

Insurance & Reinsurance

Quarterly Update 4/2019

Germany

Inhalt

01.

Editorial

02.

Roundtable
Krankenhaustaftpflicht

03.

Casualty Day 2019

04.

DAV - Aktuelle Entwicklungen in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

05.

Oberlandesgericht München bestätigt: Kein Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 GmbHG

07.

Grünes Licht für LegalTech als Inkassodienstleister

09.

Neues Berechnungsmodell für DSGVO-Bußgelder

11.

Cyberversicherung – Zum Versicherungsschutz für vorvertragliche Cyberangriffe

13.

Datenflut aufgrund der medizinischen Digitalisierung - Konsequenzen für den Behandlungsvertrag

17.

US Discovery in Schiedsverfahren? – Aktuelle US Court of Appeals Entscheidungen

20.

A Practical Overview of ICC Incoterms 2020

23.

Rechtsprechung

28.

Aktuelle Entwicklungen

33.

Insight: Clyde & Co

Liebe Leserin, lieber Leser,

das Jahr neigt sich mit schnellen Schritten dem Ende entgegen, und auch im letzten Quartal hat sich wieder viel getan. Wir blicken zunächst auf eine dicht gepackte und erfolgreiche Veranstaltungssaison zurück. Hervorzuheben ist unser Roundtable zur Krankenhaushaftpflicht am 1. Oktober in Frankfurt, unser Casualty Day mit Schwerpunkten auf Produkt- und Umwelthaftung sowie Länderfokus USA und Frankreich am 10. Oktober in Düsseldorf sowie die von Dr. Henning Schaloske als Vorsitzender des entsprechenden Arbeitskreises der DAV ARGE Versicherungsrecht am 19. November in München organisierte Konferenz zur Berufshaftung und Berufshaftpflichtversicherung. Die entsprechenden Veranstaltungsbesprechungen finden Sie neben anderen Themen in folgenden Kurzbeiträgen dieser Ausgabe:

- Roundtable Krankenhaushaftpflicht
- DAV Tagung – Aktuelle Entwicklungen in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung
- Casualty Day
- Oberlandesgericht München bestätigt: Kein Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 GmbHG
- Grünes Licht für LegalTech als Inkassodienstleister
- Neues Berechnungsmodell für DSGVO-Bußgelder
- Cyberversicherung – Zum Versicherungsschutz für vorvertragliche Cyberangriffe
- Datenflut aufgrund der medizinischen Digitalisierung – Konsequenzen für den Behandlungsvertrag
- US Discovery in Schiedsverfahren? – Aktuelle US Court of Appeals Entscheidungen
- International: A Practical Overview of ICC Incoterms 2020

Daneben finden Sie eine Auswahl aktueller Rechtsprechung und Entwicklungen im Markt, unter anderem

- Zur Nebenintervention der D&O-Versicherung im Haftpflichtverfahren,
- Zum Schadensersatzanspruch bei Verletzung einer Gerichtsstandvereinbarung durch Klage vor einem US-amerikanischen Gericht,
- Zu den Anforderungen an die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt,
- Zum Referentenentwurf des BMJ zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität,
- Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Versicherungssteuerrechts und
- Zur BaFin Auslegungsentscheidung hinsichtlich der Abgrenzung der Finanzrückversicherung von der traditionellen Rückversicherung in der Nichtleben-Sparte.

Auf ein Wiedersehen und eine weitere vertrauensvolle und erfolgreiche Zusammenarbeit freuen wir uns. Termine für bereits feststehende Veranstaltungen finden Sie unter der Rubrik "Clyde & Co Insight".

Wir wünschen Ihnen, Ihren Teams und Ihren Familien ein frohes Weihnachtsfest und einen guten Start in ein erfolgreiches neues Jahr!



Ihr Henning Schaloske



Roundtable Krankenhaushaftpflicht

Am 01.10.2019 fand in Kooperation mit dem Deutschen AnwaltSpiegel erstmalig unser Roundtable zum Thema Krankenhaushaftpflicht in Frankfurt statt. Rund 50 Teilnehmer aus dem Gesundheitswesen und der Versicherungswirtschaft haben teilgenommen und mit uns aktuelle Herausforderungen im Risikomanagement und hinsichtlich Haftung und Versicherungsschutz diskutiert.

Der erste Block der Veranstaltung widmete sich dem Thema "Haftpflichtrisiken und Risikomanagement". Frau Dr. Heidemarie Haeske-Seeberg von den Sana Kliniken AG besprach in ihrem Vortrag die Qualitäts- und Risikomanagementtools innerhalb der Sana Kliniken. Hier zählen beispielsweise das Simulationstraining, das Peer Review Gespräch, der Sana Sicherheitsindex und die Durchführung der eigenen Risikoaudits. Sie erläuterte ferner, welche (risiko-)mindernden Effekte diese Tools unter anderem auch auf die Versicherungsprämien haben. Dem folgte ein Vortrag von Frau Dr. Marina Schulte von Clyde & Co, in dem sie auf die Haftungsrisiken aufgrund der im Zuge der Digitalisierung ansteigenden Vielzahl an gewonnenen Daten einging. Frau Dr. Schulte behandelte weiter das Thema, wann eine App ein Medizinprodukt darstellt und welche Pflichten daraus resultieren. Herr Jaklin von der Ecclesia Versicherungsdienst GmbH diskutierte mit seinem anschließenden Vortrag, warum die Krankenhaushaftpflicht für die Versicherungen schwierig ist und zeigte Lösungsansätze hierfür auf. Einige der Schwierigkeiten seien dabei die lange Abwicklungsdauer, die hohen Schadenskosten und die Einflüsse der schweren Personenschäden.

Der zweite Block der Veranstaltung betraf „Neue Lösungen für den Versicherungsschutz“. Herr Mathias Lenschow von der Funk Hospital – Versicherungsmakler GmbH stellte Alternativen zur Vollversicherung vor und ging hierbei insbesondere auf den Selbstbehalt und den SIR ein. Es folgte ein Vortrag von Michael Garbes von der SHAM Niederlassung Deutschland.

Da die SHAM auf dem Versicherungsmarkt einen neuen Ansatz bei der Krankenhaushaftpflichtversicherung entwickelt hat und hierzu bereits im Zuge der anderen Vorträge bereits Diskussionen zu diesem Ansatz geführt wurden, ging Herr Garbes unmittelbar auf die gestellten Fragen ein. Hierbei ging es im Einzelnen um die Hebammenversicherung und den damit verbundenen Regressverzicht sowie um das claims-made-Prinzip im Unterschied zum occurrence-Prinzip. Herr Jan-Henning Evers von der Pro Insurance Solutions GmbH stellte sodann in seinem Vortrag die Herausforderungen und Perspektiven beim Run off dar.

Zum Abschluss erfolgte im dritten Block noch eine Paneldiskussion zwischen Herrn Dr. Henning Schaloske von Clyde & Co und Herrn Nolte von der AXA Konzern AG. Herr Nolte erläuterte dabei insbesondere die Positionen der Beteiligten am Schadensfall sowie Grundzüge der Schadensregulierung. Die Veranstaltung schloss mit einer regen Diskussion und dem positiven Feedback der Teilnehmer, dass die Veranstaltung 2020 fortgesetzt werden und sich zu einer festen Plattform für Information und Austausch entwickeln soll.



Dr. Marina Schulte



Casualty Day 2019

Am 10.10.2019 fand unser Casualty Day in Düsseldorf statt, der sich mittlerweile als Marktveranstaltung mit Teilnehmern aus ganz Deutschland etabliert hat. Etwa 60 Gäste diskutierten dabei aktuelle Haftungs- und Deckungsthemen rund um die Produkthaftpflichtversicherung.

Diesjährige Themenschwerpunkte bildeten die Produkt- und Umwelthaftung mit einem Länderfokus auf Frankreich und die USA. David Meheut und Dr. Henning Schaloske erläuterten dabei die Besonderheiten in den jeweiligen Jurisdiktionen, die bei der Bearbeitung internationaler Schadensfälle immer wieder herausfordernd sind. Ein weiterer Fokus des Casualty Day lag auf dem Konnex von Klimawandel und Umweltschäden. Insoweit verdeutlichte Dr. Daniel Kassing das gewachsene öffentliche Bewusstsein in nahezu der gesamten Welt, das zu einem steigenden Reputations- und Haftungsrisiko gerade für international tätige Unternehmen geworden ist und das auch nach Einschätzung der Teilnehmer bislang noch nicht genug Aufmerksamkeit erfahren hat. Dr. Marina Schulte aus unserem Health Care Team gab anschließend einen Überblick über Digitalisierung und neue Haftpflichtrisiken bei Medizinprodukten. Wir haben uns zudem sehr über die Teilnahme unseres Gastreferenten Stefan Warnecke,

Practice Leader Environmental Risks & Underwriter Casualty aus dem Hause Chubb, gefreut, der zu internationalen Umweltprogrammen vortrug und hierzu Praxisbeispiele präsentierte. Abgerundet wurde die Veranstaltung durch die Gastbeiträge von Milos Rusic und Salvador Severich, die sich mit dem Einsatz von künstlicher Intelligenz bei Schadenbearbeitung und Underwriting befassten. Dabei zeigte sich, dass die richtigen Tools einen echten Mehrwert bieten können.

Wir freuen uns auf den weiteren Austausch zu diesen Themen und insbesondere auch auf unseren dritten Casualty am 01.10.2020, den Sie sich bei Interesse gerne bereits als Termin notieren können.



Dr. Daniel Kassing, LL.M.



DAV-Tagung: Aktuelle Entwicklungen in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

Am 19.11.2019 fand die diesjährige Tagung des Arbeitskreises Haftpflichtversicherung der freien Berufe/Vermögensschadenhaftpflichtversicherung des Deutschen Anwaltvereins unter Leitung des Vorsitzenden des Arbeitskreises Rechtsanwalt Dr. Henning Schaloske in München statt.

Zum Einstieg gab Prof. Dr. Mathias Killian von der Universität zu Köln einen Überblick zum aktuellen Stand der Reform des anwaltlichen Berufsrechts. In diesem Zusammenhang stellte er insbesondere die wesentlichen Eckpunkte des Bundesjustizministeriums zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe dar. Hierzu nahm er auch Bezug auf einzelne Umfragen des Hans Soldan Instituts zum Beispiel zum Thema Vergütungsstruktur oder dem möglichen Einsatz von Fremdkapital.

Das Risikomanagement einer großen Kanzlei erläuterte Rechtsanwalt Dr. Andreas von Criegern am Beispiel der Kanzlei Esche Schümann Commichau. Hierbei hob er insbesondere die Vielzahl der zu berücksichtigenden Themen hervor und veranschaulichte die Bedeutung einer notwendigen Strukturierung der Abläufe, um Fehler zu vermeiden und auch eine Kanzlei effektiv steuern zu können.

Zu welchen Folgen eine unzureichende Organisation führen kann, fasste Rechtsanwalt Daniel Kreienkamp unter Bezug auf aktuelle Rechtsprechung zur Anwaltshaftung sowie Themen zur Berufshaftpflichtversicherung zusammen. Einen Schwerpunkt seines Vortrags bildeten auch die sich abzeichnenden Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Einführung des besonderen elektronischen Anwaltspostfaches. Insoweit liegen bereits erste Gerichtsentscheidungen vor, und mit der Entscheidung des Landes Schleswig-Holstein zur aktiven Nutzungspflicht in der Arbeitsgerichtsbarkeit ab dem 01.01.2020 beginnt der befürchtete Flickenteppich der verschiedenen Nutzungspflichten. Dies steigert das Haftungsrisiko für Rechtsanwälte und ihre Berufshaftpflichtversicherer weiter.

Holger Sassenbach und Marcus Kuhn LL.M. (beide Willis Towers Watson) gaben mit ihrem Vortrag zum Thema "Berufshaftpflichtversicherung, Legal Tech und (Silent) Cyber" den Impuls zu einer angeregten Diskussion. Hierbei wurde deutlich, dass eine Vielzahl von Fragen bezüglich der Haftung und Deckung beim Einsatz von Legal Tech in Kanzleien ungeklärt sind und besonderer Aufmerksamkeit bedürfen.

Zuletzt stellte Lennart Letzel (Legaly) die mögliche Zukunft der Rechtsabteilungen und ihrer Zusammenarbeit mit externen Dienstleistungen dar. Hierzu gab er zunächst einen spannenden Überblick über die bereits am Markt tätigen Dienstleister, die die Arbeit von Rechtsabteilungen unterstützen. Aus seiner Sicht kommt es bei dem zukünftigen Erfolg im Rechtsberatungsmarkt maßgeblich auf den Umgang mit den Themen "Daten", "Kooperation", "Technologie" und "Kundenzentrierung" an. An dem Umgang mit diesen Themen werden sich alle Rechtsdienstleister messen lassen müssen, sodass dies auch zu einem Umdenken bei Kanzleien führen sollte und gegebenenfalls sogar muss.

Insgesamt war es wieder eine sehr gelungene Veranstaltung mit zahlreichen konstruktiven Diskussionen. Wir freuen uns auf die Tagung im nächsten Jahr.



Daniel Kreienkamp



Oberlandesgericht München bestätigt: Kein Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 GmbHG

Das Oberlandesgericht München hat in einem bisher unveröffentlichten Hinweisbeschluss¹ die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Celle² und des Oberlandesgerichts Düsseldorf³ bestätigt, dass für Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen Geschäftsführer wegen Zahlungen trotz Insolvenzzreife kein Versicherungsschutz unter einer D&O-Versicherung besteht. Daneben hat das Oberlandesgericht München auch zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Abtretungskonstellationen Stellung bezogen.

Kein Versicherungsschutz für Ansprüche gemäß § 64 GmbHG

Zwar hat das Oberlandesgericht München seine Rechtsauffassung in dem Hinweisbeschluss nicht weitergehend begründet, sondern sich maßgeblich auf die hierzu bereits ergangenen Entscheidungen berufen. Gleichzeitig ist durch die Entscheidung eine sich verfestigende Rechtsprechung zu verzeichnen. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass uns keine gegenteilige Entscheidung eines Oberlandesgerichts zur Versicherung von Regress aus § 64 GmbHG bekannt ist. Wie in unserem Quarterly Update 3/2018 weitergehend berichtet, wird die Ablehnung des Versicherungsschutzes maßgeblich darauf gestützt, dass sich der Erstattungsanspruch gemäß § 64 GmbHG von einem versicherten Schadensersatzanspruch unterscheidet. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung des Aspekts, dass der "Erstattungsanspruch eigener Art" auf Rechtsfolgenseite nicht mit einem Schadensersatzanspruch gleichzusetzen sei. Die Zahlung trotz Insolvenzzreife führe zu keinem Schaden der Gesellschaft, da durch die Zahlung eine Verbindlichkeit erlösche. Die Zahlung wirke sich lediglich bilanzverkürzend aus. Ein solcher Anspruch sei auch nicht vom Schutzzweck der D&O-Versicherung umfasst.

Für Anspruchsteller und versicherte Personen besteht zunehmend die Unsicherheit und auch das Risiko, dass für etwaige Ansprüche wegen Zahlungen trotz Insolvenzzreife kein Versicherungsschutz unter der D&O-Versicherung besteht, sofern dies in den Versicherungsbedingungen nicht klar geregelt ist. Für Versicherer stellt sich bei der fortsetzenden Verfestigung der Rechtsprechung die Frage, ob und inwieweit eine Regulierung entsprechender Ansprüche noch zulässig erfolgen kann. Dies gilt sowohl für die Frage des versicherungsvertraglichen Anspruchs auf Abwehr unbegründeter (versicherter) Ansprüche als auch auf Freistellung begründeter (versicherter) Ansprüche. Für Rechtssicherheit könnte hier allenfalls eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs sorgen. Uns ist derzeit aber nicht bekannt, dass eine entsprechende Streitfrage bereits beim Bundesgerichtshof anhängig ist.

Die praktische Relevanz der Entscheidung nimmt allerdings ab. Spätestens seit der Veröffentlichung der Entscheidungen des Oberlandesgerichts Celle und des Oberlandesgerichts Düsseldorf haben die meisten Versicherer und Makler für eine Klarstellung in den Bedingungen gesorgt, nach der Versicherungsschutz für diese Art der Ansprüche häufig besteht. Unter Berücksichtigung der sich fortsetzenden Rechtsprechung dürfte diese Klarstellung als konstitutiv anzusehen sein.

1 Oberlandesgericht München, Beschl. v. 04.03.2019 – 25 U 3606/17.

2 Oberlandesgericht Celle, Beschl. v. 01.04.2016 – 8 W 20/16.

3 Oberlandesgericht Düsseldorf, Urt. v. 20.07.2018 – 4 U 93/16.

Volle Darlegungs- und Beweislast liegt bei Anspruchsteller nach Abtretung

Das Oberlandesgericht München hat daneben auch einen Hinweis zur Darlegungs- und Beweislast bei einer Abtretung des Deckungsanspruchs an den Anspruchsteller gegeben. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts München profitiert ein Anspruchsteller nicht mehr von den gesellschaftsrechtlichen Beweislasterleichterungen, wenn er den Haftungs- und Deckungsanspruch in einem Verfahren gegen den Versicherer geltend macht, sondern trägt die volle Darlegungs- und Beweislast. Dies begründet das Oberlandesgericht München überzeugend damit, dass der Grund für die Beweiserleichterung – die Sachnähe des Organwalters – in einem Gerichtsverfahren zwischen Anspruchsteller und Versicherer nicht mehr vorhanden ist. Vielmehr verfüge die anspruchsverfolgende Gesellschaft über eine größere Sachnähe zu dem der Inanspruchnahme zugrunde liegenden Sachverhalt. Gleichzeitig gilt es einer potenziellen Missbrauchsgefahr der Abtretung entgegenzuwirken.

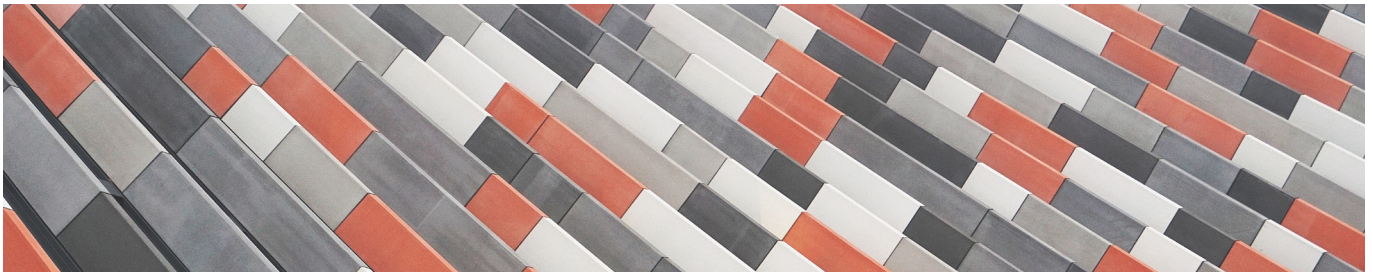
Die insoweit klaren Ausführungen des Oberlandesgerichts München sind für die Praxis zu begrüßen und geben eine klare und überzeugende Antwort auf diese bisher gerichtlich nicht entschiedene Frage. Die Entscheidung steht auch im Einklang mit der von uns vertretenen Auffassung, etwa in dem Verfahren, das der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur ernstlichen Inanspruchnahme zugrunde liegt. Mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts München dürften eine Abtretung und eine daran anschließende Direktklage des Anspruchstellers gegen den Versicherer noch stärker an Attraktivität verlieren.



Dr. Henning Schaloske



Daniel Kreienkamp



Grünes Licht für LegalTech als Inkassodienstleister

Der Bundesgerichtshof hat am 27.11.2019 sein lang erwartetes Urteil zur Zulässigkeit des Geschäftsmodells des LegalTechs “LexFox GmbH / wenigermiete.de” als Inkassodienstleistung gefällt.¹

Dem Rechtsstreit lag eine Klage des Portalbetreibers der Homepage “wenigermiete.de” gegen einen Vermieter wegen Ansprüchen im Zusammenhang mit der sogenannten Mietpreisbremse zugrunde. Das Portal bietet Unterstützung bei der Geltendmachung und Durchsetzung von Ansprüchen aus dem Mietrecht, insbesondere im Zusammenhang mit den Vorschriften der sogenannten Mietpreisbremse oder bei Mieterhöhungsverlangen. Der Betreiber des Portals ist als Inkassodienstleister im Sinne des §10 Abs. 1 Nr. 1 RDG registriert. Es lässt sich die Ansprüche der Mieter abtreten und setzt diese dann im eigenen Namen durch. Die Vergütung erfolgt auf Erfolgsbasis. Das Amtsgericht Berlin-Lichtenburg² ging von einer wirksamen Abtretung aus. Das Landgericht Berlin³ hielt die Abtretung hingegen für nichtig, da der Portalbetreiber eine Rechtsdienstleistung erbracht habe und seine Tätigkeit nicht von der Zulassung als Inkassodienstleister umfasst sei.

Auch die Rechtsanwaltskammer Berlin wollte über einen Unterlassungsanspruch die Tätigkeit des Internetportals “wenigermiete.de” verhindern. Die Rechtsanwaltskammer Berlin unterstellte ebenfalls einem Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz. Das Landgericht Berlin⁴ hat hierzu entschieden, dass der Portalbetreiber im Rahmen seiner Inkassodienstleistungserlaubnis handele und daher kein Verstoß gegen § 3 RDG vorliege. Teilweise lägen nach Ansicht des Landgerichts Berlin in den die Anspruchsverfolgung vorbereiteten Handlungen bereits keine Rechtsdienstleistungen vor, sondern diese würden im eigenen Interesse des Portalbetreibers als Prozessfinanzierer erfolgen.

Der Bundesgerichtshof hat das Ergebnis des Landgerichts Berlin nunmehr mit einer umfassenden Urteilsbegründung bestätigt. Im Ergebnis geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass der Begriff der Inkassodienstleistung weit zu verstehen sei. Zur Begründung zieht er sowohl die Intention des Gesetzgebers beim Erlass des Rechtsdienstleistungsgesetzes als auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts heran. In § 10 Abs. 1 Satz 1 RDG sei ein besonderer Erlaubnistatbestand zu sehen, der eine gewisse Sachkunde voraussetze. Eines weitergehenden Schutzes bedürften die Kunden des Portalbetreibers nicht. Der Bundesgerichtshof nahm insoweit an, dass die vom Portalbetreiber angebotenen Dienstleistungen als Inkassodienstleistungen anzusehen und damit von der bestehenden Erlaubnis umfasst seien. Die Dienstleistungen des Portals seien daher nicht als Rechtsdienstleistung anzusehen, die nicht von der Erlaubnis eines Inkassodienstleisters gedeckt wären.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gibt LegalTech Betreibern eine Richtschnur an die Hand, inwieweit sie Dienstleistungen unter Berufung auf eine Zulassung als Inkassodienstleister anbieten können. Einzelheiten und Grenzfälle werden in der Zukunft wohl ausgetestet werden. Die Anwaltschaft sieht sich zunehmend dem Risiko ausgesetzt, einen Teil ihres “Brot und Butter”-Geschäfts an LegalTechs als Wettbewerber zu verlieren. Gleichzeitig bietet sich aber auch die Chance, diese Art von Mandaten skalierbar zu bearbeiten und somit eine effizientere Bearbeitung des Mandatsportfolios sicherzustellen.

1 Bundesgerichtshof, Urte. v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18.

2 Amtsgericht Berlin-Lichtenburg, Urte. v. 12.12.2017 – 6 C 194/17.

3 Landgericht Berlin, Urte. v. 28.08.2018 – 63 S 1/18.

4 Landgericht Berlin, Urte. v. 15.01.2019 – 15 O 60/18.

Eins ist jedenfalls sicher: Der Markt für Rechtsdienstleistungen wird sich weiter verändern und insbesondere der Einsatz von LegalTech wird sowohl innerhalb als auch außerhalb von Rechtsanwaltskanzleien zunehmen. Spannend bleibt, ob der Gesetzgeber mit Regulierungsbemühungen eingreifen wird oder aber es den Marktteilnehmern weitgehend überlässt, wie sie mit den Chancen und Risiken umgehen. Neben dem praktischen Einsatz von LegalTech in der Praxis stellen sich aber auch noch spannende Fragen im Hinblick auf die Haftung sowie die zutreffende Einbeziehung solcher Angebote in den Berufshaftpflichtschutz. Zum Thema "Legal Tech aus Anwalts-, Makler- und Versicherersicht" findet eine Paneldiskussion bei unserem nächsten PI Risk Day 2020 am 11.02.2020 statt. Bitte sprechen Sie uns bei Interesse an dieser Veranstaltung gerne an.



Daniel Kreienkamp



Neues Berechnungsmodell für DSGVO-Bußgelder

Lange haben sich die deutschen Datenschutzbehörden mit der Verhängung hoher Bußgelder bei Verstößen gegen die DSGVO zurückgehalten: Während die Behörden anderer europäischer Staaten Unternehmen von Beginn an mit rekordverdächtigen Summen belegten, wurde Unternehmen in Deutschland bisher scheinbar eine inoffizielle Gnadenfrist zur Umsetzung der im Mai 2018 eingeführten Verordnung gewährt.

Das hat mit der Einführung des neuen Berechnungsmodells für DSGVO-Bußgelder nun ein Ende – wie spätestens der Berliner Immobilienkonzern Deutsche Wohnen SE erfahren musste.

14,5 Millionen Euro – so hoch ist das Bußgeld, das die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit gegenüber dem Immobilienkonzern Ende Oktober 2019 verhängte. Der Berechnung dieses Wertes lag das neue Rechenmodell zu Bußgeldern zugrunde, auf welches sich die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) bereits im Juni 2019 verständigt hatte. Zwar praktizierten daraufhin schon einige Behörden dieses Modell, offiziell veröffentlicht wurde es jedoch erst im Oktober 2019 – pünktlich zur Sanktionierung des Berliner Konzerns.

Bei der Entwicklung des Konzeptes wurden vor allem die drei Ziele der Verhängung eines Bußgeldes “Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung” beachtet. Kernanliegen des auf dieser Grundlage entwickelten Modells ist es, möglichst viele Bemessungsfaktoren in eine transparente Abwägung einfließen zu lassen und anhand dessen einen angemessenen und einzelfallbezogenen Wert zu ermitteln. Dies soll eine Berechnung in fünf Schritten sicherstellen: zunächst wird das Unternehmen einer sich am weltweiten Vorjahresumsatz orientierenden Größenklasse zugeordnet. In diesen vier Größenklassen bestehen jeweils nochmal bis zu sieben Untergruppen.

Im darauf folgenden Schritt bestimmt die Behörde den mittleren Jahresumsatz der Untergruppe, welcher das Unternehmen zuzuordnen ist. Aus diesem ergibt sich dann der in einem dritten Schritt zu ermittelnde wirtschaftliche Grundwert, der sich aus dem Tagessatz, also dem mittleren Umsatz dividiert durch 360, ergibt.

Anschließend folgen die beiden Schritte, die Bußgelder nun höher als bisher ausfallen lassen könnten: zunächst wird der wirtschaftliche Grundwert mit einem Faktor multipliziert, der die Schwere der Tat widerspiegelt. Erheblich können in diesem Zusammenhang unter anderem die Zahl der betroffenen Personen, die Dauer des Verstoßes und das Ausmaß des erlittenen Schadens sein. Die Verstöße werden in die Kategorien “leicht bis schwer” und “formell oder materiell” eingeteilt. Selbst bei leichten Verstößen soll der wirtschaftliche Grundwert bereits mit einem Faktor von 1 bis 4 multipliziert werden – bei sehr schweren Verstößen droht sogar die Multiplikation mit einem Faktor größer als 12.

Im letzten Schritt wird dieser Wert schließlich anhand “täterbezogener und sonstiger noch nicht berücksichtigter Umstände” angepasst. Ausschlaggebend können hier beispielsweise die Länge des Verfahrens, eine drohende Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens oder dessen Einsicht und Kooperationsbereitschaft einbezogen werden. Den Datenschutzbeauftragten obliegt auch hier ein erheblicher Auslegungsspielraum. Mit der Zeit wird sich hier sicherlich eine gewisse Praxis entwickeln, sodass zukünftig Vergleichswerte zur Verfügung stehen.

Das neue Berechnungsmodell lässt erwarten, dass Bußgelder wohl auch in Deutschland höher als bisher ausfallen werden. Unternehmen sind gut beraten, wenn sie ausreichende Vorkehrungen treffen – besonders auch großen Unternehmen wird es künftig nicht mehr möglich sein, ein Bußgeld sehenden Auges hinzunehmen. Kommt es zu einem Verstoß, so gibt das Modell Unternehmen die Gelegenheit, die Höhe eines möglichen Bußgeldes selbst zu berechnen und gegebenenfalls Rückstellungen zu bilden. Gleichwohl ist zu beachten, dass das Konzept nur für Unternehmen gilt. Bei Vereinen und natürlichen Personen außerhalb ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit soll dieses Modell ausdrücklich nicht angewandt werden. Auch sind Gerichte in keiner Weise an dieses Modell gebunden.

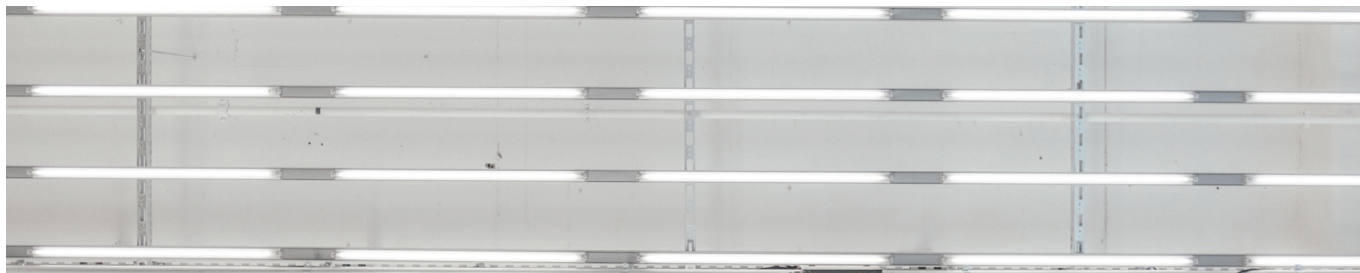
Zwar gilt das Modell nicht in anderen EU-Ländern, die mitunter bereits eigene Modelle entwickelt haben, jedoch ist zu erwarten, dass der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) in der Zukunft ein Berechnungskonzept entwickeln wird. Daher hat die DSK ihr Modell dem EDSA vorgelegt, welcher sich Medienberichten zufolge interessiert zeigte. Insbesondere habe das Modell anderen gegenüber voraus, dass es eine systematische, transparente und nachvollziehbare Bemessung sicherstelle.



Dr. Henning Schaloske



Amrei Zürn, LL.M.



Cyberversicherung – Zum Versicherungsschutz für vorvertragliche Cyberangriffe

Cyberangriffe bleiben oftmals über einen längeren Zeitraum unentdeckt. Es wird insoweit davon gesprochen, dass zwischen dem Beginn eines Angriffs und dessen Entdeckung durchschnittlich etwa 100 bis 200 Tage vergehen.

Ergeben sich in einem Cyber-Schadensfall Anhaltspunkte dafür, dass der zum Schaden führende Cyberangriff bereits vor Abschluss des Cyberversicherungsvertrages begonnen haben könnte, stellt sich abhängig von der jeweiligen Cyberversicherung gegebenenfalls die Frage, ob dieser Umstand für den Versicherungsschutz relevant ist und – falls ja – wer das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines solchen vorvertraglichen Angriffs nachweisen muss.

Die Gründe, warum Cyberangriffe erst später entdeckt werden, sind sehr vielfältig. Teilweise haben moderne Schadsoftware-Varianten eine "Inkubationszeit". Gelegentlich geht es den Angreifern von vornherein darum, möglichst lange unerkannt Daten abziehen zu können. Nach Erkenntnissen des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik gibt es seit etwa Mitte 2019 auch zunehmend mehr manuell gesteuerte Angriffe auf Unternehmen, die zeitlich gestreckt ablaufen. Bei diesen verschaffen sich die Angreifer zunächst mittels breit angelegter Spam-Kampagnen (z.B. Emotet) Zugang zu einzelnen Unternehmensnetzwerken, um diese anschließend Schritt für Schritt zu erforschen und sich darin auszubreiten. Auf diese Weise können die Täter den Verschlüsselungstrojaner teilweise über das gesamte Netzwerk hinweg auslösen und damit den Druck auf das Unternehmen erhöhen, das Lösegeld zu zahlen. Das Motto "Gut Ding will Weile haben" gilt neuerdings anscheinend auch in der Ransomware-Industrie.

Deckungsrechtliche Fragen ergeben sich in der Cyber-Schadenspraxis, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Angriff bereits vor Abschluss der Cyberversicherung begonnen haben könnte. Denn in den meisten Cyberversicherungen besteht kein oder jedenfalls nur (zeitlich) begrenzter Versicherungsschutz für vorvertraglicher Cyberangriffe. Bedingungsseitig kommt es dann u.a. darauf an, welches

Versicherungsfallprinzip der Cyberversicherung zugrunde liegt (d.h. ob es dogmatisch betrachtet überhaupt um einen vorvertraglichen Versicherungsfall geht), was für eine Rückwärtsdeckung vereinbart wurde und schließlich auf Besonderheiten der Definition des versicherten Cyberangriffs. Wenn sich aus dieser Betrachtung ergibt, dass es für den Versicherungsschutz auf den konkreten Zeitpunkt des "Beginns" des Cyberangriffs ankommt (z.B. die unerkannte Infektion mit Schadsoftware), ist in praktischer Hinsicht relevant, wer die Beweislast dafür trägt, dass der Angriff vor bzw. erst nach dem Vertragsschluss begonnen hat.

Liegt der Cyberversicherung das Schadensereignisprinzip zugrunde, wäre – abhängig von den konkreten Formulierungen in den AVB – für den Eintritt des Versicherungsfalles bereits auf den (zunächst unentdeckten) Beginn des Angriffs abzustellen, also z.B. die Infektion mit Schadsoftware. Denn bereits hierdurch liegt eine Integritätsverletzung des Netzwerks und damit ein Schaden vor. Auf den Zeitpunkt der gegebenenfalls viel später erfolgten Verschlüsselung der Daten kommt es nicht an. Beansprucht der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz, muss er nach allgemeinen Grundsätzen darlegen und beweisen, dass der Angriff bzw. die Infektion erst nach Abschluss der Cyberversicherung, und damit im versicherten Zeitraum, erfolgte.

Die wohl meisten Cyberversicherungen arbeiten hingegen mit dem Manifestations- bzw. Feststellungsprinzip, jedenfalls im Bereich der versicherten Eigenschäden. Demnach wird der Versicherungsfall z.B. als der "*erstmal nachprüfbar festgestellte Schaden*" definiert. Dann kommt es für den Versicherungsschutz regelmäßig nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Angreifer erstmalig den Zugriff auf das Netzwerk erlangt hat oder die Infektion mit Schadsoftware erfolgte. Maßgeblich ist vielmehr, wann der Schaden festgestellt

also "sichtbar" wurde, die Ransomware entdeckt bzw. die Daten verschlüsselt wurden. Liegt dieser Zeitpunkt nach dem Abschluss der Cyberversicherung, liegt zunächst ein grundsätzlich versicherter Versicherungsfall vor, der während des versicherten Zeitraums eingetreten ist. Diese Darlegung dürfte dem Versicherungsnehmer regelmäßig unproblematisch möglich sein.

Allerdings sind in Cyberversicherungen, die mit dem Manifestationsprinzip arbeiten, üblicherweise solche Schäden vom Versicherungsschutz ausgenommen, die auf einem vorvertraglichen Cyberangriff beruhen. Beispielsweise enthalten die Musterbedingungen des GDV, die AVB Cyber einen entsprechenden Deckungsausschluss in Ziffer A1-17.1 AVB Cyber. Hiernach sind alle "Schäden aufgrund vor Beginn des Versicherungsvertrages eingetretenen Informationssicherheitsverletzungen" vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Dann muss der Versicherer das Vorliegen eines solchen, den Versicherungsschutz ausschließenden, vorvertraglichen verübten Cyberangriffs darlegen und beweisen, da dieser nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen etwaiger Deckungsausschlüsse trägt.

Ferner gibt es auch solche Cyberversicherungen – und spätestens hier fängt der deckungsrechtliche "Graubereich" an – bei denen schon im Zusammenhang mit der Definition des versicherten Cyberangriffs davon die Rede ist, dass Versicherungsschutz nur besteht, wenn der dem Schaden zugrundeliegende Cyberangriff sich (erstmal) nach Abschluss des Versicherungsvertrags ereignet hat. Dann ist zu prüfen, ob es sich bei einer solchen Regelung tatsächlich um eine (primäre) Beschreibung des versicherten Risikos handelt (dann läge die Beweislast beim Versicherungsnehmer) oder – trotz der Stellung der Regelung – dennoch von einem Deckungsausschluss auszugehen ist (dann bliebe der Versicherer beweispflichtig). Dies ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls.

Regelmäßig enthalten Cyberversicherungen auch Regelungen zum zeitlich beschränkten Rückwärtsversicherungsschutz. Dann besteht Versicherungsschutz für alle zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekanntenen Cyberangriffe, die sich nach einem bestimmten Stichtag ereignet haben, also z.B. unerkannte Infektion mit Schadsoftware. Kommt es dann weiterhin in Zweifelsfällen auf den konkreten Zeitpunkt des Angriffs bzw. der Infektion an, kann die Frage nach der Beweislast sehr komplex sein: Denn abhängig von der jeweiligen Systematik der Cyberversicherung und der oben dargelegten Themen kommt es darauf an, ob es sich bei der jeweiligen Regelung zum Rückwärtsversicherungsschutz um eine Deckungserweiterung handelt (dann liegt die Beweislast beim Versicherungsnehmer) oder doch nur eine zeitliche Begrenzung des ansonsten grundsätzlich zeitlich uneingeschränkt gewährten Versicherungsschutzes handelt (dann liegt die Beweislast beim Versicherer).

In der Cyber Schadenspraxis ist daher u.a. darauf zu achten, den Sachverhalt möglichst frühzeitig in alle Richtungen aufzuklären und – wenn es auf den konkreten Zeitpunkt des Beginns des Cyberangriffs ankommen sollte – die entsprechenden zum (gerichtsfesten) Nachweis notwendigen IT-forensischen Daten rechtzeitig zu sichern. Wird ein Cyberversicherungsschutz frühzeitig abgeschlossen und ununterbrochen fortgeführt, stellen sich die o.g. Fragen schon regelmäßig nicht.



Dr. Paul Malek LL.M.



Datenflut aufgrund der medizinischen Digitalisierung – Konsequenzen für den Behandlungsvertrag

Die zunehmende Digitalisierung führt zu immer mehr Gesundheitsdaten – auch bei Ärzten und Krankenhäusern. Allerdings bietet dies für die Leistungserbringer nicht nur Vorteile, weil diese Daten auch ausgewertet werden müssen. Der Umfang dieser Auswertung und die daraus resultierende Haftung ist Thema dieses Beitrages.

Das hier gewählte Fallbeispiel stammt aus dem Bereich der Dialyse. Die Fallgestaltung kann aber in jedem ärztlichen Fachgebiet auftreten, soweit ein technisches Gerät mit der Möglichkeit zum Datentransfer an einen Patienten ausgegeben wird. Da es bei der Auswertung insbesondere auf die fachlichen Standards der jeweiligen Arztgruppe ankommt, ist für jedes technische Gerät eine gesonderte rechtliche Untersuchung vorzunehmen. Der nachfolgende Beitrag teilt jedoch die Anknüpfungspunkte mit, die für die rechtliche Untersuchung maßgeblich sind.

Ausgangsfall

Unter Umständen und nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen ist es möglich, Patienten eine Dialyse zu Hause durchführen zu lassen (Heimdialyse). Der Patient wird hier im Vorfeld entsprechend geschult und bekommt ein spezielles Gerät ausgehändigt. Nun war es früher so, dass das Dialysegerät während der Dialyse bestimmte Parameter angezeigt hat, die sich der Patient notiert und bei einem in einem bestimmten Turnus angesetzten Behandlungstermin mit dem behandelnden Arzt besprochen hat. Durch die Digitalisierung besteht nunmehr die Möglichkeit, dass die Arztpraxis über das Internet mit dem Dialysegerät verbunden wird und sämtliche Parameter in Echtzeit angezeigt bekommt. Über diese Internetverbindung ist es dem Behandler zudem möglich, dass Gerät per Fernwartung einzustellen. Das Programm des Dialysegeräts sieht dabei eine Art Ampelsystem vor, bei dem mittels rot, gelb und grün angezeigt wird, ob sich die Werte „im grünen Bereich“ befinden. Der behandelnde Arzt sieht sich jetzt der Frage ausgesetzt, ob er oder seine

Assistenten nun durchgehend dieses Programm überwachen müssen, um gegebenenfalls sofort einzuschreiten, sollte die Ampel ein gelbes oder rotes Licht anzeigen. Dies wäre für sämtliche Behandler in der Praxis kaum umsetzbar und würde zunehmend den Charakter der intensivmedizinischen Behandlung annehmen. Konsequenz wäre dann beispielsweise, dass das Dialysegerät wieder vom Internet abgekoppelt und zum alten Notizverfahren zurückgekehrt werden müsste.¹

Behandlungsvertrag

Zu prüfen ist daher, ob sich eine 24-stündige Überwachungspflicht aus dem Behandlungsvertrag ergibt. Der Behandlungsvertrag ist in § 630a BGB normiert. § 630a Abs. 1 BGB lautet:

„(1) Durch den Behandlungsvertrag wird derjenige, welcher die medizinische Behandlung eines Patienten zusagt (Behandelnder), zur Leistung der versprochenen Behandlung, der andere Teil (Patient) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist.“

Die genaue Behandlung ergibt sich somit weder aus dem Gesetz, noch ist sie im Behandlungsvertrag – sollte er nicht ausdrücklich und schriftlich abgeschlossen worden sein, was selten der Fall ist (dazu unter III.) –, konkretisiert, da dies unter anderem noch von der Anamnese abhängig ist. Ein potentiell mit der Auslegung des Behandlungsvertrages beschäftigtes Gericht wird daher bei einem nicht ausdrücklich formulierten Vertrag bezüglich der Leistungen den Behandlungsvertrag danach auslegen,

¹ Problematisch ist hierbei jedoch, wie mit einem nicht sorgfältigen Patienten umgegangen werden muss. Diese Fallgestaltung bietet neue Haftungsrisiken, die nicht Teil dieses Beitrags sind.

„wie die Parteien bei verständiger Würdigung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nach Treu und Glauben den Behandlungswunsch des Patienten einerseits und die Übernahme der Behandlung durch den Arzt im Rahmen seiner berufsrechtlichen Pflichten andererseits verstehen durften“.²

Das Gericht wird sich daher die Frage stellen, ob der Patient davon ausgehen durfte, dass ein Arzt bei einem technischen Gerät, das dem Patienten ausgehändigt wurde und auf dessen Datentransfer der Behandler Einfluss hat, vom Behandler ständig überwacht wird. Es ist hierbei nicht auszuschließen, dass das Gericht diese Frage bejaht, weil dem Patienten durch den Datentransfer eine gewisse Sicherheit vermittelt wird und er sich möglicherweise genau auf diese Sicherheit verlässt.

Der Behandlungsvertrag hat aber die Besonderheit, dass er nicht allein von der ausdrücklichen Formulierung und vom objektiven Empfängerhorizont bestimmt werden kann. Es ist allgemein anerkannt, dass die „Zusage“ des Arztes gemäß § 630a Abs. 1 BGB sich im Behandlungsvertrag auch auf den allgemein anerkannten fachlichen Standard guter ärztlicher Behandlung bezieht, womit § 630a Abs. 1 BGB eine Auslegungshilfe³ bereithält. Dabei ist nach dem Urteil des BGH⁴ vom 19. April 2000

„der Standard eines erfahrenen Facharztes, also das zum Behandlungszeitpunkt in der ärztlichen Praxis und Erfahrung bewährte, nach naturwissenschaftlichen Erkenntnissen gesicherte, von einem, durchschnittlichen Facharzt verlangte Maß an Kenntnis und Können“

maßgebend.⁵ Der Maßstab richtet sich somit nicht nach dem individuellen Leistungsvermögen des Behandelnden, sondern ist objektiv und gruppenbezogen.⁶ Maßgebend sind hierfür insbesondere auch Leitlinien, die von wissenschaftlichen Fachgesellschaften vorgegeben werden.⁷ Im Fall eines fehlenden Standards bei Ärzten ist die Sorgfalt eines vorsichtig Behandelnden einzuhalten.⁸

Für die Dialyse gelten vorwiegend die Dialysestandards.⁹ Aus ihnen lässt sich jedoch nicht entnehmen, wie oft insbesondere ein Heimdialyse-Patient von seinem behandelnden Arzt kontrolliert beziehungsweise überwacht werden soll. Daraus kann aber nicht geschlussfolgert werden, dass es somit keine Standards für die Überwachung gibt – nur, dass sie nicht normiert sind. Festzuhalten bleibt jedoch, dass es vor der Entwicklung der technisch modifizierten Heimdialysegeräte wohl als ausreichend erachtet wurde, dass nur eine regelmäßige Kontrolle und nicht eine Dauerkontrolle durchgeführt wurde. Ferner kann der Behandler jederzeit die Dialyseform der Heimdialyse in eine Zentrumsdialyse beziehungsweise eine Dialyse, die nur in der Praxis durchgeführt werden kann, umwandeln. Hier kann er dann die Dauerkontrolle gewährleisten.

Allerdings kann hieraus kein Rückschluss gezogen werden, dass die Standards sich durch die neue Technologie nicht auf eine Dauerkontrolle anpassen werden. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil der Behandler hier zudem die Möglichkeit der Fernwartung des Gerätes hat und somit auch direkt in die Dialyse eingreifen kann. Im Sinne der anwaltlichen Vorsicht ist daher ein restriktiver Umgang anzuraten. Daher muss zunächst davon ausgegangen werden, dass sich ein Standard dahingehend entwickeln kann, dass sofern ein Arzt technische Apparate zur Therapie einsetzt, die für die Therapie entscheidende Parameter in Echtzeit oder innerhalb regelmäßigen Intervallen dem Behandler zur Verfügung stellen, er diesbezüglich möglicherweise eine umgehende Überwachungspflicht aus dem Behandlungsvertrag trägt.¹⁰

Sowohl die Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont als auch die Betrachtung des fachlichen Standards schließen (für die Zukunft) nicht aus, dass sich aus der technischen Möglichkeit der ständigen Kontrolle eine Pflicht zur Dauerkontrolle ergibt. Festzuhalten ist jedoch, dass ein aktueller fachlicher Standard, der bei Heimdialysepatienten eine Dauerkontrolle vorsieht, aktuell nicht besteht.

2 BGH, Urt. v. 29.6.1999 – VI ZR 24-98, NJW 1999, 2731 (2732); BGH, Urt. v. 14.1.2010 – III ZR 188/09, NJW 2010, 1200 (1201).

3 Walter, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 15.05.2019, BGB § 630a Rn. 30.

4 BGH, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 (2758); vgl. auch Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 148; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, III. Der Behandlungsvertrag Rn. 34.

5 Vgl. auch BT-Drs. 17/10488, S. 19; Weidenkaff, in Palandt, 78. Aufl. 2019, § 630a Rn. 10.

6 Weidenkaff, in Palandt, 78. Aufl. 2019, § 630a Rn. 9; Boemke, NJW 2010, 1562 (1563).

7 BT-Drs. 17/10488, S. 19; Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 154ff.

8 BT-Drs. 17/10488, S. 19; BGH, Urt. v. 27.3.2007 – VI ZR 55/05, NJW 2007, 2767 (2768f); Weidenkaff, in Palandt, 78. Aufl. 2019, § 630a Rn. 10; Greiner, in Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, B. Haftung aus Behandlungsfehler Rn. 2; Spickhoff, in: Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630a BGB Rn. 42; Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 149; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, X. Arztfehler und Haftpflicht Rn. 9.

9 Zu finden unter: <https://www.dgfn.eu/dialyse-standard.html>.

10 Das wird im Umkehrschluss aber bedeuten, dass die Heimdialyse durch den Behandler praktisch nicht mehr angeordnet wird, da er den Patienten genauso gut in seiner Dialysepraxis behandeln und dabei die Überwachung dahingehend organisieren kann, dass der Patient die Dialyse nur zu den Öffnungszeiten durchführt. Der Vorteil für den Heimdialysepatienten, die Dialyse während seiner Schlafzeiten durchzuführen, entfällt somit möglicherweise.

Vereinbarung eines Ausschlusses

Sollte sich ein Standard hinsichtlich einer Dauerkontrolle für Heimdialysepatienten etablieren, ist zu prüfen, ob der soeben angesprochene Behandlungsvertrag hinsichtlich der dauerhaften Überwachungspflicht wieder eingeschränkt werden kann. Die Antwort hält § 630a Abs. 2 BGB selbst (zumindest teilweise) bereit. Danach kann der Behandlungsvertrag zumindest hinsichtlich des fachlichen Standards eingeschränkt werden.

Hierfür ist aber zunächst zwischen dem ausdrücklichen und konkludenten Behandlungsvertrag zu differenzieren. Ausdrückliche Behandlungsverträge finden sich in der Praxis sehr selten. Zumeist finden sie sich bei Krankenhausaufenthalten derart, ob man eine Chefarztbehandlung und/oder eine Unterbringung im Ein- oder Zweibettzimmer wünscht (sog. Wahlleistungsvereinbarung). Hintergrund ist, dass hierfür gemäß § 18 Abs. 2 KHEntgG ein Schriftformerfordernis gilt. Der Regelfall ist der konkludente Behandlungsvertrag, bei dem sich der Patient in Behandlung begibt beziehungsweise einen Behandlungstermin vereinbart und der Behandelnde die Behandlung übernimmt beziehungsweise einen Termin zur Behandlung vergibt.¹¹

Sollte daher eine Einschränkung hinsichtlich des Umfangs der Überwachung vereinbart werden, wird dies voraussichtlich eher in einer Ausschlussvereinbarung als im Behandlungsvertrag selbst erfolgen. Letzteres ist hinsichtlich der AGB-Kontrolle auch vorzugswürdiger (dazu sogleich).

Gemäß § 630a Abs. 2 BGB darf der fachliche Standard zwischen Behandler und Patient vereinbart werden. Daraus darf aber nicht geschlussfolgert werden, die Parteien könnten gänzlich frei eine Abweichung vom gebotenen Standard im Sinne jeglicher Absenkung des Haftungsmaßstabs oder sogar Haftungsfreizeichnungen vereinbaren. Der Gesetzgeber hatte bei Vereinbarung einer Abweichung vor allen Dingen Heilversuche oder die Anwendung von Neulandmethoden vor Augen.¹² Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist die Wahrung der Therapiefreiheit des Arztes.¹³

Der Arzt hat diesbezüglich eine gesundheitliche Dispositionsbefugnis und kann beispielsweise bei mehreren gleichwertigen Behandlungsmethoden die geeignete für seinen Patienten auswählen. Abweichungen von dem allgemeinen Standard sind ebenfalls zulässig, wenn der Behandelnde nachvollziehbar begründet, dass die Befindlichkeit seines Patienten so stark von der Regel abweicht, dass eine modifizierte Strategie ergriffen werden muss.¹⁴ Hierbei sind auch Standardunterschreitungen nicht ausgeschlossen.¹⁵

Bei der Reduzierung einer Dauerüberwachung zu einer routinemäßigen Überwachung handelt es sich weder um einen Heilversuch noch um die Anwendung von Neulandmethoden. Eine Abweichung vom fachlichen Standard ist daher nur innerhalb der gesundheitlichen Dispositionsbefugnisse möglich. Sollte sich demnach ein fachlicher Standard dahingehend etablieren, dass bei Heimdialyse-Patienten eine Dauerüberwachung notwendig ist, muss der Behandelnde nachvollziehbare Gründe darlegen, warum beim konkreten Patienten davon abgewichen werden kann und es ausreichend erscheint, dass nur eine regelmäßige Kontrolle stattfindet. Daraus ist zu schließen, dass ein dahingehender Ausschluss eher eine Einzel- als eine Regelfallentscheidung darstellen wird. Festzuhalten bleibt jedoch, dass ein Ausschluss nicht prinzipiell ausscheidet.

Zu prüfen ist ferner, ob ein Ausschluss durch vorformulierte Vertragsbedingungen (Allgemeine Geschäftsbedingungen, nachfolgend: „AGB“) oder durch eine Individualvereinbarung möglich ist. Für Vereinbarungen zwischen Behandelndem und Patient gelten die allgemeinen in der Privatautonomie gezogenen Grenzen der § 138 BGB und § 228 StGB.¹⁶ Darüber hinaus begegnen Gerichte den Standardabweichungen bislang mit Skepsis und unterziehen sie daher strengen Inhaltskontrollen.¹⁷ Ferner muss bei der Anwendung von AGB § 305c Abs. 1 BGB beachtet werden. Nach dieser Vorschrift dürfen die entsprechenden Klauseln nicht überraschend sein. Hierdurch soll der Empfänger der AGB geschützt werden. Ob ein Gericht eine dahingehende Anpassung der Leistungspflicht als überraschend ansieht, bleibt abzuwarten.

11 Vgl. Weidenkaff, in Palandt, 78. Aufl. 2019, § 630a Rn. 6; vgl. auch Janda, Medizinrecht, 2. Aufl. 2013, S. 127; Greiner, in Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, A. Behandlungsverhältnisse, Rn. 2; Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 37; Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 44 Rn. 1.

12 BT-Drs. 17/10488, S. 18f.; Spickhoff, in: Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630a BGB Rn. 41; Gaidzik/Weimer, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 15 Rn. 1; Kellner, ZGMR 2013, 228; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, X. Arztfehler und Haftpflicht Rn. 91.

13 Vgl. Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 183ff, 189ff.; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, X. Arztfehler und Haftpflicht Rn. 83ff, 90ff.

14 Mansel, in Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018, BGB § 630a Rn. 17 und 20; vgl. hierzu auch Kern, in: Jorzig, Handbuch Arzthaftungsrecht, 1. Kapitel Rn. 23.

15 Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 190; Lipp, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, X. Arztfehler und Haftpflicht Rn. 18; Spickhoff, VersR 2013, 267 (269).

16 Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 191.

17 Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 7.12.1977 – 1 U 46/77, NJW 1979, 2355, (2356); vgl. auch Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 37; Spickhoff, VersR 2013, 267 (271).

Das Überraschungsmoment sollte jedenfalls bei einer Ausschlussvereinbarung, die nur den Inhalt zum Umfang der Kontrollpflicht regelt, entfallen. Daher ist die Vereinbarung einer Ausschlussvereinbarung vorzuzugwuriger.

Nach der Ansicht von Weidenkaff¹⁸ kann der Behandelnde einen abweichenden Behandlungsstandard durch AGB jedoch nicht zum Vertragsinhalt machen. Hinsichtlich formularmäßiger Haftungsausschlüsse oder –begrenzungen ist zudem das Klauselverbot des § 309 Nr. 7 lit. a. BGB zu beachten.¹⁹ § 309 Nr. 7 lit a BGB sagt:

„Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam

7.(Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei großem Verschulden)

a)(Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit)

ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen;“

Daher ist insgesamt in diesem Fall von der Anwendung von AGB abzuraten.

Vorliegend soll weder ein Haftungsausschluss noch eine Haftungsbeschränkung vereinbart werden. Es geht lediglich um den Umfang der Kontrollpflicht. Da es sich hier nur um Einzelfallregelungen mit dem konkreten Patienten handeln kann, bei dem individuell bestimmt werden muss, wie oft die routinemäßige Kontrolle durchgeführt wird und in welchem Fall hier gegebenenfalls eine Anpassung erfolgen muss, wird der Behandler ohnehin zu einer Individualvereinbarung greifen müssen.

Fazit

Maßgeblich für den Inhalt des Behandlungsvertrages sind unter anderem die fachlichen Standards.

Die aktuellen Dialysestandards enthalten derzeit keinen fachlichen Standard dahingehend, dass ein Heimdialysepatient permanent kontrolliert werden muss.

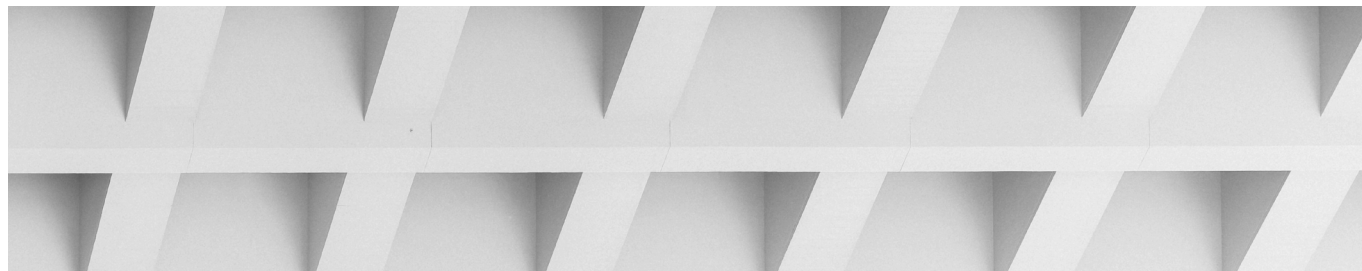
Sollte sich der fachliche Standard ändern, ist es im Einzelfall möglich, mit dem Patienten eine Individualvereinbarung dahingehend zu regeln, dass nur eine routinemäßige Untersuchung ausreiche.



Dr. Marina Schulte

¹⁸ Vgl. Weidenkaff, in Palandt, 78. Aufl. 2019, § 630a Rn. 12; vgl. auch Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 191; Hauck, NJW 2013, 3334 (3336).

¹⁹ Vgl. Katzenmeier, in: BeckOK BGB, 51. Edition, Stand: 01.08.2019, BGB § 630a Rn. 191; Gaidzik/Weimer, in: Husten/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 15 Rn. 9; Weidenkaff, in Palandt, 78. Aufl. 2019, § 630a Rn. 6.



US Discovery in Schiedsverfahren? – Aktuelle US Court of Appeals Entscheidungen

Ist in (internationalen) Schiedsverfahren künftig mit der Möglichkeit zu rechnen, sich einer Discovery, angeordnet durch ein staatliches Gericht in den USA, ausgesetzt zu sehen? Aktuelle Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte weisen in diese Richtung.

Bei der Durchführung von Schiedsverfahren spielt die Regelung der Beweisaufnahme eine zentrale Rolle. Insbesondere in internationalen Schiedsverfahren setzen sich hier zunehmend Regelungen durch, die eine *Document Production* (Dokumentenvorlage) nach dem US-amerikanischen Vorbild der *Discovery* vorsehen. Dieses in Common Law-Jurisdiktionen gängige Instrument der Beweismittelerhebung, welches vor einem kontinentaleuropäischen *Civil Law*-Hintergrund mindestens ungewohnt anmutet, sieht vor, dass Parteien eines Rechtsstreits zur Herausgabe von Dokumenten verpflichtet werden können, soweit diese Dokumente für den Streitgegenständlichen Sachverhalt von Bedeutung sind und sie nur einer Partei zur Verfügung stehen. Dabei ist nicht von Bedeutung, ob die Dokumente für die vorlegende Partei von Nachteil sind oder nicht. Jede Partei kann verlangen, dass die jeweils andere Partei dem Schiedsgericht sämtliche beweiserheblichen Dokumente vorlegt.

Die Schiedsgerichtsbarkeit eröffnet den Parteien eines Schiedsverfahrens grundsätzlich die Möglichkeit, das Verfahren und somit auch die konkrete Ausgestaltung der Beweiserhebung selbst zu bestimmen. Insbesondere in internationalen Schiedsverfahren werden häufig die *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (2010) ("IBA Rules") als Grundlage für die Gestaltung der Beweisaufnahme genutzt. Die IBA Rules enthalten Beweisregeln aus unterschiedlichen Rechtssystemen und sollen so insbesondere in internationalen Schiedsverfahren mit Parteien aus verschiedenen Rechtskulturen die Regelung der Beweiserhebung erleichtern. Art. 3 der IBA behandelt den Umgang mit Dokumenten in der Beweisaufnahme.

Art. 3.1 IBA Rules sieht zunächst eine dem deutschen Beibringungsgrundsatz ähnliche Regelung vor, nach der jede Partei sämtliche Dokumente einzureichen hat, auf die sie sich stützt und über die sie verfügt. Nach Art. 3.2 der IBA Rules kann jede Partei auch einen gemäß Art. 3.3 IBA Rules genau definierten und begrenzten Antrag auf Vorlegung von konkreten Dokumenten stellen. Die Vorlage kann der jeweilige Antragsgegner nur wegen Verstoßes gegen die Vorgaben in Art. 3 Abs. 3 IBA Rules oder unter Berufung auf die in Art. 9.2 bezeichneten Gründe verweigern, nach denen das Schiedsgericht auf Antrag bestimmte Beweismittel ausschließen kann (beispielsweise fehlende hinreichende Relevanz für die Entscheidung, besondere Geheimhaltungsinteressen und Verschwiegenheitspflichten oder unverhältnismäßiger Beschaffungsaufwand). Damit sehen die IBA Rules im Vergleich zur deutlich weiter gefassten US Discovery eine gemäßigte Form der Dokumentenvorlage vor.

In Schiedsverfahren mit Sitz in Deutschland oder/und unter Beteiligung deutscher Parteien dürfte ein weitreichendes Dokumentenvorlageverfahren nach dem Vorbild der US Discovery – auch vor dem Hintergrund der üblichen Verwendung der IBA Rules – weiterhin die Ausnahme darstellen. Insbesondere war bislang jedenfalls nicht damit zu rechnen, dass ein US Gericht im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren mit Sitz außerhalb der USA eine Discovery zulassen könnte.

Zwei jüngst getroffene US Court of Appeals Entscheidungen könnten sich in dieser Hinsicht jedoch als "(gegen) richtungweisend" herausstellen. In beiden Fällen hat sich das Gericht mit der Auslegung der Vorschrift 28 U.S. Code § 1782 (a) befasst. 28 U.S.C. § 1782 (a) lautet:

"The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. [...]"

In einer Entscheidung vom 19.09.2019 gestattete der US Court of Appeals for the Sixth Circuit Parteien, die an einem internationalen Schiedsverfahren mit Sitz außerhalb der USA beteiligt waren, eine Dokumentenvorlage im Rahmen einer Discovery in den USA.¹ Die Formulierung „foreign or international tribunal“ (ausländisches oder internationales Tribunal) in 28 U.S.C. § 1782 (a) beziehe sich danach auch auf die private Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Ein Schiedsgericht im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens qualifiziere sich dementsprechend als „tribunal“ im Sinne des 28 U.S.C. § 1782 (a). Der zugrunde liegende Sachverhalt betraf einen Streit zwischen Abdul Latif Jameel Transportation Co. („ALJ“) und FedEx International, die Parteien eines General Service Provider Agreement („GSP“) sowie eines Domestic Service Agreement („DAS“) waren. Streitigkeiten aus dem GSP waren durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Dubai und nach den Regeln des Dubai International Financial Centre-London Court of International Arbitration („DIFC-LCIA“) beizulegen, während Streitigkeiten aus dem DSA durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Saudi-Arabien und nach dem nationalen Recht des Staates zu entscheiden waren. Als FedEx International entschied, das GSP nicht zu erneuern, und ALJ aufforderte, für die Arbeit erneut zu bieten, leitete ALJ ein Schiedsverfahren gegen FedEx International in Saudi-Arabien vor einem nach saudi-arabischem Recht gebildeten Schiedsgericht ein. Wenige Wochen später leitete FedEx International ein Schiedsverfahren in Dubai nach den Regeln der DIFC-LCIA ein. Das saudi-arabische Schiedsverfahren wurde zurückgewiesen und ALJ legte Berufung ein.

ALJ stellte gegen FedEx Corp (nicht: FedEx International!) beim U.S. District Court for the Western District of Tennessee, dem Bezirk, in dem FedEx Corp. ihren Hauptsitz hat, einen Discovery-Antrag gemäß 28 U.S.C. § 1782 (a), obwohl FedEx Corp. nicht Vertragspartei des GSP oder der DSA war und in keinem der beiden Schiedsverfahren als Vertragspartei genannt wurde. ALJ gab als Begründung für das Dokumentenvorlagersuchen an, dass die FedEx Corp. maßgeblich auf den Vertragsschluss zwischen FedEx International und ALJ hingewirkt habe. Der District Court wies den Antrag von ALJ zurück und stellte unter anderem fest, dass das DIFC-LICA-Schiedsgericht kein „foreign or international tribunal“ (ausländisches oder internationales Tribunal) im Sinne von 28 U.S.C. § 1782 (a) darstelle. Der US Court of Appeals for the Sixth Circuit hob dieses Urteil auf. Dabei entschied das Gericht, dass das Wort „Tribunal“ private, vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren erfasse und damit auch das DIFC-LICA-Schiedsgericht ein ausländisches oder internationales Tribunal im Sinne von 28 U.S.C. § 1782 (a) sei.

Die Auslegung des 28 U.S.C. § 1782 (a) hat auch der US Court of Appeals for the Second Circuit in einer Entscheidung vom 07.10.2019 aufgegriffen.² Das Gericht entschied, dass die exterritoriale Anwendung von 28 U.S.C. § 1782 (a) zulässig ist und die Vorschrift den Weg für die Vorlage von Dokumenten öffnen kann, die sich außerhalb der USA befinden. Das Gericht sei frei, das Discovery-Verfahren nach eigenem Ermessen zuzulassen. Im zugrunde liegenden Fall versuchte eine Gruppe von Aktionären und Anleihegläubigern („del Valle Ruiz Investors“) der spanischen Bank Banco Popular Espanol („BPE“), einen Zwangsverkauf anzufechten, durch welchen die spanische Bank Banco Santander („Santander“) die BPE erwarb. Die del Valle Ruiz Investors behaupteten, die Transaktion habe einen signifikanten Wertverlust ihrer Anteile verursacht und sei daher rechtswidrig. Vor diesem Hintergrund leiteten sie zahlreiche Verfahren gegen Spanien und BPE ein. Schließlich stellten sie bei dem U.S. District Court for the Southern District of New York einen Antrag nach 28 U.S.C. § 1782 (a). Sie beantragten, dass die Banco Santander und ihre beiden in Virginia ansässigen und hauptsächlich in Massachusetts tätigen US-Tochtergesellschaften sowie schließlich die Santander Investment Securities („SIS“), eine in Delaware ansässige und hauptsächlich in New York tätige Tochtergesellschaft, verpflichtet werden sollten, Einzelheiten bezüglich des Zwangsverkaufs offenzulegen. Der District Court entschied

1 Abdul Latif Jameel Transp. Co. v. FedEx Corp., In re: Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings, 939 F.3d 710, 6th Cir. Sept. 19, 2019.

2 In re: Application of Antonio Del Valle Ruiz and others for an order to take discovery for use in foreign proceedings pursuant to 28 U.S.C. § 1782, 2019 WL 4924395, 2d Cir. Oct. 7, 2019.

zunächst, dass es keine Zuständigkeit für die Santander als spanische Bank mit Sitz in Madrid habe. Allerdings entschied das Gericht auch, dass die Discovery gegenüber SIS extraterritorial erfolgen könne. Beide Parteien haben gegen das Urteil Berufung eingelegt. Der US Court of Appeals for the Second Circuit befasst sich insbesondere mit der Frage, ob die spanische Bank im Sinne des 28 U.S.C. § 1782 (a) in New York ansässig ist oder dort gefunden wird („resides or is found“) und ob die Parteien die Vorlage von Dokumenten beantragen können, die sich außerhalb der USA befinden. Wegen des Begriffs „found“ in 28 U.S.C. § 1782 (a) erfasse die Vorschrift auch solche diese Personen, die in dem Gerichtsstand physisch anwesend seien. Allerdings sei ein gewisser Zusammenhang zwischen der Verbindung der Person mit dem Gerichtsstand und der angestrebten Dokumentenvorlage (*“connection between the [party’s] contacts with the forum and the discovery order at issue”*) erforderlich. Darüber hinaus kam der Court of Appeals ebenfalls – wie vorher der District Court – zu dem Schluss, dass § 1782 extraterritoriale Dokumentenvorlage erlaubt und dass ein District Court eine Discovery für Dokumente im Ausland nach eigenem Ermessen anordnen könne.

Mit einer Entscheidung vom 31.10.2019 entschied auch der der US District Courts for the Southern District of Florida in diesem Sinn.³ Ohne weitere Begründung hat das Gericht Bio Energias, einer brasilianischen Energiehandelsgesellschaft, gestattet, eine Discovery in den USA durchzuführen. Bio Energias war an einem internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in Brasilien beteiligt.

Angesichts der verbreiteten Verwendung der Beweisregel der Dokumentenvorlage in internationalen Schiedsverfahren sind die dargestellten US-Entscheidungen von erheblicher Bedeutung für die künftige Ausgestaltung und Durchführung von Schiedsverfahren.

Parteien internationaler Schiedsverfahren sind häufig global agierende Unternehmen, und beweisrelevante Dokumente können in unterschiedlichen Jurisdiktionen belegen sein. Die amerikanischen Gerichte haben selbst für Parteien, die an einem (internationalen) Schiedsverfahren außerhalb der USA beteiligt sind, nunmehr die Möglichkeit eröffnet, die Dokumentenvorlage im Rahmen einer Discovery von einem in den USA ansässigen Unternehmen zu fordern. Die Möglichkeit, die Dokumentenvorlage von einer Partei in den USA sogar dann zu fordern, wenn sich die Dokumente selbst nicht in den USA befinden, eröffnet weitreichende Möglichkeiten – und Risiken. Die Zukunft wird allerdings zeigen, inwieweit Parteien internationaler Schiedsverfahren von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch machen werden. Es darf nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass ein Antrag nach 28 U.S.C. § 1782 (a) ein zusätzliches gerichtliches Verfahren bedeutet, das zusätzliche Kosten verursachen und das Schiedsverfahren erheblich verzögern kann.

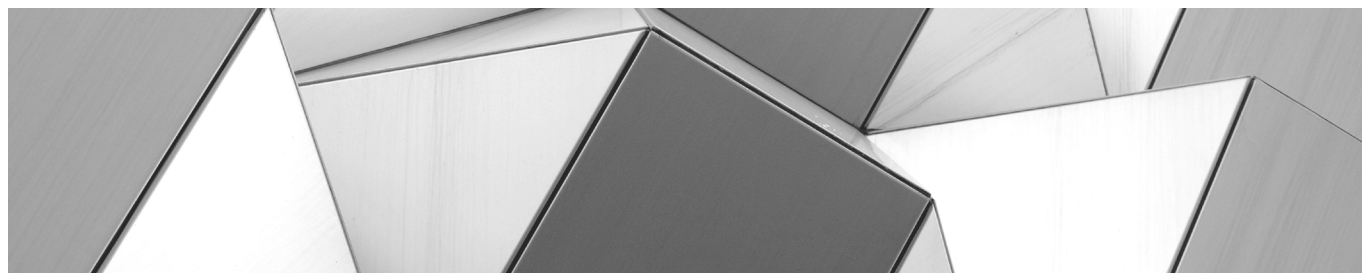


Christina Thiele



Dr. Styliani Ampatzi, LL.M.

³ In re Bio Energias Comercializadora de Energia LTDA, 19-mn-24497-Bloom, US District Court Southern District of Florida, 31 Oct. 2019.



A Practical Overview of ICC Incoterms 2020

On 10 September 2019, the International Chamber of Commerce (the “ICC”) released Incoterms 2020, the ninth version of the Incoterm Rules on domestic and international trade, which will enter into effect on 1 January 2020. This article highlights the main changes made by the ICC and aims to provide practical advice to sellers and buyers wishing to incorporate the new terms into their sale and purchase agreements.

1. Overview of Incoterms 2020

a. Purpose and scope

Incoterms 2020’s purpose remains to facilitate the conduct of global trade by providing a standard set of terms that clearly define the obligations of the seller and the buyer. The ICC’s stated aim is to increase the parties’ understanding of their respective positions thereby reducing the potential for disputes, whilst accommodating current industry concerns.

As with previous versions, Incoterms 2020 cover:

- i The parties’ obligations to arrange for the carriage and insurance of the goods;
- ii The point at which goods are “delivered”, and the point at which risk in the goods for loss or damage is transferred from seller to buyer; and
- iii The various costs associated with the transportation of the goods.

They do not address other key commercial considerations, which are left for parties to address in the sale contract.

These include:

- i Transfer of title over the goods;
- ii Contractual payment terms (distinct from costs associated with transportation of the goods);
- iii Consequences for breach of performance;
- iv Sanctions;
- v Governing law and jurisdiction;
- vi Dispute resolution; and

vii Regulatory obligations, e.g. the shippers’ obligation to record containers’ verified gross mass (VGM), under Regulation 2 of SOLAS.

b. Legal effect

Incoterms 2020 per se are not legally binding, unless they are incorporated into an agreement by express reference to the specific Incoterm.

The ICC suggests the following template for incorporation:

“[the chosen Incoterms rule] [named port, place or point] Incoterms® 2020”

e.g. CIF Shanghai Incoterms® 2020; DAP 1 High Street, City of Delivery, Country of Delivery Incoterms® 2020

When adopting the above formulation, parties should note the following:

- i. It is not necessary to use the trademark symbol but it is essential to state the version of Incoterms used, otherwise a dispute could arise as to the correct version and lead to a different outcome to that intended.
- ii. Parties must insert the correct “named port, place or point”, which may refer to the place of delivery, the place of destination or both, depending on the Incoterm chosen. To avoid confusion, parties should always consult article A2 (“Delivery”) of the appropriate section of Incoterms 2020.
- iii. Incorporation of an Incoterm 2020 into a sale contract will not bind any third party, or govern any other contract; it is for the seller and / or the buyer alone to ensure that any contract of carriage, insurance contract or letter of credit entered into, corresponds with the Incoterm they have agreed.

2. Differences between Incoterms 2010 and Incoterms 2020

a. Substantive changes to Incoterms 2020

The ICC has made the following substantive changes to the parties' obligations in response to industry concerns:

- i. Bills of Lading with an on-board notation (FCA - Free Carrier)

Articles A6/B6 ("Delivery/transport document") of the FCA Incoterm now provide that, where agreed, the buyer may instruct the carrier to issue to the seller (at the buyer's cost and risk), an on-board bill of lading stating that the goods have been loaded.

As delivery under the FCA Incoterm occurs either at the seller's premises, or when the goods are placed at the carrier's disposal at the named place of delivery, it may not have been possible, under the previous version, for the seller to obtain an on-board bill of lading where this was required as a condition of payment. This amendment seeks to resolve this issue.

- ii. Costs (articles A9/B9)

In a further attempt to increase transparency and to enable a comparative understanding of the parties' cost obligations, the new costs articles A9/B9 – previously A6/B6 – collate under a single heading all of the parties' respective costs obligations.

- iii. Insurance cover (CIP - Carriage and Insurance Paid to)

As well as the reallocation of all insurance obligations from former articles A3/B3 to new articles A5/B5, the default minimum level of insurance cover required under the CIP Incoterm has increased, from Institute Cargo Clauses (C), to Institute Cargo Clauses (A). Under Incoterms 2010, both CIF and CIP Incoterms required the seller to procure insurance cover which conformed with Institute Cargo Clauses (C) as a minimum, which covers certain limited listed risks, subject to listed exclusions. Institute Cargo Clauses (A) is by comparison an "all risks" cover but subject again to listed exclusions. The amendment reflects a better understanding of the types of goods commonly transported under the two Incoterms: while CIF is a Maritime Rule, used predominantly for maritime commodity trades, CIP is a Multi-Modal Rule, more commonly used in the sale of high-value, manufactured goods. Sellers will therefore need to factor in the increased cost of the additional insurance premium that is required under CIP.

- iv. Carriage by seller's/buyer's own means of transport (FCA, DAP, DPU and DDP)

Under the FCA, DAP, DAT (now DPU) and DDP Incoterms 2010, the party under the obligation to arrange carriage was required to contract with a third party carrier. The wording of new articles A4/B4 for these Incoterms now provides the party so obliged with the additional option to make other arrangements, i.e. non-contractual, for the carriage at its own cost. This amendment again seeks to recognise the commercial reality that sellers and buyers often use their own methods/resources to transport the goods.

- v. "Delivered At Terminal" (DAT) replaced by "Delivered at Place Unloaded" (DPU)

To better distinguish Incoterms 2010 DAT ("Delivered at Terminal") and DAP ("Delivered at Place"), DAT is renamed DPU ("Delivered at Place Unloaded") under Incoterms 2020. DAP now also appears before DPU in the text to reflect the fact that delivery under DAP occurs before delivery under DPU. Under DAP, the goods are deemed delivered when placed at the buyer's disposal from the means of transport, whereas under DPU, goods are deemed delivered upon unloading at the agreed point. Additionally (unlike DAT), delivery under DPU is no longer limited to delivery at a terminal.

- vi. Security-related requirements in respect of all Incoterms

In recognition of the increase in security-related concerns in the trade and shipping sectors over the past decade, article A4 ("Carriage") of each Incoterm now requires the seller, where applicable, to comply with any transport-related security requirements, up to the point of delivery, and/or to provide the buyer, at the buyer's request, risk and cost, with any information concerning transport-related security requirements, that the buyer needs for arranging carriage.

Article A7 ("Export/Import Clearance") of each Incoterm, where applicable, now also expressly requires the seller to carry out any security-related export clearance formalities and/or assist the buyer to obtain any documents, or information necessary, for complying with import or transit security-related clearance formalities. Transport-related security costs have also been given greater prominence in the stand-alone list of costs obligations under articles A9/B9 of each Incoterm.

Parties should note that the references to "security" in Incoterms 2020 are general; no specific reference is made to cyber security or other forms of security as might have been expected. Parties will need to specifically address this issue if they wish to include it in their contractual arrangements.

b. Changes to lay out in Incoterms 2020

Structurally, Incoterms 2020 appear much the same as the previous version: eleven three-letter acronyms, ranging from “EXW” (Ex-Works) to “DDP” (Delivered Duty Paid), which continue to be split between:

- i. Terms for any Mode or Modes of Transport (namely EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DPU – previously DAT – and DDP) (the “Multi-Modal Rules”); and
- ii. Terms for Sea and Inland Waterway Transport (namely FAS, FOB, CFR and CIF) (the “Maritime Rules”).

Each individual Incoterm contains two sections of ten articles; section “A” stipulates the seller’s obligations and section “B”, the buyer’s.

However, the ICC’s attempt to make Incoterms 2020 more transparent is evidenced by the following changes:

- i. The “Guidance Notes” contained in Incoterms 2010 are renamed “Explanatory Notes for Users” and feature at the beginning of each Incoterm. Illustrations and more detailed key features have been added.
- ii. The A/B articles have been reordered, and now prioritise Delivery (A2/B2) and Transfer of Risks (A3/B3); and
- iii. In addition, the text is structured so that users can also look up the parties’ respective obligations (e.g. concerning Delivery) for each Incoterm thus enabling users to compare the parties’ respective responsibilities (for example under CFR and CIF).

3. Comment

The changes brought about by Incoterms 2020, while not as extensive as expected by some industry observers, attempt to fulfil two objectives: first, to achieve greater clarity so as to enable parties to choose the most commercially suitable terms; second, to address a number of industry concerns that have arisen since the last edition.

When sellers and buyers consider their contractual arrangements for the sale of goods and the use of Incoterms 2020, we would recommend:

- Ascertaining whether Incoterms 2020 are appropriate/ applicable; certain standard form contracts (e.g. GAFTA, FOSFA and RSA) expressly stipulate that Incoterms do not apply.
- Carefully considering which Incoterm most accurately reflects their commercial arrangement, in particular with regard to the place of delivery, the methods of transportation and the destination anticipated. The ICC warns against inserting Incoterms predominately as price indicators. Parties are advised to make use of the new comparative structure of the text.
- Reviewing new arrangements with existing counterparties, prior to 1 January 2020, to identify whether replacement of an old version of their chosen Incoterm with the 2020 version of the chosen Incoterm, will impact on the parties’ respective rights and obligations. Parties should avoid automatically incorporating Incoterms 2020 without reviewing them first.
- Resolving any uncertainty or ambiguity by drafting additional express terms into the sale contract. For example:
 - If any uncertainty exists regarding where delivery is due to take place (under the CIP or CPT Incoterms 2020, for example, the named place, port or point will state the destination and the not place of delivery, and could involve the transfer of the goods to a number of intermediary carriers, before physically reaching the buyer);
 - If the parties wish to amend certain default provisions within an Incoterm, but wish to retain other standard provisions; and / or
 - If parties wish to ascribe a certain meaning to “security”.

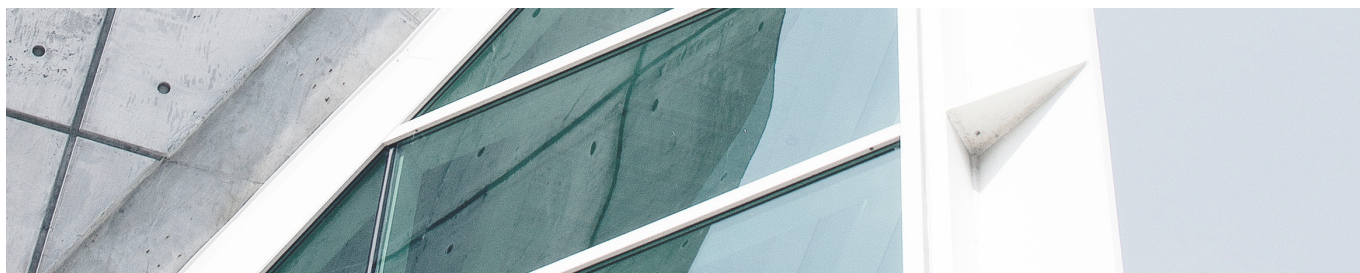
If you require clarification or assistance on any of the points discussed in this article, at Clyde & Co, we have extensive experience in assisting sellers and buyers with drafting well-structured, clear and balanced sale and purchase agreements, and will be happy to assist you.



Eurof Lloyd-Lewis, London



Benjamin Bryant, London



Rechtsprechung

BGH: Schadensersatzanspruch bei Verletzung einer Gerichtsstandvereinbarung durch Klage vor einem US-amerikanischen Gericht

Mit Urteil vom 17.10.2019 hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Verletzung einer Gerichtsstandvereinbarung durch Klageerhebung vor einem US-amerikanischen Gericht zum Schadensersatz verpflichten kann.¹

Die Parteien des Rechtsstreits, beide Telekommunikationsunternehmen, hatten in einem Vertrag die Anwendbarkeit des deutschen Rechts und den Gerichtsstand Bonn vereinbart. Die Klägerin mit Sitz in Washington erhob im Zusammenhang mit diesem Vertrag gegen die Beklagte mit Sitz in Bonn vor einem Bundesgericht (District Court) in den USA Klage. Das US-amerikanische Gericht wies die Klage unter Verweis auf die Gerichtsstandvereinbarung wegen fehlender Zuständigkeit ab. Das Gericht ordnete entsprechend der generellen US-amerikanischen Kostenregelung, dass jede Partei die eigenen Kosten eines Rechtsstreits trägt (*American Rule*), keine Kostenerstattung an. Die Klägerin erhob daraufhin eine Klage gleichen Inhalts vor dem Landgericht Bonn. Die Beklagte verlangte im Wege der Widerklage Schadensersatz für die Kosten der Verteidigung gegen die Klage in den USA. Das Landgericht Bonn hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, das Oberlandesgericht Köln hat die Widerklage auf die Berufung der Klägerin (beschränkt auf die Widerklage) abgewiesen. Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des Oberlandesgerichts Köln aufgehoben und zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.

Die Gerichtsstandvereinbarung begründe eine Verpflichtung der Parteien, Klagen nur in diesem Gerichtsstand zu erheben. Die Verletzung dieser Pflicht begründe nach dem anwendbaren deutschen Recht einen Schadensersatzanspruch (§ 280 Abs. 1 BGB). Die Rechtswahl führe schließlich auch

dazu, dass die Parteien das im deutschen Recht verankerte Prinzip der Kostenerstattung der zur Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten durch die unterliegende Partei anerkannten. Hier fehlten Feststellungen zur Erforderlichkeit der Kosten, die der Beklagten im Rahmen der vorsorglichen Einlassung zur Sache vor dem US-amerikanischen Gericht entstanden waren, so dass der Bundesgerichtshof die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hat.

BGH: Anforderungen an die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt

Mit Beschluss vom 15.08.2019 hat der Bundesgerichtshof die Anforderungen an die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt festgelegt.² In dem anhängigen Verfahren beantragte die Klägerin die Zulassung als Syndikusrechtsanwältin bei einer Rechtsschutzversicherung. Die Rechtsanwaltskammer lehnte dieses Zulassungsgesuch ab, der Anwaltsgerichtshof hob den Bescheid hingegen auf und verurteilte die Beklagte zur Zulassung als Syndikusrechtsanwältin. Gegen dieses Urteil beantragte die Beklagte, die Berufung zuzulassen. Diesen Antrag lehnte der Bundesgerichtshof ab.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Anwaltsgerichtshofes. Für die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt müssen die in § 46 Abs. 3 Nr. 1-4 BRAO genannten Tätigkeiten schwerpunktmäßig ausgeübt werden, sodass die Tätigkeit schwerpunktmäßig anwaltlicher Natur ist. An einer solchen schwerpunktmäßigen Verteilung gäbe es im zugrundeliegenden Verfahren keine Zweifel. Auch stehe dem nicht entgegen, dass die Klägerin bei Beträgen ab EUR 50.000 Vorlagen an den Arbeitgeber zu fertigen habe. Voraussetzung gem. § 46 Abs. 3 Nr. 1-4 BRAO sei lediglich, dass die Klägerin eine fachliche unabhängige Prüfung von Rechtsfragen vornehme. Nicht relevant sei, ob der Vorgesetzte in diesem Fall der Empfehlung folge. Zudem stellten Konstellationen, in denen die Klägerin

¹ BGH, Urt. v. 17.10.2019 – III ZR 42/19.

² BGH Beschl. v. 15.08.2019 – AnwZ (Brfg) 16/19.

Vorlagen anzufertigen habe, maximal 15% der Tätigkeit dar, so dass der Schwerpunkt der Tätigkeit der Klägerin nach wie vor eigenverantwortlicher Natur sei. Schließlich stehe nach Ansicht des Bundesgerichtshofes einer Zulassung als Syndikusrechtsanwalt nicht entgegen, dass die Klägerin im Zweifel Maßnahmen der Disziplinierung durch den Arbeitgeber dulden müsse. Denn dadurch sei die Arbeitnehmerin weder in ihrer freien Arbeitsausführung noch in ihrer fachlichen Unabhängigkeit oder Weisungsfreiheit beeinträchtigt.

BGH: Auf Fax nicht zu erkennende Unterschrift

Mit Beschluss vom 31.01.2019 hat der Bundesgerichtshof die Anforderungen an die Erkennbarkeit der Unterschrift eines Prozessbevollmächtigten definiert.³ Im streitgegenständlichen Verfahren wurde die Berufungsbegründung durch die Beklagtenvertreterin am letztmöglichen Tag fristwahrend per Fax zugesendet. Der originale Schriftsatz erhielt jedoch eine nur schwach erkennbare Unterschrift der Beklagtenvertreterin, das beim Oberlandesgericht eingegangene Fax-Schreiben ließ eine derartige Unterschrift überhaupt nicht erkennen. Aufgrund der Fax-Übertragung war die ohnehin nur schwach erkennbare Unterschrift für den zuständigen Richter nicht erkennbar. Dieser teilte daraufhin den Parteien mit, dass innerhalb der Berufungsbegründungsfrist kein unterzeichneter Schriftsatz bei Gericht eingegangen sei. Die Beklagte beantragte daraufhin Wiedereinsetzung.

Das Gericht lehnte den Antrag auf Wiedereinsetzung ab. Eine Berufungsbegründung als bestimmter Schriftsatz sei grundsätzlich gem. § 130 Nr. 6 i.V.m. § 520 Abs. 5 ZPO von einem Rechtsanwalt zu unterschreiben. Diese Vorschrift dazu bestimmt, sicherzustellen, dass es sich bei dem Schriftsatz um das Original und nicht bloß einen Entwurf handle und der Schriftsatz mindestens geprüft und genehmigt worden sei. Fehle die Unterschrift oder sei diese nicht lesbar, sei die Prozesshandlung nicht wirksam vollzogen. Für eine Wiedereinsetzung dürfte die Partei, zudem gem. § 233 S. 1 ZPO keine Schuld treffen. Der Bundesgerichtshof stellte hier fest, dass diejenige Partei, die einen Schriftsatz per Fax versende, zu gewährleisten habe, dass die Unterschrift so kontrastreich sei, dass sie nach den üblichen technischen Gegebenheiten auch beim Empfänger erkennbar bleibe.

Im vorliegenden Verfahren sei offensichtlich gewesen, dass die Unterschrift wegen des Faxversandes beim Empfänger nicht ausreichend sichtbar sein würde. Die Unterschrift sei nur in Ausnahmefällen entbehrlich, in denen sich aus den Umständen zweifelsfrei ergebe, dass der Prozessbevollmächtigte die Verantwortung für den Inhalt übernommen habe. Das sei etwa dann der Fall, wenn zeitlich eine unterschriebene beglaubigte Abschrift eingehe.

OLG Hamm: Zulässiger Beitritt der D&O-Versicherung zum Haftpflichtprozess gegen ein versichertes Aufsichtsratsmitglied

Mit Beschluss vom 19.08.2019 hat das Oberlandesgericht Hamm festgelegt, dass eine D&O-Versicherung als Nebenintervenientin dem Rechtsstreit beitreten darf.⁴ Im zugrunde liegenden Verfahren klagte die Gesellschaft gegen ihre Aufsichtsratsmitglieder auf Schadensersatz wegen verspäteter Zustimmung zu einer geplanten Aktienveräußerung. Für die Aufsichtsratsmitglieder hielt die Gesellschaft D&O-Versicherungen, die Versicherer traten dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Nebenintervenientinnen bei.

Die Klägerin hielt einen solchen Beitritt für unzulässig. Das Oberlandesgericht Hamm stellte auf das begründete Interesse der D&O-Versicherer ab. Gem. § 66 Abs. 1 ZPO kann derjenige, der ein rechtliches Interesse an dem Obsiegen einer Partei in einem Rechtsstreit hat, dieser Partei unterstützend beitreten. Dazu ist es notwendig, dass die Nebenintervenienten in einem Rechtsverhältnis zu der unterstützenden Partei stehen, auf welche die Entscheidung durch ihren Inhalt oder ihre Vollstreckung unmittelbar oder mittelbar rechtlich einwirkt.

Aufgrund der Bindungswirkung der rechtskräftigen Entscheidung im Haftpflichtprozess für den folgenden Deckungsprozess gegen den Haftpflichtversicherer bestehe für die D&O-Versicherung ein rechtliches Interesse, welches sie zum Prozessbeitritt berechtige. Die vertraglich geregelte Prozessführungsbefugnis der D&O-Versicherung stehe dem nicht entgegen. Es bestehe ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Prozessführung des Haftpflichtversicherers für den Versicherungsnehmer und der Unterstützung der Prozessführung in der eigenständigen Rolle als Streithelfer. Es erscheine gerechtfertigt, der D&O-Versicherung ein rechtliches Interesse an der eigenständigen, selbständigen prozessualen Mitsteuerung des Streitgegenstandes schon im Haftpflichtprozess einzuräumen. Das gelte insbesondere vor dem Hintergrund der Möglichkeit "freundlicher Inanspruchnahmen", bestehe aber auch dann, wenn kein Verdacht auf ein bewusst kollusives Zusammenwirken von Schädiger und Geschädigtem bestehe.

³ BGH, Beschl. v. 31.01.2019 – III ZB 88/18.

⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 19.08.2019 – I-8 W 6/19.

OLG Frankfurt am Main: Deklaratorisches Schuldanerkenntnis durch Erklärung des Haftpflichtversicherers

Mit Urteil vom 19.08.2019 hat das Oberlandesgericht Frankfurt a. Main entschieden, dass eine Erklärung des Haftpflichtversicherers eines Ingenieurs, dass die Fehlerhaftigkeit dessen Planung unstrittig sei, ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis darstellen kann.⁵

In dem zugrunde liegenden Fall beanspruchte das klagende Land von einem beauftragten Ingenieur Schadensersatz wegen behaupteter Planungsfehler bei der Sanierung einer Autobahnbrücke. Bei Überprüfungen der Brücke knapp zwei Jahre nach den durchgeführten Arbeiten wurden Risse an den Endverankerungsblöcken und im Bereich der Kontaktfugen festgestellt. Das Land verlangte vom Beklagten Schadensersatz für die Kosten von Sanierungsmaßnahmen. Der Haftpflichtversicherer des Beklagten gab an, dass die Fehlerhaftigkeit der Planungen des Ingenieurs unstrittig sei und keine Einwände zum Grund der Einwände erhoben würden, bestritt jedoch die Höhe des Schadens der Beklagten.

Die Erklärung des Versicherers wertete das Oberlandesgericht Frankfurt als deklaratorisches Schuldanerkenntnis und sprach den Anspruch im Ergebnis in voller Höhe zu. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. Die Erklärung könne nicht anders verstanden werden, als dass ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis erklärt werden sollte, mit der Folge, dass ein bestehendes Schuldverhältnis der Parteien ganz oder teilweise dem Streit entzogen werde.

OLG Hamm: Fristlose Kündigung eines Geschäftsführers wegen Verstoßes gegen unternehmensinterne Compliance-Vorschriften

Mit Urteil vom 29.05.2018 hat das Oberlandesgericht Hamm entschieden, dass Verstöße eines Geschäftsführers gegen interne Compliance-Vorschriften zur fristlosen Kündigung berechtigen.⁶ Im zugrundeliegenden Verfahren hatte ein Geschäftsführer eine Zahlung freigegeben, obwohl ihm bewusst war, dass diese aufgrund interner Vorgaben genehmigungsbedürftig gewesen wäre. Das beklagte Unternehmen gehörte einem Konzern an, der konzernweit einheitliches Compliance-Programm zur Einhaltung von Recht, Gesetz und unternehmensinternen Richtlinien

verfolge. Nach der Konzernrichtlinie „Korruptionsprävention“ war ein Verhalten zu unterlassen, das den Anschein von Korruption begründen könnte. Die Konzernrichtlinie „Einschaltung von Vermittlern, Beratern und anderen zur Vertriebsunterstützung beauftragten Personen“ bestimmt in diesem Zusammenhang, dass Provisionen nur schriftlich, unter Wahrung des Vier-Augen-Prinzips und unter Beachtung der geltenden Vertretungsregelungen vereinbart werden durften. Mitarbeiter der Beklagten hatten sich im Rahmen eines Rohstoffgeschäfts mit einem Geschäftspartner darauf geeinigt, die nach den Konzernrichtlinien erforderliche Zustimmung des Bereichsvorstands für Provisionszahlungen zu umgehen und den über die Zustimmungsgrenze hinaus mündlich vereinbarten Teil Provision über eine Reklamationsgutschrift abzurechnen. Der Kläger hatte in seiner Position als Vorgesetzter dieser Mitarbeiter die Reklamationsgutschrift unterzeichnet, obwohl er wusste, dass es tatsächlich weder einen Mangel noch eine Reklamation gegeben hatte.

Nach Abschluss der internen Ermittlungen sprach die Gesellschaft die fristlose Kündigung aus. Das Oberlandesgericht Hamm entschied zunächst, dass die Frist zur Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 636 Abs. 2 BGB nicht bereits mit Aufnahme der internen Ermittlung beginne. Vielmehr sei insbesondere eine längere Frist für interne Ermittlungen angemessen, die begründet eine längere Zeit in Anspruch nehmen. Die fristlose Kündigung sei durch das Verhalten des Geschäftsführers gerechtfertigt. Das Verhalten des Klägers sei durch seine herausgehobene Stellung innerhalb des Unternehmens besonders geeignet gewesen, die eigenen Compliance-Richtlinien wesentlich zu untergraben. Eine Abmahnung sei angesichts des schweren Compliance Verstoßes nicht erforderlich gewesen.

LG Heidelberg: Haftung und Vertretungsmacht des fehlerhaft bestellten besonderen Vertreters

Das Landgericht Heidelberg hat mit Urteil vom 28.08.2019 zur Stellung und Haftung des fehlerhaft bestellten besonderen Vertreters entschieden.⁷

In dem Verfahren klagte eine Anwaltsgesellschaft auf eigene Vergütung aus einem Mandat, das der (fehlerhaft bestellte) besondere Vertreter der Beklagten Gesellschaft erteilt hatte. Daneben machte sie aus abgetretenem Recht auch Vergütungsansprüche des (fehlerhaft bestellten) besonderen

⁵ OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 19.08.2019, Az. 29 U 113/18.

⁶ OLG Hamm, Urt. 29.05.2019 – 8 U 146/18.

⁷ LG Heidelberg, Urt. v. 28.08.2019, Az. 12 O 8/19 KfH.

Vertreters gegen die Beklagte geltend. Die Beklagte verlangte im Wege der Drittwiderklage Schadenersatz von dem besonderen Vertreter (im folgenden Widerbeklagten) für Kosten, die ihr im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit entstanden waren, die der Widerbeklagte erfolglos über zwei Instanzen gegen Aktionäre, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Beklagten geführt hatte. Der Widerbeklagte war zur Verfolgung von Ansprüchen gegen zwei Aktionäre ohne deren Stimme zum besonderen Vertreter bestellt worden, da diese von einem Stimmverbot ausgingen. Der Widerbeklagte hatte daraufhin die Klägerin beauftragt und eine gesonderte Vergütungsvereinbarung getroffen und auch für seine eigene Tätigkeit eine Mandats- und Vergütungsvereinbarung mit der Beklagten abgeschlossen.

Die vom Widerbeklagten erhobene Klage gegen Aktionäre, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Beklagten war als im Ergebnis unzulässig abgewiesen worden, weil das Oberlandesgericht Karlsruhe (Az. 11 U 35/17) die Beschlüsse zur Bestellung des Widerbeklagten als besonderem Vertreter für nichtig hielt. Dieser Einschätzung schloss sich das Landgericht Heidelberg an. Insbesondere führe die Bestellung eines besonderen Vertreters zur Geltendmachung von nicht von § 147 Abs. 1 AktG erfassten Ansprüchen gemäß § 241 Nr. 3 AktG zur Nichtigkeit des Beschlusses. Ansprüche gegen Aktionäre nach § 62 AktG seien nicht von § 147 Abs. 1 AktG erfasst. Weiterhin sei auch hinsichtlich der Nennung von § 117 AktG von der Nichtigkeit der Geltendmachungsbeschlüsse auszugehen, da die Beschlüsse keinen Sachverhalt zu § 117 AktG beschrieben.

Das Landgericht Heidelberg gab der Klage statt, soweit die eigenen Vergütungsansprüche der klagenden Anwaltsgesellschaft betroffen waren. Die Willenserklärung des fehlerhaft bestellten Widerbeklagten binde die Beklagte mangels Vertretungsmacht, § 164 Abs. 1 BGB und die Beklagte habe den vollmachtlos geschlossenen Vertrag auch nicht gemäß § 177 Abs. 1 BGB genehmigt. Der Widerbeklagte habe die Beklagte aber nach den Grundsätzen des Rechtsscheins wirksam verpflichten können. Bei fehlerhaften Bestellungen seien im Innenverhältnis die Regeln zu faktischen Organen maßgeblich, im Außenverhältnis aber die allgemeinen Regeln zur Rechtsscheinhaftung, insbesondere Duldungs- und Anscheinsvollmacht relevant. Den Anspruch aus abgetretenem Recht wies das Landgericht Heidelberg mangels abtretbaren Anspruchs ab. Zwar sei hinsichtlich des Anspruchs auf Vergütung im Innenverhältnis anerkannt, dass die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung auch beim besonderen Vertreter anzuwenden seien, die Ansprüche seien

aber weder schlüssig dargelegt, noch habe der Widerbeklagte eine eigene kostenpflichtige Tätigkeit für erforderlich halten dürfen. Der Drittwiderklage gab das Landgericht Heidelberg statt, der Widerbeklagte hafte organschaftlich nach den Grundsätzen der fehlerhaften Organbestellung gemäß §§ 93, 116 AktG analog. Der Widerbeklagte sei verpflichtet gewesen, die Prozessfähigkeit für das Ausgangsverfahren und damit die Wirksamkeit seiner Bestellung zu prüfen. Hinsichtlich des an den besonderen Vertreter anzulegenden Sorgfaltsmaßstabs seien auch dessen Fachkenntnisse zu berücksichtigen. Der Widerbeklagte habe hier zudem sorgfaltswidrig gehandelt, weil er die Hauptversammlung nicht darüber informierte, dass seine Prozessfähigkeit bezweifelt werden konnte. Er habe der Beklagten dadurch die Möglichkeit genommen, die Beschlüsse zu revidieren.

LG Gießen: Rekordschmerzensgeld in der Krankenhaushaftpflicht

Das Landgericht Gießen hat einem Patienten ein Rekordschmerzensgeld in Höhe von EUR 800.000 zugesprochen.⁸

Infolge einer 25-minütigen Sauerstoffunterversorgung erlitt der Patient einen schweren hypoxischen Hirnschaden mit apallischem Syndrom und spastischer Tetraparese.

Außergerichtlich zahlte die Beklagte bereits ein Schmerzensgeld von EUR 500.000. Das Landgericht Gießen hat dem Kläger weitere EUR 300.000 zuerkannt und dabei insbesondere auf den Grad der Schädigung des Klägers Bezug genommen, der sein Leben nun nicht mehr selbstbestimmt führen kann. Auch das Alter sowie die fehlerhafte Bedienung des Beatmungsgerätes, wobei es sich um ein voll beherrschbares Risiko handeln soll, waren entscheidend für die Höhe des Schmerzensgeldes.

Anders als in den Medien dargestellt, erkennen wir sehr wohl einen Trend, dass die Höhe der Schmerzensgelder tendenziell ansteigt. Maßgeblich sind hierfür unter anderem anderweitig publizierte Berechnungsmethoden des Schmerzensgeldes zum Beispiel auf Basis eines taggenauen Schmerzensgeldes. Diese Berechnungsmethode wurde beispielsweise vom Oberlandesgericht Frankfurt a.M. angewandt und führt insbesondere bei Langzeitschäden zu einem höheren Schmerzensgeld. Die vorgenannte Entscheidung des Landgerichts Gießen ist bislang noch nicht rechtskräftig. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich das Oberlandesgericht Gießen mit diesem Fall beschäftigen wird und sich der Entscheidung des Landgerichts Gießen anschließt.

⁸ LG Gießen, Urt. v. 06.11.2019, Az. 5 O 376/18.

OLG Oldenburg: Grober Befunderhebungsfehler im Zusammenhang mit der Geburt eines Kindes

Das Oberlandesgericht Oldenburg hat einem heute 8-jährigen Mädchen 500.000 Euro Schmerzensgeld zugesprochen und festgestellt, dass der beklagte Krankenhausträger sowie die beklagte Ärztin zudem verpflichtet sind, dem Mädchen sämtlichen Vermögensschaden zu ersetzen, der ihr aus den Kunstfehlern anlässlich ihrer Geburt entstanden ist oder zukünftig entstehen wird.⁹

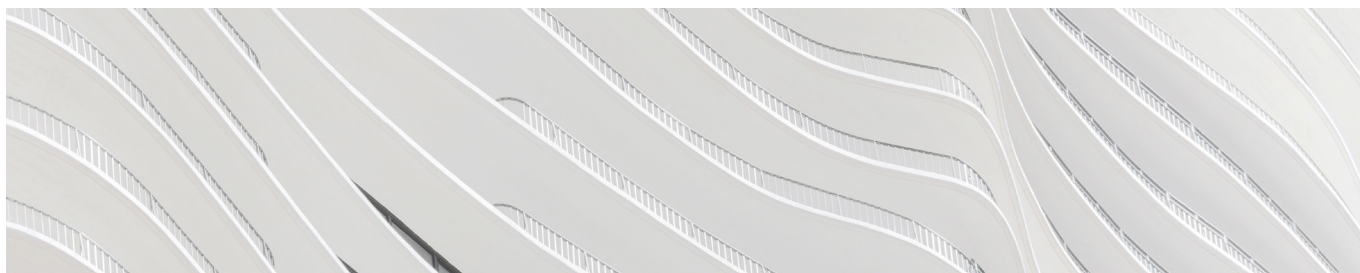
Das Mädchen hat als Folge einer Sauerstoffunterversorgung vor der Geburt einen schweren Hirnschaden erlitten. Das Mädchen ist nun schwerstbehindert und wird immer auf fremde Hilfe angewiesen sein.

Zu der Schädigung war es gekommen, weil ca. 45 Minuten vor der Entbindung die Herzfrequenz des Kindes sehr stark abgefallen war (sog. Bradykardie). In diesem Zeitraum zeichnete das CTG für ca. 10 Minuten keinen Herzschlag auf. Nach 10 Minuten wurden fälschlicherweise die Herztöne der Mutter anstelle des Kindes aufgezeichnet. Da sich die Herztöne der Mutter im Normbereich befanden, gingen die Ärzte davon aus, der Herzschlag des Kindes hätte sich wieder erholt. Die Verwechslung der Herztöne blieb unbemerkt. Als man den Irrtum bemerkte, war die Klägerin durch die Sauerstoffunterversorgung bereits erheblich geschädigt.

Nach Ausführungen des Senats stellt dieses Vorgehen unter Bezugnahme auf die entsprechenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen einen groben Behandlungsfehler da. Die behandelnden Ärzte hätten sich angesichts des Verdachts auf einen kindlichen Herzfrequenzabfall auf andere Weise (z.B. durch eine sog. Kopfschwartenelektrode) davon überzeugen müssen, dass es dem Kind gut geht. Keinesfalls hätte man sich angesichts der bedrohlichen Situation über einen Zeitraum von 10 Minuten mit einem nicht aussagekräftigen CTG zufrieden geben dürfen.

Da die Beklagten bereits aus diesem Grund der Klägerin hafteten, musste sich das Oberlandesgericht Oldenburg mit den weiteren Vorwürfen gegen die Klinik, dass nach der Geburt nicht direkt reanimiert wurde, dass kein Beatmungsbeutel nach der Geburt bereitgehalten wurde, dass die Maskenbeatmung nach der Geburt versehentlich ohne Druck erfolgte und dass der verständigte Notarzt 10 Minuten zu spät erschienen war, nicht weiter auseinandersetzen.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig.



Aktuelle Entwicklungen

Staatsgarantie für Extremus verlängert

Das Bundesfinanzministerium hat die Staatsgarantie für den deutschen Spezialversicherer Extremus bis zum 31. Dezember 2022 mit der Begründung verlängert, dass die Bundesregierung weiterhin von einer unverminderten bzw. tendenziell sogar zunehmenden Bedrohungslage ausgehe.

Nach dem 11. September 2001 haben deutsche Versicherer Terrorrisiken insbesondere bei Sachversicherungen sowie bei Betriebsunterbrechungsversicherungen zunächst grundsätzlich aus dem Standardversicherungsschutz ausgeschlossen. Parallel entwickelten sie jedoch den Ansatz, die Deckung von Terrorrisiken für eine Gesamtsumme von EUR 25 Mio. grundsätzlich einzubeziehen. Übersteigt die Versicherungssumme EUR 25 Mio., kann der Versicherungsschutz für Terrorrisiken nur über den Spezialversicherer Extremus abgeschlossen werden. Dieser wurde 2002 von der deutschen Versicherungswirtschaft mit dem einzigen Ziel gegründet, eine hohe Risikodeckung für Schäden durch Terrorakte zu bieten. Die jährliche Kapazität beträgt nunmehr EUR 9 Mrd., wobei nur die ersten rund EUR 2,5 Mrd. von Extremus selbst getragen werden. Die restlichen EUR 6,5 Mrd. sind durch eine staatliche Garantie abgesichert. Der Versicherungsvertrag unterliegt den "Allgemeinen Bedingungen für die Terrorversicherung 2016" und sieht eine jährliche Höchsthaftung pro Unternehmen oder Gruppe in Höhe von EUR 1,5 Mrd. vor.

Financial Interest Cover: Die Adidas Entscheidung des Delhi Income Tax Appellate Tribunal

Ein indisches Gericht hat die Zulässigkeit von *Financial Interest Cover* ("FInC") Deckungen bestätigt. Mit einer FInC Deckung sichern sich multinationale Unternehmen Versicherungsschutz für Vermögensschäden, die dem Unternehmen im Rahmen seiner finanziellen Beteiligung an nicht versicherten lokalen Tochtergesellschaften

entstehen. FInC Bilanzschutzkonzepte werden im Markt verstärkt anstelle der klassischen Konditionen- und Summendifferenzdeckung (DIC/DIL) genutzt. Wenn die lokale Tochtergesellschaft aus regulatorischen oder anderen Gründen (Staaten mit Erlaubnisvorbehalt) nicht direkt im Rahmen der Masterpolice versichert werden kann, ist das Unternehmen auf diesem Weg für eigene Vermögensschäden aufgrund der finanziellen Beteiligung an der Tochtergesellschaft versichert. Durch die Verortung des versicherten Interesses bei der Muttergesellschaft im Rahmen der FInC Lösung soll eine Verletzung des ausländischen Aufsichtsrechts vermieden werden.

Das Indische Gericht (Berufungsgericht für Einkommenssteuersachen, *Delhi Income Tax Appellate Tribunal*, "TTAT") entschied in der Sache *M/s Adidas India Marketing (P.) Ltd. v. Income Tax Officer*, dass die Versicherungsleistung, welche die deutsche Muttergesellschaft (Adidas AG) aufgrund des eigenen wirtschaftlichen Verlustes wegen der finanziellen Beteiligung an ihrer indischen Tochtergesellschaft (Adidas India Marketing (P.)Ltd.) erhielt, nicht als Einkommen der Tochtergesellschaft zu qualifizieren und daher in Indien nicht steuerpflichtig sei. Damit hat das Gericht im Ergebnis die im Rahmen der FInC Deckung beabsichtigte Verortung des Risikos außerhalb von Indien bestätigt.

Die europäische Sammelklage nimmt die nächste Hürde

In Brüssel hat sich der EU-Ministerrat auf eine gemeinsame Linie zur Einführung von Sammelklagen geeinigt. Der Ministerrat, das EU-Parlament und die EU-Kommission müssen sich jetzt auf einen konkreten Gesetzestext verständigen. Es wird erwartet, dass die Verhandlungen mit dem Europaparlament bereits demnächst beginnen werden.

Verbraucherschutzorganisationen sollen grundsätzlich überall in der EU Klagen mehrerer Verbraucher aus demselben Grund und gegen dasselbe Unternehmen bündeln können. Diese Organisationen müssen

mindestens 18 Monate bestehen (um eine deutsche Musterfeststellungsklage einreichen dürfen, müssen die entsprechenden Organisationen dagegen mindestens vier Jahre bestehen). Der Entwurf geht über die in Deutschland eingeführte Musterfeststellungsklage insofern hinaus, als es den Verbänden grundsätzlich und vorbehaltlich bestimmter Umstände möglich sein soll, auch konkrete Schäden und nicht nur die Feststellung von Tatsachen einzuklagen. Die deutsche Wirtschaft warnte bis zuletzt vor einer Klageindustrie vergleichbar mit der Situation in den USA und einhergehend mit jahrelangen Prozessen, Urteilen mit Schadensersatzsummen in Milliardenhöhe und entsprechend teuren Vergleichen.

Referentenentwurf des Bundesfinanzministeriums: Gesetz zur Modernisierung des Versicherungsteuerrechts

Das Bundesfinanzministerium hat einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Versicherungsteuerrechts ("Versicherungsteuerrechtsmodernisierungsgesetz", "VersStR-ModG") vorgelegt. Die beabsichtigte Novelle des Versicherungsteuergesetzes (VersStG) soll Rechtssicherheit schaffen und das Versicherungssteuerrecht zeitgemäß gestalten. Die aktuelle Rechtsprechung belege, dass einzelne Normen des VersStG den Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift nicht hinreichend deutlich transportierten. Der beabsichtigte Sinn und Zweck der Vorschriften soll dementsprechend in (neu-)formulierten Normen präzisiert und hinreichend deutlich verfasst werden. Eine Anpassung sei ferner auch erforderlich, um aktuelle Entwicklungen sinnvoll abzubilden. Die geplanten Änderungen betreffen unter anderem das Verhältnis des nationalen Besteuerungsrechts zu anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, die Einstandspflicht des Hauptbevollmächtigten von Lloyd's als Steuerentrichtungsschuldner, die Einführung einer grundsätzlichen Verpflichtung zur elektronischen Steueranmeldung sowie die Aufnahme der „Dürre“ in den Katalog der wetterbedingten Elementargefahren im Zusammenhang mit der Versicherung (besonderer Steuersatz von 0,3 Promille bezogen auf die Versicherungssumme).

Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums: Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität

Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz hat einen Referentenentwurf zur Bekämpfung von Unternehmenskriminalität vorgestellt. Mithilfe des "Verbandssanktionengesetzes" ("VerSanG") soll es künftig möglich sein, auf Straftaten, die aus Verbänden (juristischen Personen und Personenvereinigungen) heraus begangen werden, angemessen zu reagieren. Derzeit kann Unternehmenskriminalität lediglich nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten mit einer Geldstrafe von maximal EUR 10 Mio. geahndet werden. Die Höhe der Geldbuße bemisst sich dabei insbesondere nicht an der Unternehmensgröße bzw. dem Umsatzvolumen und lässt so eine echte Sanktionsmöglichkeit für große Konzerne vermissen.

Nach den Bestrebungen des Referentenentwurfes soll eine Sanktionierung dann erfolgen, wenn aus einem Verband heraus eine Straftat begangen wird, durch die entweder Pflichten verletzt werden oder das Unternehmen selbst bereichert wird bzw. bereichert werden soll. Die Höhe eines möglichen Bußgeldes soll für Verbände mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von mehr als EUR 100 Mio. bei einer vorsätzlichen Verbandsstraftat auf bis zu 10 % (5 % bei Fahrlässigkeit) des durchschnittlichen Jahresumsatzes erhöht werden. Compliance-Maßnahmen sollen bei der Bemessung der Sanktionen ausdrücklich berücksichtigt werden. Die Verfolgung von Unternehmensstraftaten soll zukünftig allerdings dem Legalitätsprinzip unterliegen, sodass eine Verfolgung durch die zuständigen Behörden Pflicht wird. Ebenso wie bei durch natürliche Personen begangenen Straftaten soll dann auch bei Verbandsstraftaten ein Absehen von der Strafverfolgung nur im Ausnahmefall möglich sein. Aktuell liegt die Verfolgung und Sanktionierung noch im freien Ermessen der zuständigen Behörden. Der Sanktionskatalog soll auch eine Verwarnung mit einem Bußgeldvorbehalt und in Verbindung mit der Erteilung von Auflagen und Weisungen enthalten. Als ultima ratio soll das Unternehmen auch aufgelöst werden können. Die drohende Sanktionierung soll Anreize für Investitionen in Compliance Systeme schaffen und die interne Aufklärung von Straftaten im Unternehmen fördern.

BaFin Auslegungsentscheidung: Abgrenzung der Finanzrückversicherung von der traditionellen Rückversicherung in der Nichtleben-Sparte

Die BaFin hat eine Auslegungsentscheidung zur Abgrenzung der Finanzrückversicherung von der traditionellen Rückversicherung in der Nichtleben-Sparte herausgegeben. Die Auslegungsentscheidung ist auf alle Versicherungsunternehmen mit Sitz im Inland und auf Niederlassungen von Versicherungsunternehmen eines Drittstaates, die das Nichtlebensversicherungsgeschäft betreiben, anzuwenden. Die Finanzrückversicherung ist zunächst in § 167 Abs. 1 Satz 1 VAG definiert. Weitere Anforderungen an die Finanzrückversicherung ergeben sich aus der Verordnung über Finanzrückversicherungsverträge und Verträge ohne hinreichenden Risikotransfer (Finanzrückversicherungsverordnung, "FinRVV"). Diese stellt jedoch ausschließlich auf die Abgrenzung von Finanzrückversicherungsverträgen und Verträgen ohne hinreichenden Risikotransfer ab. Die Auslegungsentscheidung ergänzt insofern die Abgrenzung von der traditionellen Rückversicherung in der Nichtleben-Sparte.

Finanzrückversicherungsgeschäfte oder ähnliche Vereinbarungen, bei denen die wirksame Risikoübertragung ähnlich der eines Finanzrückversicherungsgeschäfts gestaltet ist, dürfen gemäß Art. 208 Abs. 2 Satz 2 Delegierte Verordnung (EU) 2015/35 nicht bei der Ermittlung der Volumenmaße für das Prämien- und Rückstellungsrisiko oder für bei der Berechnung der entsprechenden unternehmensspezifischen Parameter berücksichtigt werden. Im Bereich der Nichtlebensversicherung ergibt sich daraus die Notwendigkeit, die Finanzrückversicherung von der traditionellen Rückversicherung abzugrenzen.

Die BaFin empfiehlt, für die Abgrenzung der Finanzrückversicherung von der traditionellen Rückversicherung den erwarteten Verlust des Rückversicherers, den sogenannten "Expected Reinsurer's Deficit", "ERD") als Maßstab zu verwenden. Im Bereich der Nichtlebensversicherung wird der ERD für die Abgrenzung der Finanzrückversicherung von dem nicht hinreichenden Risikotransfer verwendet. Ein hinreichender Risikotransfer liegt danach gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 FinRVV vor, wenn der absolute Betrag des erwarteten Verlusts des Rückversicherers mindestens 1% des erwarteten Beitrags beträgt.

Die BaFin geht im Bereich der Nichtlebensversicherung dementsprechend jedenfalls von einer traditionellen Rückversicherung aus, wenn der absolute Betrag des erwarteten Verlusts des Rückversicherers 2,5% oder mehr des erwarteten Beitrags beträgt. Unabhängig vom ERD geht die BaFin im Regelfall auch dann von einer traditionellen Rückversicherung aus, wenn der rückversicherte Anteil den Originalbedingungen des Erstversicherers folgt oder diese Originalbedingungen zu Ungunsten des Rückversicherers verändert werden und die Originalbedingungen einen versicherungstechnischen Risikotransfer beinhalten.

BaFin Sonderabfrage zur Auswertung höchststrichterlicher Rechtsprechung

Die BaFin hat im Rahmen einer Sonderabfrage ermittelt, wie Versicherer höchstrichterliche Rechtsprechung auswerten. Danach gaben alle 27 befragten Versicherer an, höchstrichterliche Rechtsprechung kontinuierlich zu beobachten und zu analysieren. Gegenstand der Sonderabfrage war insbesondere, welche Prozesse für ein systematisches Monitoring der aktuellen Rechtsprechung die Versicherer konkret eingerichtet haben und ob die Versicherer zuverlässig in der Lage sind, kurzfristig und eigenständig zu bestimmen, welche Versicherungsverhältnisse von höchstrichterlicher Rechtsprechung betroffen sind. Die Erkenntnisse der Sonderabfrage werden in der laufenden Aufsicht berücksichtigt. Alle Versicherer haben angegeben, diesen Vorgaben zu entsprechen.

CumEx: Finanzgericht Köln bezeichnet "CumEx" Strategie als "kriminelle Glanzleistung"

Das Finanzgericht Köln hat in einer vielbeachteten Entscheidung vom 19.07.2019 (Az. 2 K 2672/17) eine Klage auf (Mehrfach-)Erstattung der Kapitalertragsteuer im Zusammenhang mit "CumEx" Deals abgewiesen. Das Verfahren gilt als Musterverfahren für eine Vielzahl weiterer Fälle, die beim Bundeszentralamt für Steuern anhängig sind. Auch dieses konkrete Verfahren wird die Gerichte weiter beschäftigen: das Finanzgericht Köln hat die Revision zum Bundesfinanzhof zugelassen.

Hintergrund des Verfahrens waren außerbörsliche Leerverkäufe von Aktien nach dem Muster der "CumEx" Strategie. Dabei werden Aktiengeschäfte rund um den Dividendenstichtag getätigt. Als Leer(ver)käufe werden die

Aktiengeschäfte vor dem Dividendenstichtag abgeschlossen, zu diesem Zeitpunkt besteht noch der Anspruch auf die Dividendenzahlung ("Cum"). Nach dem Dividendenstichtag werden die Aktien dann ohne Dividendenanspruch auf den Verkäufer übertragen ("Ex"). Das Finanzgericht Köln hatte zu entscheiden, ob dem Käufer der Aktien ein Anspruch auf Erstattung der Kapitalertragsteuer zustand. Das Finanzgericht Köln hat diesen Anspruch abgelehnt. Der Käufer werde bei einem außerbörslichen Leerverkauf nicht bereits mit Abschluss des Kaufvertrages wirtschaftlicher Eigentümer und habe dementsprechend auch keinen Anspruch auf Anrechnung der hinsichtlich der Dividende einbehaltenen und abgerechneten Kapitalertragssteuer. Der Vorsitzende Richter des Finanzgerichts Köln, Benno Scharpenberg, bezeichnete die "CumEx" Strategie als "kriminelle Glanzleistung".

Anfang September 2019 eröffnete das Landgericht Bonn das erste Strafverfahren im Zusammenhang mit "CumEx". Angeklagt sind zwei ehemalige britische Aktienhändler, denen vorgeworfen wird, der deutschen Staatskasse einen Schaden von über EUR 450 Mio. verursacht zu haben. Das Landgericht Bonn hat auch fünf Finanzinstitute in das Verfahren einbezogen, weil sie mutmaßlich von den Deals profitierten: die amerikanische Bank BNY Mellon, eine Fondsgesellschaft der französischen Société Générale, die Hamburger Privatbank M.M. Warburg, deren Tochtergesellschaft Warburg Invest sowie die Hamburger Kapitalverwaltungsgesellschaft Hansainvest. Fokus des letzten Verhandlungstages im September war die Rolle der Deutschen Bank im Zusammenhang mit den "CumEx" Geschäften.

Freshfields, CumEx und die Maple Bank

Die Causa CumEx wird auch Freshfields weiter beschäftigen. Nachdem der Insolvenzverwalter der Maple Bank Freshfields Bruckhaus Deringer auf Schadenersatz in Höhe von EUR 95 Mio. In Anspruch genommen hatte, einigten sich die Parteien bereits im August 2019 im Rahmen eines Vergleiches auf eine Zahlung von EUR 50 Mio. Hintergrund der Klage waren die zwischen 2006 und 2010 seitens der Maple Bank betriebenen CumEx Geschäfte, zu denen Freshfields beraten hatte.

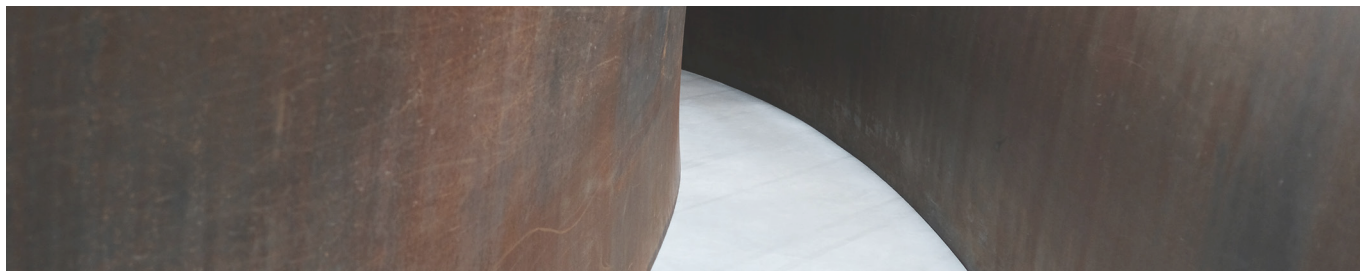
Die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt ermittelt weiterhin im Zusammenhang mit der Beratung von Freshfields zu CumEx gegen zwei Partner der Kanzlei wegen Beihilfe zur schweren Steuerhinterziehung. Einer dieser Partner, der ehemals ranghöchste Steuerrechtsanwalt Ulf Johannemann, hat Freshfields inzwischen auf eigenen Wunsch verlassen. Johannemann sitzt seit Ende November in Untersuchungshaft. Freshfields hat in der Folge den externen rechtlichen Berater in der Sache gewechselt. Der Schritt der Generalstaatsanwaltschaft überrascht angesichts der bislang ungeklärten strafrechtlichen Einordnung der CumEx Geschäfte und der Rolle von Johannemann als Berater der Maple Bank und ohne bekannte eigene Tätigkeit im Zusammenhang mit CumEx Geschäften.

Die Generalstaatsanwaltschaft hatte in der Vergangenheit ebenfalls im Zusammenhang mit CumEx Geschäften bereits erfolglos beim Amtsgericht Wiesbaden Haftbefehl gegen Hanno Berger beantragt.

“Dieselgate”: Anlegerverfahren am Standort des Herstellers und Beginn des Musterfeststellungsverfahrens

Das Oberlandesgericht Braunschweig hat in dem ersten Teil-Musterentscheid seit der Einführung des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (“KapMuG”) entschieden, dass Kapitalanleger ihre Ansprüche im Zusammenhang mit “Dieselgate” am Standort des Herstellers geltend machen müssen. Für Ansprüche, die sich gegen die Volkswagen AG richten, sei dementsprechend das Landgericht Braunschweig und für Ansprüche, die sich gegen den Hauptaktionär der Volkswagen AG, die Porsche SE richten, das Landgericht Stuttgart zuständig.

Am 30.09.2019 hat zudem vor dem Oberlandesgericht Braunschweig das Musterfeststellungsverfahren gegen die Volkswagen AG im Zusammenhang mit der Abgasaffäre begonnen. Das Oberlandesgericht Braunschweig teilte mit, dass es die Klage für zulässig halte. Jetzt gelte es zunächst, Entscheidungen anderer Gerichte im Zusammenhang mit der Abgasaffäre kritisch zu prüfen. Zwei zentrale Fragen zeichneten sich derzeit ab. Zunächst sei der geltend gemachte Schaden und dessen ursächlicher Zusammenhang mit der manipulierten Abgassoftware nicht eindeutig. Dagegen spreche beispielsweise die weitere Nutzung der Fahrzeuge durch die Mehrheit der Eigentümer. Eine hinreichende Vermögensgefährdung sei unter Umständen erst im Rahmen der Diesel-Fahrverbote eingetreten. Schließlich müssten sich die Eigentümer wahrscheinlich auch die Nutzung der Fahrzeuge auf den jeweils geltend gemachten Schaden anrechnen lassen.



Insight: Clyde & Co

Insurance Predictions 2020

Auch dieses Jahr blicken wir wieder in die Zukunft: An jedem Wochentag im Dezember laden wir Sie gemeinsam mit unseren internationalen Kollegen ein, einen Blick auf die Themen zu werfen, die die Versicherungsmarkt 2020 bewegen werden:

<https://www.clydeco.com/blog/insurance-hub/article/insurance-predictions-2020>

Team

Seit November ist Dr. Vincent Schreier wieder an Board, der uns bereits als wissenschaftlicher Mitarbeiter und Referendar aus Berlin, San Francisco und Los Angeles unterstützt hat und davor am Lehrstuhl von Prof. Dr. Armbrüster an der FU Berlin tätig war.

Das Düsseldorfer Clyde & Co Team hat auch in diesem Jahr wieder Schuhkartons voller Geschenke gepackt – den Kindern eine Freude machen zu können, war ein wunderbares vorweihnachtliches Geschenk für uns alle!

Events

- 11.02.2020: PI Risk Day in Düsseldorf
- 26/27.05.2020: Financial Lines Days in Düsseldorf und München
- 01.10.2020: Casualty Day in Düsseldorf

Veröffentlichungen

- Dr. Henning Schaloske und Lukas Wagner, MSc (Oxon): “§ 18 Digitalisierung der Versicherungswirtschaft (InsurTech)” in: Sassenberg / Faber: Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl. 2020
- Dr. Daniel Kassing, LL.M.: “Keeping up with global environmental regulation” Insurance Day, 08.10.2019, S. 6-7
- Dr. Daniel Kassing, LL.M.: “Kommt bald die Pflichtversicherung für Umweltschäden?”, Schlaglicht, Versicherungswirtschaft heute, 08.10.2019
- Dr. Paul Malek, LL.M.: “Versichertes Risiko in der Cyber-Versicherung – Umfang und Grenzen des Deckungsschutzes”, VersR 2019, 1321
- Dr. Marina Schulte: “Datenflut der medizinischen Digitalisierung – Konsequenzen für den Behandlungsvertrag” VersicherungsPraxis 11/2019 S. 20-23
- Dr. Vincent Schreier: “Anspruch auf verschiedene Zahlungen aus einer Unfallversicherung – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.5.2019 – IV ZR 73/18”, NJW 2019, 2537-2538

Vorträge

- Daniel Kreienkamp: “Aktuelle Rechtsprechung zu Berufshaftung und haftpflichtversicherung”, DAV-Fachtagung “Aktuelle Entwicklungen in der Vermögensschädenhaftpflichtversicherung”, 19.11.2019
- Dr. Henning Schaloske: “Klimawandel – Risikomanagement, Haftungsrisiken und Versicherung”, EuroForum Haftpflicht 2020, 21.01.2020
- Dr. Paul Malek, LL.M.: “Deckungsrechtliche Fragen im Cyber-Schadensmanagement”, Versicherungsforen Leipzig, Fachkonferenz Cyber-Versicherung, 22.01.2020
- Dr. Paul Malek, LL.M.: “Fallbeispiel Cyberangriff: 7 Minuten, die alles verändern”, Financial Lines Forum Zurich, 25.3.2020

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 2019.
All rights reserved.