaufte, das mit einem Dieselmotor der Baureihe EA189 ausgestattet war, der von der Muttergesellschaft der Beklagten, der Volkswagen AG, entwickelt und an die Beklagte geliefert wurde.

<sup>1</sup> BVerwG 8 C 6.20 – BVerwG 8 C 25.20.

<sup>2</sup> Diverse Urt. v. 30.04.2020.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 31.03.2021 – IV ZR 221/19.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 14.12.2017 – I ZR 184/15

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 08.03.2021 – VI ZR 505/19

Es fehlt nach Ansicht des BGH vor allem an tragfähigen Feststellungen, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten bestätigen. Das Berufungsgericht habe nach den Ausführungen des BGH insbesondere nicht festgestellt, dass nicht nur bei der Muttergesellschaft, sondern auch bei der Beklagten eine solche auf arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamt und letztlich der Fahrzeugherwerber gerichtete Strategieentscheidung getroffen wurde oder für die Beklagte handelnde Personen an der von der Muttergesellschaft getroffenen Entscheidung zumindest beteiligt waren. Es komme ein sittenwidriges Vorgehen der Beklagten dann in Betracht, wenn die für die Beklagte handelnden Personen wussten, dass die von der Muttergesellschaft gelieferten Motoren mit einer auf arglistigen Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamt abzielenden Prüfstandserkennungssoftware ausgestattet waren, und die von der Beklagten hergestellten Fahrzeuge in Kenntnis dieses Umstands mit diesem Motor versehen und in den Verkehr brachten. Ein derartiges Vorstellungsbild habe das Berufungsgericht aber im Hinblick auf Personen, für deren Verhalten die Beklagte entsprechend § 31 BGB einzustehen hat, nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Insbesondere stellte der BGH fest, dass die vom Berufungsgericht vorgenommene Annahme, die Beklagte sei ihrer sekundären Darlegungslast (§ 138 Abs. 2 ZPO) nicht hinreichend nachgekommen und es sei ihr deshalb nach § 166 BGB der Vorsatz des Mutterkonzerns zuzurechnen, rechtsfehlerhaft ist. Danach lasse sich die Verwerflichkeit begründende bewusste Täuschung im Sinne des § 826 BGB nicht dadurch konstruieren, indem die im Hause der juristischen Person vorhandenen kognitiven Elemente „mosaikartig“ zusammengesetzt werden, da sie so nicht dem personalen Charakter des § 826 BGB entsprechen. In der Folge lasse sich die bewusste Täuschung nach § 826 BGB erst recht nicht mit einer Wissenszurechnung nach § 166 BGB über die Grenzen rechtlich selbstständiger (Konzern-)Gesellschaften hinaus begründen. Zudem scheidet nach Ansicht des BGH auch eine Haftung der Beklagten für ihre Verrichtungsgehilfen gem. §§ 826, 831 Abs. 1 S. 1 BGB aus, da nach allgemeiner Auffassung der nach § 31 BGB berufene Vertreter nicht in einer organisatorisch abhängigen Stellung steht und nicht hinreichend weisungsgebunden ist.

Das Berufungsgericht muss nun über die Sache neu verhandeln und entscheiden, soweit es zum Nachteil der Beklagten entschieden hat.

## OLG Saarbrücken: Auslegung kollidierender Subsidiaritätsklauseln in AVB von Auslandsreisekrankenversicherungen

Eine Klausel in den Bedingungen einer Auslandsreisekrankenversicherung, wonach Versicherungsschutz nur subsidiär gewährt wird und ein bei einem anderen Versicherer gehaltener Vertrag, der Versicherungsschutz für dieselbe Gefahr bietet, vorgeht, steht dem Ausgleichsanspruch des anderen Versicherers gem. § 78 II 1 VVG nicht entgegen, wenn sie dem Versicherungsnehmer freistellt, welchem Versicherer er den Schadensfall anzeigt, und der Versicherer ihm auch zusagt, im Falle einer Schadensmeldung in Vorleistung zu treten.<sup>6</sup>

Das OLG Saarbrücken entschied am 24.03.2021 (5 U 26/20), dass die vom Kläger – einer Versicherungsgesellschaft – eingelegte Berufung Erfolg hat. Gegenstand der Klage sind Ausgleichsansprüche der Klägerin im Rahmen einer Mehrfachversicherung in der privaten Krankenversicherung. Der Versicherungsnehmer hatte sowohl bei der Klägerin als auch bei der Beklagten einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, der Versicherungsschutz für medizinisch notwendige ambulante und stationäre Heilbehandlungen im Ausland bietet. Während einer Reise in die USA musste sich der Versicherungsnehmer in stationäre Behandlung begeben, wofür ihn ein Betrag im mittleren sechsstelligen Bereich in Rechnung gestellt wurde, die die Klägerin unter Abzug einer Selbstbeteiligung beglich. Die Beklagte lehnte wiederum die Leistung gegenüber dem Versicherungsnehmer ab. Die jeweiligen Versicherungsverträge der Parteien enthielten Subsidiaritätsklauseln, nach denen kein Versicherungsschutz besteht, wenn der Versicherungsnehmer Deckung für dieselbe Gefahr bei einem anderen Versicherer erhält, wobei die Bedingungen der Beklagten ergänzend regelten, dass es der versicherten Person freistehe, welchem Versicherer sie den Schadenfall anzeige und die Beklagte in Vorleistung trete, wenn ihr der Schadenfall gemeldet werde. Die Klausel der Klägerin ergänzte, dass ihre Subsidiaritätsklausel auch dann gelte, wenn eine andere Versicherung ebenfalls eine solche Klausel enthalte.

Eine Mehrfachversicherung i.S.v. § 78 Abs. 1 Satz 1 VVG lag hier unstreitig grundsätzlich vor, was sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht durch die von den Parteien in den jeweiligen Versicherungsverträgen verwendeten Subsidiaritätsklauseln änderte. In der Konsequenz bestand ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch der Klägerin gem. § 194 Abs. 1 Satz 1 VVG i.V.m. § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG nach Maßgabe der Beträge, die die Parteien dem Versicherungsnehmer nach dem jeweiligen Vertrag zu zahlen haben.

Das Gericht kam im Rahmen der Auslegung der Versicherungsbedingungen der Beklagten zu dem Ergebnis, dass diese keine sogenannte qualifizierte Subsidiaritätsklausel enthält, die einen Innenausgleich nach § 78 Abs. 2 Satz 1 VVG ausschließt.

Die Vorleistungsklausel der Beklagten könne der durchschnittliche Versicherungsnehmer nach Ansicht des Gerichts nämlich nur so verstehen, dass die Beklagte ihm auch dann Versicherungsschutz gewährt, wenn das bei der Beklagte versicherte Risiko auch bei einem anderen Versicherer versichert sei. Denn dem Versicherungsnehmer werde ausdrücklich die Wahl überlassen, welchen Versicherer er wegen des mehrfach versicherten Risikos in Anspruch nehme. Entscheide er sich dafür, bei der Beklagten Ansprüche geltend zu machen, werde diese bedingungsgemäß Leistungen erbringen. Unschädlich sei es zudem, dass die Bedingungen davon sprechen, die Beklagte werde „in Vorleistung treten“. Nach der Vorleistungsklausel bestehe ein (unbedingter) Anspruch des Versicherungsnehmers auf bedingungsgemäße Leistungserbringung durch die Beklagte, weil sie es dem Versicherungsnehmer gestatte, ausschließlich die Beklagte in Anspruch zu nehmen. Damit werde das Leistungsversprechen gegenüber dem Versicherungsnehmer in keiner Weise eingeschränkt.

## LG Köln: D&O-Versicherungsschutz für Ansprüche auf Ersatz verbotener Zahlungen nach Insolvenzreife nur in Abhängigkeit von konkreten Versicherungsbedingungen

Das Landgericht Köln entschied am 09.12.2020, dass D&O-Versicherungen die Erstattungsansprüche gemäß §§ 177a, 130a HGB aF nicht decken, wenn nach deren Klauselwerk nur Ansprüche auf Ersatz von Vermögensschäden versichert sind.<sup>7</sup> Denn bei den Erstattungsansprüchen gemäß §§ 177a, 130a HGB aF handele es sich um einen Ersatzanspruch eigener Art und nicht um einen (Vermögens-) Schadensersatzanspruch. Der durchschnittlich versicherten Person sei dementsprechend klar, dass solche Ansprüche nicht gedeckt seien. Sinn und Zweck einer D&O-Versicherung sei es nicht, das Vermögen der Insolvenzgläubiger, sondern das der Versicherungsnehmerin zu schützen.

Zu diesem Ergebnis gelangt das LG Köln aufgrund der aus ihrer Sicht maßgeblichen Klausel des D&O-Versicherungsvertrags, in der lautet:

„Der Versicherer [...] gewährt [...] Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen einer bei der versicherten Tätigkeit begangene Pflichtverletzung auf Ersatz eines Vermögensschadens in Anspruch genommen werde.“

Diese Entscheidung sorgte zunächst für Erstaunen, da der Bundesgerichtshof jüngst entschieden hatte, dass der in § 64 S. 1 GmbHG geregelte Anspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer auf Ersatz von nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleisteten Zahlungen ein gesetzlicher Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz im Sinne der Allgemeinen Versicherungsbedingung des D&O-Versicherungsvertrags der dortigen Beklagten gewesen sei.<sup>8</sup>

Aus Sicht des Landgerichts Köln ließe sich diese Wertung des BGH nicht auf den ihr vorliegenden Fall übertragen. Das Klauselwerk, das dem BGH vorlag und in dem es hieß:

<sup>6</sup> OLG Saarbrücken, Urt. v. 24.03.2021 – 5 U 26/20

<sup>7</sup> LG Köln, Urt. v. 09.12.2020 – 20 O 1/20

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19



„Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versichert Person wegen einer bei Ausübung der organschaftlichen Tätigkeit bei der Versicherungsnehmerin, einem Tochterunternehmen oder einem auf Antrag mitversicherten Unternehmen begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden von der Versicherungsnehmerin oder einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.“

unterscheide sich im wesentlichen Punkt von dem streitgegenständlichen Klauselwerk. Da der Versicherte auch im Fall von Vermögensschäden der Gesellschaft „oder eines Dritten“ gesichert gewesen sei. Ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer wurde bei einem derartigen weiteren Wortlaut eher dazu neigen anzunehmen, dass auch der Anspruch aus § 64 GmbHG vom Versicherungsschutz umfasst sei.

Das Landgericht Köln meint, dass aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Erwähnung von Ansprüchen Dritter in der dem Verfahren streitgegenständlichen Klausel werde ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer unter Berücksichtigung des enger gefassten Wortlauts der Klausel gerade nicht § 64 S. 1 GmHG bzw. §§ 177a, 130a Abs. 2 HBB aF gestoßen, sodass aus seiner Sicht nur Ansprüche auf Schadensersatz im eigentlichen Sinne, also im Sinne der Differenzhypothese, in die Deckung einbezogen seien. Darunter falle eben nicht ein Erstattungsanspruch gemäß §§ 177a, 130a HGB aF.

Im Ergebnis folgt das LG Köln damit der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 20.07.2018.<sup>9</sup>

## Aktuelle Entwicklungen

### BaFin stellt Aufsichtsschwerpunkte 2021 vor

Im Mai gab die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ihre neuen Aufsichtsschwerpunkte für das Jahr 2021 bekannt. Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit steht weiterhin die COVID-19-Pandemie. Hauptziel der BaFin ist es, die Folgen der Pandemie für die Unternehmen des Finanzmarkts und für die Finanzstabilität im Allgemeinen einzudämmen und abzufedern.

In diesem Zusammenhang rücken auch IT- und Cyber Risiken als zweiter Schwerpunkt vermehrt in den Fokus des Aufsichtshandelns. Durch die Pandemie hat sich ein Großteil des Lebens in den digitalen Raum verschoben, digitale Geschäftsmodelle haben zu einer veränderten Kommunikation mit Kundinnen und Kunden geführt und anderen Zugangskanäle geschaffen. Aus diesem Grund liegt der dritte Schwerpunkt der BaFin in diesem Jahr im Bereich des kollektiven Verbraucherschutzes.

Neben diesen übergreifenden Aufsichtsschwerpunkten legt die Versicherungsaufsicht in diesem Jahr großen Wert auf die Erfassung der Ausfall- und Downgraderisiken bei verzinslichen Kapitalanlagen und deren Auswirkungen. Dies betrifft vor allem Anleihen von nicht-erstklassigen Emittenten. Die Aufsicht nimmt hierfür wesentliche Exposures mit BBB-Ratings, High-Yield- oder gleichwertigen Anlagen in den Blick. Auch im Immobilienbereich analysiert die BaFin die Auswirkungen der Pandemie, hier ist vor allem von Interesse, welchen Einfluss das anhaltende Niedrigzinsniveau auf die Immobilienpreise hat. Das anhaltende Niedrigzinsumfeld stellt auch Herausforderungen an die Lebensversicherungsunternehmen und Pensionskassen. Die hier auftretenden Herausforderungen werden ebenfalls intensiv verfolgt.

Im Bereich der IT- und Cybersicherheit werden vor allem die IT-Infrastrukturen der beaufsichtigten Unternehmen überprüft. Zudem ist von besonderem Interesse, wie sich das Segment der Cyberpolicen entwickelt. Hierzu sollen vermehrt Informationen erhoben werden.

Zusätzliche Überprüfungen sollen auch im Zusammenhang mit dem Umgang der Unternehmen mit den Vorgaben des § 48 a VAG für die Vertriebsvergütung im Rahmen des Schwerpunkts „kollektiver Verbraucherschutz“ stattfinden. Besonderes Augenmerk soll dabei auf dem Bereich des Online-Vertriebs liegen und so überprüfen, ob die Unternehmen die entsprechenden Anforderungen an den Verbraucherschutz einhalten.

Schlussendlich wird die BaFin auch die Anforderungen des BaFin-Merkblatts zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken 2021 in die aufsichtliche Praxis überführen und analysieren, wie die Unternehmen mit dem Thema umgehen.

### Pandemie sorgt für erhöhte Cyber Nachfrage

Mit Beginn der COVID-19-Pandemie wurden viele Jobs ins Homeoffice verlegt und ein Großteil des Lebens verlagerte sich ins Internet. Die Ratingagentur Assekurata und das Beratungsunternehmen Instinctif Partners haben nun in einer Untersuchung herausgefunden, dass diese Veränderung im Lebensalltag auch zu einer Veränderung in der Wahrnehmung von Cyber-Risiken geführt hat. Dadurch kam es zu einer erhöhten Nachfrage nach Cyberdeckungen. Nach Angaben des GDV ist der Markt der Cyberversicherungen in den vergangenen zwei Jahren deutlich gewachsen. Demnach stiegen beispielsweise die Prämieinnahmen von 89 Mio. Euro auf über 110 Mio. Euro.

Den Befragungen zufolge haben zwar mittlerweile rund 64 % der Unternehmen in Deutschland eine Cyberdeckung, der Anteil unter den kleinen und mittleren Unternehmen ist aber bedeutend geringer, obwohl auch hier die Nachfrage steigt. Daher empfehlen Assekurata und Instinctif den Versicherern einen deutlich größeren Schwerpunkt auf Risikoprävention zu setzen.

In der Versicherungsbranche selbst besteht allerdings weiterhin Skepsis, da zwar der überwiegende Anteil in diesem Bereich großes Wachstumspotential sieht, demgegenüber aber auch die Schadenquoten in den letzten zwei Jahren erheblich gestiegen sind. Aufgrund dessen ist wohl auch längerfristig mit steigenden Prämien zu rechnen.

Nichtsdestotrotz wird sich der Trend hin zu Cyberversicherung weiter fortsetzen und Assekurata und Instinctif sehen hier großes Potential, vor allem vor dem Hintergrund, dass der Trend zum mobilen Arbeiten wohl auch über Corona hinaus andauern wird. Hier wird vor allem die Chance für Versicherer gesehen, sich aktiv rund um das Thema Prävention zu positionieren und den Markt weiter auszubauen.

## Berücksichtigung von ESG-Faktoren in IDD und Solvency II

Am 21. April 2021 hat die Europäische Kommission die Verordnung zur Änderung der delegierten Verordnung (EU) 2015/35 (SII-DVO) und die Verordnung hinsichtlich der Integration von ESG-Faktoren in die Insurance Distribution Directive (IDD) veröffentlicht. Durch die Verordnungen sollen die gemäß der Solvency II-Rahmenrichtlinie zu erlassenden delegierten Rechtsakte im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken und -faktoren konkretisiert werden.

Die SII-DVO enthält insbesondere Bestimmungen zur Unternehmensführung, zu Interessenskonflikten und zum Risikomanagement von Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen. Durch die nun geänderten Vorschriften sollen Nachhaltigkeitsrisiken in die Geschäftsorganisation dieser Unternehmen integriert werden.

Die Änderung der IDD besteht vor allem darin, dass künftig Nachhaltigkeitsfaktoren und -präferenzen in die Produktaufsicht und die Governance-Anforderungen für Versicherungsunternehmen und -vertriebe einbezogen werden sollen. Außerdem sollen Nachhaltigkeitsfaktoren auch in Verhaltensregeln und in die Anlageberatung für versicherungsbasierte Anlageprodukte einbezogen werden. So sollen zum Beispiel künftig keine Produkte mehr an Kunden empfohlen werden, die nicht mit seinen Nachhaltigkeitspräferenzen übereinstimmen.

Diese nun veränderten Verordnungen werden jetzt durch das Europäische Parlament und den Rat verabschiedet und sind dann 12 Monate nach der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union anzuwenden.





## Insight: Clyde & Co

### Climate change risk & liability report 2021

Die für das Erreichen einer klimaneutralen Wirtschaft erforderlichen Investitionen und Regulierungen bringen für Unternehmen große Chancen, aber auch Risiken mit sich, nicht zuletzt haftungsrechtlicher Art. In unserem Climate Change and Liability Report 2021 widmen wir uns zahlreichen Schlüsselthemen, von aktuellen und aufkommenden Entwicklungen in diesem Bereich bis hin zu der Frage, wie sich Unternehmen am besten positionieren können, um zu einer nachhaltigen Zukunft beizutragen. Den vollständigen Bericht können Sie unter <https://www.clydeco.com/en/reports/2021/3/climate-change-risk-and-liability-report-2021> finden.

### COVID-19

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

### TEAM

Wir freuen uns, dass wir Jan Spittka ab dem 01.07.2021 als neuen Partner für unser Düsseldorfer Büro gewinnen konnten. Herr Spittka war zuletzt bei einer internationalen Wirtschaftskanzlei in Köln tätig und wird mit seiner besonderen Expertise im Bereich Cyber Risks und Data Protection & Privacy unser diesbezügliches Beratungsangebot ausweiten.

Darüber hinaus heißen wir Christoph Pies herzlich willkommen, der unser Litigation und International Arbitration Team seit dem 01.04.2021 als Counsel verstärkt.

Wieder an Bord ist seit dem 01.06.2021 auch Dennis Tontsch, der uns bereits als Rechtsreferendar insbesondere im Bereich der Betriebsschließungsversicherung unterstützt hat. Schließlich gratulieren wir Dr. Paul Malek herzlich zur Beförderung zum Counsel ab dem 01.05.2021!

### VERÖFFENTLICHUNGEN

- Dr. Tanja Schramm: „Haftungsverschärfungen für Abschlussprüfer und Auswirkungen auf Berufshaftpflichtversicherer“, PHI 2021, Heft 1
- Dr. Tanja Schramm, Stuart Maleno: „Derivative Claims – ein neues Exposure für D&Os in Brasilien?“, PHI 2021, Heft 2
- Lee Astfalck, Christopher MacRoberts, Dr. Tanja Schramm: „Südafrika: Datenschutz, Cybersicherheit und Managerhaftung“, PHI 2021, Heft 3

### VORTRÄGE

- Dr. Henning Schaloske, Dr. Isabelle Kilian: „Month in review 04/2021 zum Thema: Incoming regulation on human rights due diligence“, Webinar vom 28.05.2021
- Dr. Henning Schaloske, Dr. Peter Kimminga (JAMS): „Month in review 05/2021 zum Thema: Mediation – Streitschlichtung in Schadensfällen“, Webinar vom 02.05.2021
- Dr. Henning Schaloske: „Wandel der Automotive-Branche erfordert weitreichende Entscheidungen – Praktische Hinweise für Organe und leitende Angestellte mit Blick auf Haftung und D&O-Versicherung“, Vortrag vom 09.06.2021 im Rahmen des BüchnerBarella ExpertenForums „Risikomanagement & Bilanzschutz für Automobilzulieferer“
- Dr. Henning Schaloske, Dr. Boris Derkum: „Covid-19 und Betriebsschließungsversicherung – ein Update“, Vortrag vom 14.06.2021 im Rahmen des Forums Versicherungsrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
- Dr. Daniel Kassing, Dr. Rebecca Hauff: „COVInsAG sowie

SanInsFoG (StaRUG) und deren Auswirkungen auf die D&O-Versicherung“, Webinar vom 24.06.2021

- Dr. Paul Malek: „Silent Cyber, User Group Internationalisierung von Versicherungsunternehmen“, Vortrag am 17. und 18.06.2021 in Brüssel
- Dr. Paul Malek: „Vorvertragliche Anzeigepflichten in der Cyber Versicherung“, Vortrag am 16. und 29.06.2021 am Erichsen Cyber Campus
- Dr. Henning Schaloske: „Abwicklung internationaler Cyber-Schäden – Aktuelle Herausforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten“, Vortrag vom 28.06.2021 im Rahmen der Euroforum Fachtagung Internationale Versicherungsprogramm
- Dr. Henning Schaloske: „Zurich Spartendialog – Cyber Risiken und Sachversicherungsschutz“, Vortrag vom 29.06.2021
- Dr. Tanja Schramm, Daniel Kreienkamp: „Month in review 06/2021 zum Thema: Auswirkung der Covid-Pandemie auf Berufshaftungspflichten“, Webinar vom 30.06.2021
- Daniel Kreienkamp: „Das Lieferkettengesetz und seine praktischen Auswirkungen“, Vortrag im Rahmen des Swiss Re Corporate Solutions – 1. Frankfurter Sommerdialogs am 15.07.2021
- Dr. Paul Malek: „Herausforderung im Cyber Schadensfall – Update Cyberversicherung“, Inhouse Cyber Seminar der HDI vom 13.09.2021

---

# 440

Partners

---

# 1,800

Lawyers

---

# 4,000

Total staff

---

# 50+

Offices\*

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

---

\*includes associated offices

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

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

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