A low-angle, upward-looking photograph of several modern skyscrapers with glass facades. The buildings are arranged in a way that creates a sense of height and depth, with lines converging towards the top of the frame. The sky is overcast with soft, grey clouds. The overall color palette is dominated by blues, greys, and the metallic tones of the building exteriors.

CLYDE&CO

Insurance & Reinsurance

Quarterly
Update 04/2023



Inhalt

04.

Editorial

06.

Greenwashing:
neue Risiken für
Unternehmen

11.

EuGH erleichtert
Verhängung von
DSGVO-
Geldbußen

14.

BaFin Hinweise
zur Einreichung
von Anträgen
oder sonstige
Anfragen für den
Geschäftsbereich
Versicherungsaufsicht

17.

Statt doppelter
Widerrufsbeleh-
rung: Zeitliche
Entkopplung
zwischen
Verbraucher-
darlehen und
Restschul-
versicherung

19.

Ausforschung
durch die
Hintertür? -
EuGH zum
Auskunfts-
ersuchen für
datenschutz-
fremde Zwecke

22.

New tax regime
for French
reinsurance
captives

24.

Recht-
sprechungs-
klassiker

29.

Product Safety
Reforms in the
UK and Europe –
Artificial
Intelligence

34.

Aktuelle Recht-
sprechung

39.

Aktuelle
Entwicklungen

41.

Insight



Liebe Leserin, lieber Leser,

das Jahr 2023 neigt sich dem Ende zu und wir blicken auf ereignisreiche Monate zurück. Unsere erneute Auszeichnung als JUVE Kanzlei des Jahres für Versicherungsrecht macht uns stolz und ist zugleich Anlass, sich bei Ihnen für die vertrauensvolle Zusammenarbeit zu bedanken. Weitere Highlights waren die verschiedenen internen und externen Veranstaltungen der zweiten Jahreshälfte und der spannende Austausch mit Ihnen.

Mit diesem Quarterly Update 04/2023 geben wir Ihnen wieder einen Überblick über aktuelle Themen und Entwicklungen in der Versicherungswirtschaft, neue Rechtsprechung und Gesetzesvorhaben:

- Viele Unternehmen bewerben ihre Produkte derzeit als besonders umweltfreundlich und nachhaltig. Das birgt jedoch neue Haftungsrisiken. Wie Greenwashing zum Problem werden kann, untersuchen Dr. Isabelle Kilian und Dr. Behrad Lalani unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Greenwashing-Richtlinie.
- Jan Spittka, Florian Emmerich und Daniel Nguyen erläutern die praktischen Auswirkungen des aktuellen EuGH-Urteils zum Auskunftsanspruch nach Artikel 15 der DSGVO.
- Dr. Andreas Börner und Victor Gontard geben einen Überblick über das Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen, das am 17. November 2023 vom Bundestag verabschiedet wurde.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und freuen uns auf Ihr Feedback. Sprechen Sie uns bei Fragen, Anmerkungen und Anregungen gerne an.

Ihnen eine erholsame Weihnachtszeit und kommen Sie gesund und zuversichtlich in das neue Jahr 2024!

Ihr Clyde & Co Insurance & Reinsurance Team





Greenwashing: neue Risiken für Unternehmen

Der Wunsch der Verbraucher nach nachhaltig, umweltbewusst und fair produzierten Waren entspricht dem aktuellen Zeitgeist. Seit einigen Jahren haben daher auch Unternehmen erkannt, dass ein „grünes Image“ und entsprechend beworbene Produkte sich als wertvolles Kapital darstellen können. Dies spiegelt sich etwa in weit verbreiteten Werbeaussagen wie „umweltneutral“, „bienenfreundlich“, „zero-waste“ oder „CO²-neutral“ wider. Ergänzt werden diese allgegenwärtigen sogenannten Green Claims durch eine Vielzahl verschiedener Gütesiegel, deren konkrete Bedeutung sowie die hierfür zu erfüllenden Kriterien den wenigsten Verbrauchern tatsächlich bekannt sind¹.

Das damit verbundenen Phänomen, das eigene Unternehmen, die angebotenen Dienstleistungen sowie die hergestellten Produkte durch irreführende Marketing- und Werbemaßnahmen als „grüner“ darzustellen, als sie tatsächlich sind, wird als „Greenwashing“ bezeichnet. Die Europäische Kommission sieht diesen Trend irreführender Werbeaussagen als problematisch an und hat daher am 22.03.2023 einen entsprechenden Richtlinienvorschlag zur Vermeidung von Greenwashing und Irreführung durch falsche umweltbezogene Werbeaussagen verabschiedet (sogenannte Green Claims Directive)². Die in dem Entwurf vorgesehenen Sanktionen für nachweislich falsche Umweltaussagen bergen neue Risiken für Unternehmen. Diese treten neben die bereits bestehenden wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen nach dem UWG. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass Unternehmen zukünftig wegen Greenwashings auch nach dem kaufrechtlichen Mangelgewährleistungsrecht vermehrt in Anspruch genommen werden.

1. Green Claims Directive

a) Ausgangspunkt und Zielsetzung

Die Bedeutung von Umwelt- und Klimaschutz sowie Nachhaltigkeit wirkt sich zunehmend auch auf das Kaufverhalten der Verbraucher aus. Die Unternehmen tragen dem mit einer Vielzahl werbewirksamer Green Claims sowie der Verwendung verschiedener privater und staatlicher Gütesiegel Rechnung, die jeweils unterschiedlichen Vergabekriterien und

Nutzungslaufzeiten unterliegen. Insgesamt fehlt es dabei in Deutschland und der Europäischen Union an einer einheitlichen Aufsicht und Transparenz. In zwei Studien zu Umweltaussagen sowie der Förderung der Rolle der Verbraucher im grünen Wandel hat die Europäische Kommission festgestellt, dass 53,3 Prozent der geprüften Umweltaussagen vage, irreführend oder unfundiert sind³, 40 Prozent der Aussagen nicht belegt wurden⁴ und mehr als ein Drittel der in der Europäischen Union verwendeten Nachhaltigkeitssiegel nur eine schwache oder gar keine Überprüfung bieten⁵.

Um Verbraucher und Unternehmer vor dem damit verbundenen Greenwashing zu schützen, soll mit der Green Claims Directive ein europaweit einheitlicher und transparenter Standard bezüglich der Herstellerangaben implementiert werden. Hierdurch soll Rechtssicherheit hinsichtlich der getroffenen Umweltaussagen geschaffen, das Vertrauen in Umweltaussagen und -zeichen gestärkt und dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben werden, fundierte und umweltfreundliche Entscheidungen zu treffen. Auch die Unternehmen sollen durch gleiche Wettbewerbsbedingungen gestärkt werden. Dies gilt insbesondere für Unternehmen, die nachweislich nachhaltige Produkte anbieten. Durch entsprechend zertifizierter Aussagen soll ihren Behauptungen zukünftig ein Wahrheitsgehalt zugerechnet werden, der der derzeit herrschende Skepsis der Verbraucher⁶ entgegenwirken soll.

¹ Der folgende Beitrag ist eine Zweitveröffentlichung der Autoren. Die Erstveröffentlichung erfolgte in der VersPrax 9/September2023/Jahrgang 113.

² Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive); EUR 2023/0085 (COD), Art. 1(1), S.50.

³ European Commission, Environmental claims in the EU: Inventory and reliability assessment Final Report, 3.2.1., S. 85, Available at: <https://circabc.europa.eu/ui/group/44278090-3fae-4515-bcc2-44fd57c1d0d1/library/b11ba10b-5049-4564-b47a-51a9bc9003c8/details?download=true>.

⁴ European Commission, Environment claims in the EU: Inventory and reliability assessment Final Report, 3.2.2.3., S.95, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/system/files/2022-03/5_1_186786_prep_stu_prop_em_co_en.pdf.

⁵ European Commission, Preparatory study to gather evidence on ways to empower consumers to play an active role in the green transition, 3.6.3.1., S.84, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/system/files/2022-03/5_1_186786_prep_stu_prop_em_co_en.pdf.

⁶ Die große Mehrheit der Verbraucher schloss sich der Aussage „Ich traue den Umweltaussagen von Produkten“ nicht an. EUR 2023/0085 (COD), 1.1, S.4.

b) Anwendungsbereich

Nach dem derzeitigen Vorschlag der Europäischen Kommission unterfallen der Green Claims Directive alle sogenannten größeren Unternehmen, die ausdrücklich „Umweltaussagen“⁷ oder „Umweltzeichen“⁸ im Zusammenhang mit Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern verwenden.⁹ Hierunter fallen neben produzierenden Unternehmen auch Versicherungsunternehmen, die sich durch entsprechende Werbeclaims einen grünen Anstrich geben. Ausgenommen sind Kleinstunternehmen, die weniger als zehn Angestellte haben und deren jährlicher Umsatz zwei Millionen Euro nicht überschreitet.¹⁰ Der produktbezogene Anwendungsbereich umfasst grundsätzlich alle in der Europäischen Union verkauften Verbraucherprodukte. Ausnahmen geltend allerdings für Produkte, die unter bestehende Gesetze der Europäischen Union fallen, die bereits bestimmte Kennzeichnungen regeln (wie etwa das EU-Umweltzeichen oder das EU-Bio-Gütesiegel)¹¹.

c) Wesentliche Regelungen

Die Green Claims Directive enthält im Kern neue Regelungen für grüne Werbeaussagen und Nachhaltigkeitssiegel.

Bevor mit Umweltaussagen geworben werden darf, müssen diese zukünftig anhand wissenschaftlicher Erkenntnisse belegt und unabhängig geprüft werden. Während Unternehmen derzeit im Einzelfall unlautere Werbeaussagen nach dem Wettbewerbsrecht nachweisen müssen, verschiebt sich nach dem Richtlinienvorschlag die Beweislast zulasten der Unternehmer. Die Richtlinie enthält hierfür konkrete Voraussetzungen, die sicherstellen sollen, dass das Produkt den proklamierten positiven Umwelteinflüssen tatsächlich gerecht wird. Hierfür bedarf es – auf Kosten des Unternehmens – der Durchführung einer wissenschaftlich fundierten und auf dem neuesten technischen Stand befindlichen Lebenszyklusanalyse aller wesentlichen Umweltauswirkungen¹². Dabei

muss nachgewiesen werden, dass die in der Werbeaussage beschriebenen Umweltaspekte bzw. Umweltleistungen bezogen auf den Lebenszyklus tatsächlich von Bedeutung sind¹³. Auch muss entschieden und überprüft werden, ob sich der Green Claim auf das gesamte Produkt oder lediglich auf einzelne Bestandteile bezieht, ob dieser für den gesamten Lebenszyklus oder nur für bestimmte Phasen zutrifft und ob der Green Claim für alle Tätigkeiten des Gewerbetreibenden oder nur gewisse Teile Anwendung findet¹⁴. Dies mag wohlüberlegt sein, denn Aussagen, die sich auf das gesamte Produkt, den gesamten Lebenszyklus eines Produkts oder alle Tätigkeiten des Unternehmens beziehen, bedürfen wesentlich weiterer Analyse und damit einhergehenden Investitionen als Werbeaussagen, die sich auf einen spezifischen Umweltaspekt beschränken.

Daneben müssen die unter den Anwendungsbereich der Green Claims Directive fallenden Unternehmen transparente Angaben darüber bereitstellen, inwiefern das Produkt unter Umweltaspekten wesentlich besser als üblich abschneidet, ob diese positiven umweltbezogenen Verbesserungen an anderer Stelle zu Verschlechterungen führen und inwieweit die Kompensation von Treibhausgasen umgesetzt wird¹⁵. Kommt es zu Vergleichssituationen, muss der Unternehmer gleichwertige repräsentative Informationen oder Daten für die Bewertung nutzen, bzw. Daten in gleicher Weise wie für die verglichenen Produkte erfassen¹⁶.

Im Nachgang zu der selbst durchgeführten wissenschaftlichen Analyse müssen die Unternehmen die Zulässigkeit ihrer Werbung mit umweltbezogenen Aussagen von einer unabhängigen, amtlich akkreditierten Stelle überprüfen lassen, die über die Erteilung einer Konformitätsbescheinigung entscheiden soll. Wurde die Konformitätsbescheinigung erteilt, gilt diese im gesamten Europäischen Binnenmarkt¹⁷.

⁷ „Umweltaussage“ wird als eine Aussage oder Darstellung, die nach Unionsrecht oder nationalem Recht nicht verpflichtend ist, einschließlich Darstellungen durch Text, Bilder, grafische Elemente oder Symbole in jeder Form, einschließlich Etiketten, Markennamen, Firmennamen oder Produktbezeichnungen, im Kontext einer kommerziellen Kommunikation, in der ausdrücklich oder stillschweigend angegeben wird, dass ein Produkt oder Gewerbetreibender eine positive oder keine Auswirkung auf die Umwelt hat oder weniger schädlich für die Umwelt ist als andere Produkte bzw. Gewerbetreibende oder dass deren Auswirkung im Laufe der Zeit verbessert wurde, definiert. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen (COM(2022) 143 final), abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0143&from=DE>.

⁸ „Umweltzeichen“ ist ein Nachhaltigkeitssiegel, das ausschließlich oder überwiegend Umweltaspekte eines Produkts, eines Verfahrens oder eines Gewerbetreibenden abdeckt. EUR 2023/0085 (COD), Art. 2(8), S.52.

⁹ EUR 2023/0085 (COD), Art. 1(1), S.50.

¹⁰ EUR 2023/0085 (COD), 6.2., S.23; EUR 2023/0085 (COD), Art. 3(3), S.54.

¹¹ EUR 2023/0085 (COD), Art. 1(2), S.50.

¹² EUR 2023/0085 (COD), 6.2., S.22; EUR 2023/0085 (COD), Art. 3(1), S.53.

¹³ EUR 2023/0085 (COD), 6.2., S.22; EUR 2023/0085 (COD), Art. 3(1), S. 53.

¹⁴ EUR 2023/0085 (COD), 6.2., S.23; EUR 2023/0085 (COD), Art. 3(1), S.53.

¹⁵ EUR 2023/0085 (COD), 6.2., S.23; EUR 2023/0085 (COD), Art. 3(1), S.53.

¹⁶ EUR 2023/0085 (COD), 6.2., S.23; EUR 2023/0085 (COD), Art. 3(1), S.53.

¹⁷ EUR 2023/0085 (COD), 6.5., S.27; EUR 2023/0085 (COD), Art. 10(7), S.61.

2. (Haftungs-)Risiken für Unternehmen

a) Sanktionen nach der Green Claims Directive

Bei Nichteinhaltung der erforderlichen Nachweise für Umweltaussagen drohen den Unternehmen nicht unerhebliche wirtschaftliche Sanktionen. Der Richtlinienentwurf enthält insoweit lediglich Mindestvoraussetzungen und billigt den Mitgliedsstaaten zur Durchsetzung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen einen Handlungsspielraum zu. Neben einer Abschöpfung der Gewinne, die mit den sanktionierten Produkten erzielt wurden, ist die Möglichkeit vorgesehen, Unternehmen für bis zu zwölf Monate von öffentlichen Ausschreibungen und Unterstützungsleistungen auszuschließen¹⁸. Daneben sollen Unternehmen, die gegen die Regelungen der Green Claims Directive verstoßen, Bußgelder in Höhe von bis zu vier Prozent des weltweiten Jahresumsatzes des Unternehmens auferlegt werden können¹⁹. Schließlich ist ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, dass sogenannte qualifizierte Einrichtungen auf Grundlage der Richtlinie Verbandsklagen erheben können, um die Kollektivinteressen von Verbrauchern zu schützen²⁰.

b) Rechtsfolgen irreführender Werbung nach dem UWG

Die zukünftigen Sanktionen auf Grundlage der Green Claims Directive treten neben die derzeit in Deutschland in diesem Zusammenhang relevanten nationalen Regelungen aus dem UWG. Unzutreffende Green Claims können danach insbesondere irreführende geschäftliche Handlungen (vgl. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 UWG) darstellen. Als Sanktionen sieht das Wettbewerbsrecht die Geltendmachung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen (vgl. § 8 UWG), Schadensersatzansprüche durch Mitbewerber (vgl. § 9 UWG) sowie die Möglichkeit einer Gewinnabschöpfung (vgl. § 19 UWG) vor. In dem Zusammenhang mit grünen Werbeaussagen sind dabei zwei aktuelle (noch nicht rechtskräftige) Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 06.07.2023 relevant²¹. Darin hat der Senat klar definiert, welche Anforderungen an die Werbung mit der Aussage „klimaneutral“ zu stellen sind. Sofern es sich um eine Klimaneutralität durch Kompensation

handelt, muss dies dem Verbraucheradressatenkreis bewusst sein²². Ist dies nicht der Fall, liegt – so das Gericht – ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 UWG vor. Ferner müsse der Hersteller dem Verbraucher alle wesentlichen Informationen bezüglich der Klimaneutralität zur Verfügung stellen. Ist dies nicht der Fall, folgt daraus ein Verstoß gegen § 5a Abs. 1 UWG. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen ist Unternehmen – und dies unabhängig von der noch ausstehenden Umsetzung der Green Claims Directive – zu raten, möglichst transparente Werbeaussagen zu treffen, um sich nicht dem Vorwurf des Greenwashings ausgesetzt sehen zu müssen.

c) (Kollektive) Inanspruchnahmen wegen Sachmängeln

Das Phänomen des Greenwashings gewinnt auch im Kontext des kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechts zunehmend an Bedeutung. In diesem Zusammenhang wird diskutiert, inwieweit nachweislich falsche Green Claims die in § 437 BGB genannten Mängelrechte auslösen. Dies soll davon abhängen, inwieweit durch die Werbeaussage die Beschaffenheit nach § 434 BGB angesprochen ist²³.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung erstreckt sich der Umfang der Beschaffenheit grundsätzlich sowohl auf Merkmale, die der Sache selbst anhaften als auch auf Merkmale, die sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben²⁴. Die Beschaffenheit umfasse „jedenfalls dann“ Umweltbeziehungen, sofern die Umweltbeziehungen in irgendeiner Weise mit den physischen Merkmalen zusammenhängen²⁵. In einer weiteren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof insoweit noch spezifiziert, dass „auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben“, zur Beschaffenheit im Sinne von § 434 BGB zählen²⁶. Nicht geklärt ist indes die Frage, ob Umweltbeziehungen ihren Ursprung in der Kaufsache haben müssen. Sollten sie ihren Ursprung in der Kaufsache haben, fallen sie unter die Beschaffenheit.

In der praktischen Anwendung bedeutet dies, dass Green Claims wie „100 % Bio Baumwolle“, „hergestellt aus 100 % recyceltem Plastik“ oder „ohne Mikroplastik“ einen Sachmangel darstellen können, wohingegen etwa Werbeaussagen wie „ohne den Einsatz von Kinderarbeit hergestellt“ oder „bienenfreundlich“ im Rahmen des § 434 BGB unberücksichtigt bleiben²⁷.

¹⁸ EUR 2023/0085 (COD), Art. 17(3)(c), S.66.

¹⁹ EUR 2023/0085 (COD), S.48, Rn. 64; EUR 2023/0085 (COD), Art. 17(3), S.66.

²⁰ EUR 2023/0085 (COD), S.49, Rn.73.

²¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.07.2023 – Az. I-20 U 72/22; OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.07.2023 – I-20 U 152/22.

²² Anders: LG Karlsruhe, Urt. v. 26.07.2023 – 13 O 46/22, KfH.

²³ Beck, in: NJW 2022, 3313.

²⁴ BGH, Urt. v. 28.05.2021 – V ZR 24/20, NJW 2021, 3397; Faust in: BeckOK BGB, § 434 Rn.15.

²⁵ BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 25/12 (KG).

²⁶ BGH, Urt. v. 15.06.2016 – VIII ZR 134/15.

²⁷ Siehe etwa die Beispiele bei Beck, in: NJW 2022, 3313, 3318.

Gegen letzteres wird vorgebracht, dass produktbezogene ethische Standards, welche unmittelbar Teil der Herstellung des konkreten Produkts sind, sich zwar nicht physisch auf das Produkt auswirken, jedoch dennoch so konkret die Herstellung betreffen, dass eine hinreichende Verbindung zur Kaufsache vorliegt²⁸. Ferner spricht gegen die Nichtberücksichtigung der letztgenannten Beispiele im Grunde auch, dass der Bundesgerichtshof festgestellt hat, dass zur Beschaffenheit alle Faktoren zählen, die der Sache selbst anhaften, als auch alle Umweltbeziehungen, die nach Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben²⁹. Dass auch produktbezogene ethische Standards trotz mangelnder direkter physischer Auswirkungen auf das Produkt einen Einfluss auf die Wertschätzung haben, lässt sich zweifelsfrei bereits aus dem Bedarf der Green Claims Directive erkennen. Dass diese Faktoren auf das Kaufverhalten der Verbraucher einwirken und damit auch einen Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben, wird in der Begründung hinreichend ausgeführt.

Nach derzeitiger nationaler Rechtslage scheint es jedoch so zu sein, dass der Zusatz „ohne den Einsatz von Kinderarbeit hergestellt“ lediglich eine Umweltbeziehung ohne Ursprung in der Kaufsache darstellt und damit die Beschaffenheit nicht betrifft. Bei Abweichung hat der Käufer derzeit wohl eher keine Möglichkeit auf die Mängelgewährleistungsrechte aus §§ 437 ff. BGB zurückzugreifen³⁰. Sollte die Werbeaussage mit einem physischen Merkmal im Zusammenhang stehen, können sich Hersteller bereits jetzt mit Mängelgewährleistungsrechten konfrontiert sehen. Zu erwarten steht allerdings, dass der Schwerpunkt wohl auf der Geltendmachung von Minderungs- und Schadensersatzansprüchen liegen wird, da eine Nacherfüllung insbesondere in Form der Nachbesserung aus rein praktischen Gründen in vielen Fällen nicht möglich sein wird.

Sofern aufgrund unzutreffender Nachhaltigkeits- und/oder Umweltaussagen kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrechte bestehen, sind die Unternehmen potenziell nicht nur einer Vielzahl individueller Inanspruchnahmen ausgesetzt. Vielmehr besteht in den Fällen des Greenwashings zukünftig auch das Risiko einer kollektiven Rechtsverfolgung. Das im Juli dieses Jahres verabschiedete Gesetz zur Umsetzung der Europäischen Verbandsklagerichtlinie

sowie das darin enthaltene Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetz eröffnen sogenannten qualifizierten Einrichtungen – gemeint sind vor allem Verbraucherverbände – die Möglichkeit, gleichartige Leistungsansprüche in Form der Abhilfeklage gebündelt gegen Unternehmen geltend zu machen. Der derzeitige Entwurf der Green Claims Directive sieht dabei ausdrücklich vor, dass qualifizierte Einrichtungen auf Grundlage der Verbandsklagerichtlinie Kollektivinteressen zum Schutz der Verbraucher geltend machen können sollen. Berücksichtigt man die steigende Relevanz von Klimaschutz und Nachhaltigkeit, besteht aus der Verbindung von kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrechten und der Abhilfeklage damit ein erhebliches Risikopotential.

d) Regressansprüche gegen Organmitglieder

Ferner stellen sich im Rahmen der Richtlinie auch Haftungsfragen für Organmitglieder und deren D&O-Versicherer, die teilweise lediglich in einem neuen Gewand daherkommen.

So sieht die Richtlinie – wie zuvor dargestellt – bei Verstößen diverse Sanktionsmöglichkeiten vor. So können insbesondere Bußgelder verhängen werden, was wiederum ein jedes Organmitglied als potenziellen Regressgegner des eigenen Unternehmens aufmerksam machen sollte. Ob Bußgelder seitens Unternehmen im Wege des Regresses an Organmitglieder weitergegeben werden können, wird auf nationaler Ebene seit Jahren kontrovers diskutiert. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung ist insoweit noch nicht ergangen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf und das Landgericht Dortmund haben sich jüngst mit dieser Rechtsfrage auseinandergesetzt und kamen zu konträren Ansichten. Das Oberlandesgericht Düsseldorf kam zu dem Ergebnis, dass Kartellgeldbußen nicht im Wege des Regresses gegen die Organmitglieder geltend gemacht werden dürfen, da dadurch der Sanktionszweck einer Unternehmensgeldbuße gefährdet wäre³¹. Anders sieht das hingegen das LG Dortmund in zwei Hinweisbeschlüssen³². Nach der Kammer dürfe die Möglichkeit des Regresses nicht davon abhängen, ob ein Bußgeld nur gegen das Unternehmen oder (auch) gegen den Geschäftsführer verhängt wird, da ansonsten letztlich der Zufall über die Regressfähigkeit entscheide.

²⁸ So Martis, Oliver: Ethische Standards im Kaufrecht. Die Physis der Ware nicht beeinflussende Standards beim Kauf nach CISG, §§ 433 ff. BGB und den Richtlinien 1999/44/EG und (EU) 2019/771, S. 257.

²⁹ BGH, Urt. v. 15.06.2016 – VIII ZR 134/15.

³⁰ Beck, in: NJW 2022, 3313, 3318.

³¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.07.2023 – VI-6 U 1/22.

³² LG Dortmund, Beschl. V. 21.06.2023 – 8 O 5/22 (Kart), Beschl. v. 14.08.2023 – 8 o 5/22 (Kart).

Unabhängig davon, welche der Ansicht sich auf nationaler Ebene durchsetzen wird, sollten Organmitglieder und deren D&O-Versicherer dennoch die neuen Haftungsrisiken in Bezug auf die Green Claims Directive nicht unterschätzen. Denn neben Regressansprüchen könnte auch sonstige Geschäftsausfälle und Mindereinnahmen aufgrund der strengen Regulierung potenzielle Haftungsansprüche der Unternehmen gegen ihre Organmitglieder begründen. So zum Beispiel, wenn aufgrund von Pflichtverletzungen auf Organebene Unternehmen für bis zu zwölf Monate von öffentlichen Ausschreibungen und Unterstützungsleistungen ausgeschlossen werden³³.

3. Ausblick

Greenwashing und die damit verbundenen Folgen werden für Unternehmen nicht erst durch den von der Europäischen Kommission verabschiedeten Entwurf der Green Claims Directive relevant. Denn bereits nach dem geltenden Recht werden irreführende (grüne) Werbeaussagen nach dem Wettbewerbsrecht sanktioniert. Zudem besteht die Möglichkeit, Unternehmen wegen falscher Green Claims nach dem kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsrecht in Anspruch zu nehmen. In Verbindung mit der Abhilfeklage birgt dies ein erhebliches Risikopotential.

Auch (Haftpflicht-)Versicherer sollten diese neuen Entwicklungen im Blick behalten. Zum einen unterfallen Versicherungsunternehmen selbst dem Anwendungsbereich der – gleichwohl noch zu verabschiedenden und ins nationale Recht umzusetzenden – Green Claims Directive. Zum anderen stellt sich bei der zu erwartenden Zunahme von Inanspruchnahmen wegen irreführenden Nachhaltigkeits- und Umweltaussagen die Frage, inwieweit die (Produkt-)Haftpflichtpolicen der betroffenen Unternehmen angesprochen sind oder es neuer Deckungskonzepte bedarf. Zumindest dem originären Anwendungsbereich der AHB sowie der ProdHM dürften die kaufrechtlichen Inanspruchnahmen dabei nicht unterfallen. Denkbar erscheinen aber Konstellationen, in denen – wie etwa bei dem Einbau vermeintlich „grüner“ Erzeugnisse in Gesamtprodukte – die Voraussetzungen der erweiterten Produkthaftpflichtversicherung erfüllt sind.

Interessanter könnte die Green Claims Directive aber für Organe und deren D&O-Versicherer sein, da in der Richtlinie neben Bußgeldregressen auch weitere Sanktionsmaßnahmen vorgesehen sind, die das Haftungsrisiko der Organmitglieder auf erster Ebene und das Deckungsrisiko der D&O-Versicherer auf zweiter Ebene erhöhen.



Dr. Isabelle Kilian

Counsel, Düsseldorf

+49 (0)211 882288 10

isabelle.kilian@clydeco.com



Dr. Behrad Lalani

Senior Associate, Düsseldorf

+49 211 8822 8857

behrad.lalani@clydeco.com

³³ EUR 2023/0085 (COD), Art. 17(3)(c), S.66.



EuGH erleichtert Verhängung von DSGVO-Geldbußen

Am 5. Dezember 2023 fällte der EuGH in den Fällen „Deutsche Wohnen“ (Rs. C-807/21) und „Nacionalinis visuomenės sveikatos centras“ (Rs. 683/21) zum ersten Mal Urteile, die sich mit den Voraussetzungen für die Verhängung von Geldbußen für Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) befassen. Das Ergebnis ist eine erhebliche Absenkung der Voraussetzungen unter denen Datenschutzbehörden DSGVO-Verstöße, wie etwa unzulässige Verarbeitung personenbezogener Daten oder mangelnde Sicherheit der Verarbeitung solcher Daten, sanktionieren können. Gleichzeitig ermöglicht es der EuGH den Behörden, deutlich höhere Geldbußen zu verhängen.

Hintergrund

Die Fragen, unter welchen Voraussetzungen Geldbußen für Datenschutzverstöße gegen Unternehmen verhängt werden können und die Höhe der Sanktionen zu berechnen ist, gehört zu den umstrittensten Punkten der DSGVO. Je nach Kategorie des Datenschutzverstößes kann die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde gem. Art. 83 Abs. 4-6 DSGVO Bußgelder von bis zu 10 Mio. EUR bzw. 20 Mio. EUR und im Fall eines Unternehmens von bis zu 2 % bzw. 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängen, je nachdem, welcher der Beträge höher ist. Ab einem Jahresumsatz von 500 Mio. EUR können Geldbußen gegen Unternehmen daher die fixe Obergrenze von 10 Mio. EUR bzw. 20 Mio. EUR überschreiten. Rekordgeldbußen, wie etwa die 1,2 Mrd. EUR, welche die irische Datenschutzaufsichtsbehörde Data Protection Commission (DPC) auf Druck des Europäischen Datenschutzausschusses gegen die Meta Platforms Ireland Limited verhängt hat, zeigen, dass DSGVO-Bußgelder ein scharfes Schwert sind. Verglichen mit der Höhe möglicher Geldbußen für Verstöße gegen die DSGVO sind die Modalitäten für deren Verhängung jedoch von erschreckend niedriger Granularität.

Der deutsche Gesetzgeber hatte diese Problematik erkannt und parallel zur Geltung der DSGVO in § 41 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geregelt, dass für Verstöße nach Artikel 83 Abs. 4-6 DSGVO die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) sinngemäß gelten, soweit das BDSG nichts anderes bestimmt. § 30 OWiG, der in Deutschland Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen regelt, wurde nicht von der Geltung ausgenommen. Dies erschien nur folgerichtig, da die DSGVO keinerlei Regelungen dazu enthält, unter welchen konkreten Voraussetzungen ein Bußgeld

gegen ein Unternehmen verhängt werden kann. Insbesondere regelt die DSGVO nicht, wann die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestands durch eine für ein Unternehmen handelnde natürliche Person diesem Unternehmen zugerechnet werden kann. Diese unter rechtstaatlichen Gesichtspunkten sehr bedenkliche Regelungslücke wurde durch den § 41 BDSG geschlossen. Eine Sanktionierung von Unternehmen ist nach § 30 OWiG nur dann möglich, wenn der Verstoß über das schuldhaftes Fehlverhalten einer Leitungsperson, und sei es nur durch Unterlassung und Aufsichtspflichtverletzung, zugerechnet werden kann. Ob und inwieweit § 41 Abs. 1 BDSG europarechtskonform ist, war jedoch nicht nur in der rechtswissenschaftlichen Literatur, sondern auch in der Rechtsprechung sehr umstritten.

Der Fall „Deutsche Wohnen“

Im Fall Deutsche Wohnen kam es zum Schwur, ob § 30 OWiG für die Verhängung von DSGVO-Geldbußen gilt oder nicht. Die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (Berliner BfDI) verhängte gegen die Deutsche Wohnen SE für angebliche Verstöße gegen Art. 5, 25 DSGVO sowie Art. 6 Abs. 1 DSGVO im Zusammenhang mit der unterlassenen Löschung personenbezogener Mieterdaten Geldbußen von rund 14,5 Mio. EUR. Hierbei ließ die Behörde unter Verweis auf das unionskartellrechtliche Funktionsträgerprinzip die Voraussetzungen des § 30 OWiG außer Acht und verhängte die Geldbußen direkt gegen die Deutsche Wohnen SE als Betroffene, nicht als Nebenbeteiligte im Sinne des OWiG. Der Bußgeldbescheid enthielt zudem keinerlei Feststellungen eines vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person, geschweige denn einer Leitungsperson im Sinne des § 30 OWiG. Die Deutsche Wohnen SE legte gegen den Bußgeldbescheid Einspruch ein.

Anders als noch das LG Bonn (Urt. v. 11.11.2020, Az. 29 OWi 1/20) hielt das LG Berlin den § 30 OWiG und das damit verbundene Rechtsträgerprinzip auch für die Verhängung von DSGVO-Geldbußen für anwendbar und erklärte den Bußgeldbescheid der Berliner BfDI für nichtig, da dieser die Anforderungen des § 30 OWiG mithin nicht ansatzweise erfüllte (LG Berlin, Beschl. v. 18.2.2021, Az. (526 OWi LG) 212 Js-OWi 1/20 (1/20)). Das KG als Rechtsmittelinstanz setzte das Verfahren aus und möchte vom EuGH im Wege der Vorabentscheidung wissen, ob nach dem Unionsrecht eine Sanktion gegen eine juristische Person wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO verhängt werden kann, ohne dass dieser Verstoß zuvor einer natürlichen Person zugerechnet werden muss (KG, Beschl. v. 6.12.2021, Az. 3 Ws 250/21). Zudem fragte das KG, ob das Unternehmen den durch einen Mitarbeiter vermittelten Verstoß schuldhaft begangen haben muss oder, ob es für eine Bebußung des Unternehmens im Grundsatz bereits ein ihm zuzuordnender objektiver Pflichtenverstoß im Sinne einer „strict liability“ ausreicht, um den Antrag der betroffenen Person abzulehnen.

Erste Frage: Juristische Personen können unmittelbar mit Geldbußen sanktioniert werden

Der EuGH hat entschieden, dass Geldbußen nach der DSGVO auch direkt gegen juristische Personen verhängt werden können, sofern die juristische Person als Verantwortlicher im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO handelt, also über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten (mit-)entscheidet. Entgegenstehende mitgliedstaatliche Regelungen, die vorsehen, dass eine Geldbuße wegen eines in Art. 83 Abs. 4-6 DSGVO genannten Verstoßes gegen eine juristische Person in ihrer Eigenschaft als Verantwortliche nur dann verhängt werden kann, wenn dieser Verstoß zuvor einer identifizierten natürlichen Person zugerechnet wurde, sind damit aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts außer Acht zu lassen. Dies gilt auch für § 41 Abs. 1 BDSG i. V. m. § 30 OWiG, da im Rahmen des § 30 Abs. 1 OWiG und auch bei einem selbstständigen Verfahren gegen die juristische Person nach § 30 Abs. 4 OWiG eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit nicht nur irgendeiner für das Unternehmen tätigen Person, sondern sogar einer Leitungsperson festgestellt werden muss.

Künftig können Datenschutzbehörden also Datenschutzverstöße direkt nach der DSGVO und ohne Berücksichtigung des § 30 OWiG bebußen. Im Bußgeldbescheid muss lediglich dargelegt werden, welches Tun oder Unterlassen den Tatbestand des DSGVO-Verstoßes erfüllt und dass der Verstoß in der Sphäre der juristischen Person als Verantwortlichem i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO erfolgt. Dies senkt die Anforderungen gegenüber dem Maßstab des § 30 OWiG erheblich ab, da die Datenschutzbehörde hier die tatsächlich handelnden Personen und verantwortlichen Leitungspersonen und deren Fehlverhalten ermitteln müsste.

Zweite Frage: DSGVO-Geldbußen erfordern Verschulden – aber Anforderungen gering

Obwohl die DSGVO nicht ausdrücklich regelt, dass Geldbußen nur bei Verschulden verhängt werden können, wurde dies in der Praxis nie wirklich bestritten. Die Datenschutzbehörden haben in Bußgeldverfahren bislang immer darauf geachtet, festzustellen, dass auch schuldhaft gehandelt wurde. Relevanter ist die Frage, auf wessen Verschulden im Fall eines Datenschutzverstößes durch eine juristische Person abzustellen ist. Der EuGH hat nunmehr sowohl in „Deutsche Wohnen“ als auch in der aus Litauen vorgelegten Entscheidung „Nacionalinis visuomenės sveikatos centras“ klargestellt, dass Geldbußen nach Art. 83 DSGVO nur dann verhängt werden können, wenn der Verantwortliche – egal ob natürliche oder juristische Person – nachweislich den entsprechenden Datenschutzverstoß vorsätzlich oder zumindest fahrlässig begangen hat.

Allerdings führt der EuGH in beiden Entscheidungen auch aus, dass ein Verschulden bereits dann vorliegt, wenn der Verantwortliche sich über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein konnte, gleichviel, ob ihm dabei bewusst war, dass er gegen die Vorschriften der DSGVO verstößt. Es wird also nicht auf ein Verschulden der tatsächlich handelnden oder unterlassenden Personen abgestellt, sondern im Fall einer juristischen Person, abstrakt auf das Verschulden der juristischen Person. Es wird zudem ausdrücklich klargestellt, dass die Anwendung von Art. 83 DSGVO im Fall einer juristischen Person keine Handlung und nicht einmal eine Kenntnis seitens des Leitungsorgans dieser juristischen Person voraussetzt. Hierbei wird unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung der unionskartellrechtliche Verschuldensmaßstab auf die DSGVO übertragen. Eine juristische Person haftet daher sowohl für Verstöße, die von ihren Vertretern, Leitungspersonen oder Geschäftsführern begangen werden, als auch für Verstöße, die von jeder sonstigen Person begangen werden, die im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit in ihrem Namen handelt.

Die Ausführungen des EuGH zum Verschuldensmaßstab werden in der weiteren Entscheidung vom 5. Dezember 2023, dem Fall „Nacionalinis visuomenės sveikatos centras“ weiter konkretisiert. Hier wird die bußgeldrechtliche Haftung des datenschutzrechtlich Verantwortlichen i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO auch auf die rechtswidrige Verarbeitung personenbezogener Daten erstreckt, die nicht durch den Verantwortlichen selbst erfolgt, sondern durch einen Auftragsverarbeiter i. S. d. Art. 4 Nr. 8 DSGVO. Die Haftung des Verantwortlichen für das Verhalten eines Auftragsverarbeiters sei nur dann ausgeschlossen, wenn der Auftragsverarbeiter personenbezogene Daten für eigene Zwecke verarbeitet hat oder diese Daten auf eine Weise verarbeitet hat, die nicht mit dem Rahmen oder den Modalitäten der Verarbeitung, wie sie vom Verantwortlichen festgelegt wurden, vereinbar ist oder auf eine Weise, bei der vernünftigerweise nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Verantwortliche ihr zugestimmt hätte.

Obiter dictum: Für Bestimmung der Bußgeldobergrenze gilt unionskartellrechtlicher Unternehmensbegriff

Obwohl der unionskartellrechtliche Begriff des „Unternehmens“ aus Art. 101 und 102 AEUV für die konkrete Auslegungsfrage der Haftung dem Grunde nach nicht relevant ist, lässt es sich der EuGH nicht nehmen, quasi per obiter dictum, auch Ausführungen zum Unternehmensbegriff im Zusammenhang mit der Bestimmung der Höhe einer Geldbuße zu machen. Für die Bestimmung des Höchstbetrags einer umsatzbasierten Geldbuße gegen ein Unternehmen von bis zu 2 % bzw. 4 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres sei der Umsatz des „Unternehmens“ im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV als Berechnungsgrundlage heranzuziehen. Dies ist wiederum ein Verweis auf das Unionskartellrecht. Hier wird unter „Unternehmen“ nicht die juristische Person verstanden, die den bußgeldbewehrten Verstoß begangen hat, sondern jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Der Unternehmensbegriff bezeichne somit eine wirtschaftliche Einheit, auch wenn diese aus rechtlicher Sicht aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehe. Folglich kann die juristische Person, die den Verstoß gegen die DSGVO begangen hat, nicht nur auf der Grundlage ihres eigenen Umsatzes mit einer Geldbuße belegt werden, sondern auch auf der Grundlage des Umsatzes ihrer Muttergesellschaft und – je nach Struktur der Unternehmensgruppe, zu der sie gehört – auch auf Grundlage des Konzernumsatzes. Auch wenn – und hier gibt es eine kleine Abweichung vom unionskartellrecht – die Muttergesellschaft nicht direkt für Verstöße ihrer Tochtergesellschaften gegen die DSGVO sanktioniert werden kann, wenn die Muttergesellschaft nicht selbst als für die Verarbeitung Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter beteiligt ist, muss sie unter Umständen dennoch die Rechnung übernehmen, wenn sie gegebenenfalls die Insolvenz der auf Basis des Konzernumsatzes sanktionierten Tochtergesellschaft vermeiden will.

Praktische Auswirkungen der Entscheidung

Die Entscheidungen des EuGH machen es für Datenschutzbehörden einfacher, Geldbußen für DSGVO-Verstöße zu verhängen und geben den Behörden mehr Spielraum hinsichtlich der Höhe der Geldbuße. Da juristische Personen nunmehr direkt für Datenschutzverstöße bebußt werden können, verschiebt sich die Diskussion auf die Frage des Verschuldens. Allerdings zeigt der Blick auf den unionskartellrechtlichen Verschuldensmaßstab, wie leicht gegebenenfalls ein Fahrlässigkeitsvorwurf angenommen werden kann. Hier genügt es, in der Regel für ein Verschulden, wenn irgendeine natürliche Person für das Unternehmen fahrlässig gehandelt hat. Eine Grenze erfährt dies ggf. dort, wo eine Person klar die Grenzen ihrer Funktion überschreitet und dieses Verhalten dem Unternehmen auch nicht anderweitig zuzurechnen ist, etwa durch Billigung. Inwieweit sich

dieser Ansatz auch auf DSGVO-Verstöße übertragen lässt, die deutlich leichter zu begehen sind als Kartellrechtsverstöße bleibt abzuwarten. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich in jedem Fall die Implementierung eines detaillierten und streng überwachten Datenschutz-Compliance-Management-Systems, um als juristische Person im Fall eines DSGVO-Verstoßes durch Beschäftigte in der Lage zu sein, zu argumentieren, dass jedenfalls der juristischen Person als solcher nicht klar war, dass rechtswidriges Verhalten vorlag.

Die Ausführungen des EuGH zur Geltung des unionskartellrechtlichen Unternehmensbegriffs bei der Bestimmung der Obergrenze bei umsatzbasierten Geldbußen, dürften zu einem Anstieg der durchschnittlichen Höhe verhängter Bußgelder bei juristischen Personen führen, die Teil einer wirtschaftlichen Einheit i. S. d. Art. 101, 102 AEUV sind. Auch wenn der Umsatz kein Kriterium bei der konkreten Bemessung der Höhe der Geldbuße ist, bietet eine höhere Obergrenze den Datenschutzaufsichtsbehörden mehr Spielraum. Ob höhere Geldbußen im jeweiligen konkreten Fall auch vor Gericht unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalles Bestand haben werden, muss sich jedoch noch zeigen. Hier muss im jeweiligen Fall entschieden werden, wann eine juristische Person, die nur über ihre Repräsentanten handeln und unterlassen kann tatsächlich schuldhaft gegen die DSGVO verstößt. Auch ist die Anwendung des unionskartellrechtlichen Unternehmensbegriffs bei der Bestimmung der Obergrenze der Geldbuße unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten mehr als fraglich. Beruht dies doch allein auf dem rechtlich nicht verbindlichen Erwägungsgrund 150 der DSGVO und steht in diametralem Widerspruch zum anordnenden Teil der Verordnung, insbesondere mit Blick auf die Definitionen in Art. 4 Nr. 18, Nr. 19 DSGVO und der Gesamtsystematik der DSGVO. All dies hat der EuGH nicht ansatzweise thematisiert.

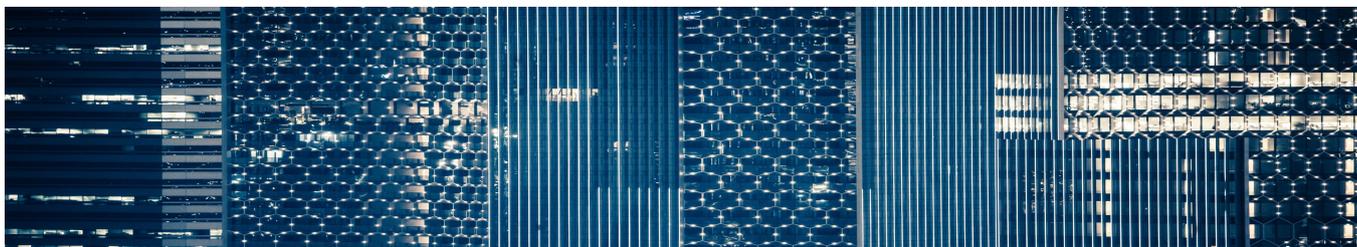


Jan Spittka

Partner, Düsseldorf

+49 211 8822 8863

jan.spittka@clydeco.com



BaFin Hinweise zur Einreichung von Anträgen oder sonstige Anfragen für den Geschäftsbereich Versicherungsaufsicht

Die BaFin hat am 5. Oktober 2023 neue Hinweise zur Kommunikation mit dem Geschäftsbereich Versicherungsaufsicht veröffentlicht¹ und in Bezug auf die Einreichung von Anträgen oder sonstigen Anfragen klare Erwartungen an die Unternehmen zur Vornahme eigener rechtlicher Wertungen formuliert. Das ist eine deutliche Verantwortungsverlagerung, die häufiger als bisher eine frühe Einbindung von Rechtsabteilungen und externen Beratern erfordern wird.

Worum geht es dabei?

Die BaFin erwartet, dass aufsichtsrechtlich relevante Vorhaben künftig bereits vor einer ersten Kontaktaufnahme mit der BaFin durch das Versicherungsunternehmen umfassend aus allen möglichen (rechtlichen) Perspektiven geprüft und dementsprechend Korrespondenz und Anträge frühzeitig angemessen vorbereitet werden. Künftig verlangt die BaFin ausdrücklich eine sich über alle betroffenen Rechtsbereiche erstreckende eigene rechtliche Wertung des antragstellenden Versicherungsunternehmens. Dies rückt die Rechtsabteilungen der Versicherungsunternehmen in den Fokus, auf die ein erheblicher Mehraufwand zukommen dürfte, und wird häufiger als bisher eine intensive Zusammenarbeit mit externen Beratern erfordern.

Erläuterungen

Das Ziel der BaFin ist es grundsätzlich, Antragsverfahren und Verfahren bei sonstigen Anfragen insgesamt effizienter zu gestalten. In ihren Hinweisen zur Einreichung von Anträgen oder sonstigen Anfragen für den Geschäftsbereich Versicherungsaufsicht formuliert die BaFin klare Erwartungen an die (frühe) Vorbereitung und Einreichung von Anträgen und Anfragen.

Sie fordert ausdrücklich, dass die Versicherungsunternehmen eigene Anstrengungen unternehmen, um die Sachverhalte und Anträge so umfassend vorzubereiten, dass die BaFin sämtliche entscheidungserheblichen Informationen unschwer ablesen und zügig entscheiden kann – dies gegebenenfalls unter Hinzuziehung von externen Beratern. Künftig müssen grundsätzlich alle vorzulegenden Unterlagen so gestaltet sein, dass die entscheidungserheblichen Belange deutlich aus ihnen hervorgehen. Die Gründe für die Einreichung und die wesentlichen Aspekte des Antrags bzw. der Anzeige müssen daraus unschwer zu erkennen sein.

Die BaFin erwartet, dass sich Unternehmen künftig bereits vor der ersten Kontaktaufnahme mit der BaFin intensiv und umfassend selbst mit den ihren Anliegen zu Grunde liegenden rechtlichen und aufsichtsrechtlichen Fragestellungen beschäftigen und diese der BaFin zur Verfügung stellen. Im Einzelnen:

1. Vorbereitende Kontaktaufnahme

Unternehmen sollen die BaFin künftig frühzeitig über aufsichtsrechtlich relevante Vorhaben und den anvisierten Zeitplan informieren, insbesondere bei komplexeren Projekten. Bereits der Erstkontakt soll gut vorbereitet sein, indem (i) die unternehmerische Entscheidung über die geplante Maßnahme sowie (ii) deren betriebswirtschaftliche Begründung ausführlich dargestellt werden. Ferner soll sich das Unternehmen bereits in dieser Phase ausführlich insbesondere mit aufsichtsrechtlichen Aspekten des Vorhabens beschäftigen und entsprechende Vorabprüfungen vorgenommen haben.

Da diese erste Vorabprüfung der aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen für die BaFin künftig ein sehr wichtiger Aspekt des Verfahrens sein wird, sollte sie auch mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommen werden, um unnötige Verzögerungen im Prozess zu vermeiden. Unternehmen sollten künftig also schon im Rahmen der ersten Planung eines etwaigen Vorhabens und in Vorbereitung eines ersten Kontakts mit der BaFin ein Augenmerk auf die aufsichtsrechtliche Vorabprüfung legen. Dementsprechend dürfte es ratsam sein, die Rechtsabteilung und gegebenenfalls externe Berater bereits frühzeitig in die Planung zu involvieren.

¹ Grundsätzlich sollen alle Anträge, einzureichenden Unterlagen und auch der übrige Schriftverkehr elektronisch an die Versicherungsaufsicht versendet werden. Sofern gesetzlich die Schriftform vorgesehen ist, bietet die BaFin elektronische Verfahren als rechtswirksamen Ersatz an. So sollen etwa Jahresabschlüsse und Geschäftsberichte, sowie Prüfungsberichte der Wirtschaftsprüfer und das Sicherungsvermögensverzeichnis künftig über die Melde- und Veröffentlichungsplattform (MVP) eingereicht werden.

2. Zeitpunkt der Einreichung

Die BaFin stellt klar, (i) dass die Länge des Prüfungszeitraums maßgeblich von der Qualität der eingereichten Unterlagen abhängt, (ii) dass sie von den Unternehmen größtmögliche Sorgfalt und (iii) eine für Dritte sehr gut nachvollziehbare Strukturierung der Dokumentation erwartet. Der Zeitpunkt der Einreichung hängt folglich von Antragsunterlagen ab und hat so frühzeitig zu erfolgen, dass ausgehend von der Komplexität des Verfahrens und des Umfangs der Unterlagen ein angemessener Prüfungszeitraum bis zur geplanten Umsetzung verbleibt.

Unternehmen müssen also künftig bereits frühzeitig selbst eine umfassende Prüfung des Sachverhalts und des Verfahrens durchführen und mit dem Zusammentragen aller relevanten Unterlagen beginnen. Nur so können sie antizipieren, welche Unterlagen erforderlich sind, möglicherweise noch fehlen und – abhängig davon – wie lange der Prozess bis zu einer Entscheidung der BaFin ungefähr dauern könnte.

3. Inhaltliche Stellungnahme der Unternehmen im Rahmen des Verfahrens

Der wohl wichtigste Aspekt der BaFin-Hinweise ist, dass die BaFin nunmehr ausdrücklich eine sich über alle betroffenen Rechtsbereiche erstreckende eigene rechtliche Wertung des Unternehmens betreffend das jeweilige Anliegen erwartet. Ein besonderer Fokus soll dabei auf (i) den aufsichtsrechtlichen Anforderungen und (ii) entsprechenden Fragestellungen im Zusammenhang mit der Auslegung von Rechtsvorschriften, Rundschreiben, Merkblättern oder sonstigen Veröffentlichungen der BaFin liegen. Unternehmen sollen künftig ausführlich begründen und deutlich kenntlich machen, wenn ihr Anliegen nach ihrer Ansicht etwa ein Abweichen von Mustertexten, Merkblättern oder Mindestanforderungen erfordert. Für einfach gelagerte Fälle stellt die BaFin ein Musterformular zur Verfügung ([hier](#) abrufbar). In komplexeren Fällen kann es erforderlich sein, im Rahmen eines Gesprächs der BaFin das Anliegen zusammen mit den aufsichtsrechtlichen Erwägungen ausführlich vorzustellen.

Dieser Punkt ist der wohl bemerkenswerteste Aspekt der BaFin-Hinweise, da es eine so klare Verantwortungszuteilung auf die Versicherungsunternehmen bisher nicht gab.

Künftig müssen sich die Unternehmen also intensiv selbst mit den (rechtlichen) Rahmenbedingungen ihrer jeweiligen Vorhaben auseinandersetzen. In der Praxis kann dies zumeist über die unternehmenseigenen Rechtsabteilungen abgedeckt

werden, die dadurch noch stärker in den Fokus rücken, und auf die dadurch wohl erheblich mehr Aufwand zukommen wird.

Aber auch die Beauftragung von externen Beratern wird den Unternehmen nahegelegt: Die BaFin stellt ausdrücklich klar, dass es auch erforderlich sein kann, bestimmte rechtliche Themen, etwa komplexe Fragestellungen und Sachverhalte, durch Rechtsgutachten externer Berater prüfen und bewerten zu lassen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die BaFin nur in einem eingeschränkten Maß die individuelle personelle Ausstattung des jeweiligen Unternehmens berücksichtigt. Die Erwartungen der BaFin hinsichtlich (Vorab-)Prüfung und Kommunikation bezieht sich daher ausdrücklich auf alle Unternehmen und Gruppen unabhängig von ihrer Größe.

Nur in Ausnahmefällen wird folglich ein Abweichen zu erwarten sein. Es ist wohl davon auszugehen, dass es nicht mehr genügen wird, eine unterbliebene oder unzureichende Prüfung oder Dokumentation damit zu rechtfertigen, ein Unternehmen habe keine ausreichenden eigenen Kapazitäten. Wo nicht genügend Kapazitäten für eine eigene umfassende (rechtliche) Prüfung vorhanden sind, werden die Unternehmen externe Berater beauftragen müssen, die die entsprechende rechtliche Prüfung für sie durchführen und die Anträge vorbereiten. Dies sollte insbesondere bei der Planung künftiger Vorhaben beachtet werden.

Fazit

Künftig wird es also zwingend erforderlich sein, das Projektmanagement so zu strukturieren, dass das geplante Vorhaben bereits vor einer ersten Kontaktaufnahme mit der BaFin umfassend aus allen möglichen (rechtlichen) Perspektiven geprüft und dementsprechend Korrespondenz und Anträge frühzeitig angemessen vorbereitet werden, um einen reibungslosen Prozessablauf zu gewährleisten und die Umsetzung von Vorhaben sicherzustellen. Diese Neuerungen sind herausfordernd, beinhalten allerdings durchaus positive Aspekte.

Für Versicherungsunternehmen, insbesondere ihre Rechtsabteilungen (gegebenenfalls unter Hinzuziehung externer Berater), bedeuten die ausdrücklich formulierten Erwartungen zwar einen deutlichen Mehraufwand und damit einhergehend auch eine Verlagerung der Verantwortung auf die Unternehmen selbst. Allerdings dürfte es auch im Interesse der Versicherungsunternehmen sei, wenn Antragsprozesse und Verfahren im Sinne eines effizienten Verfahrens bereits frühestmöglich umfassend geprüft und vorbereitet werden.

Hier wird der Fokus künftig auf den unternehmenseigenen Rechtsabteilungen und externen Beratern liegen, die gemeinsam nunmehr verstärkt die Protagonisten dabei sein werden, geplante Vorhaben bei der BaFin (soweit aus rechtlicher Perspektive möglich) zum Erfolg zu führen.

Zu bedenken ist auch, dass es bei so allgemein formulierten Aufgaben und Anforderungen wie in den neuen BaFin Hinweisen unter Umständen schwierig sein wird, diese ad hoc zur Zufriedenheit der BaFin auszuführen. Hier dürfte zunächst eine Art „Trial & Error Phase“ zu erwarten sein, bis sich herauskristallisiert, wie und mit welchem Aufwand den neuen BaFin-Anforderungen unternehmensseitig Genüge getan werden kann.

Nicht zu unterschätzen ist dabei die Chance, die darin liegt, dass die rechtliche Prüfung nunmehr maßgeblich auf der Unternehmensseite liegt: Indem den Unternehmen die Verantwortung obliegt, sich mit ihrem eigenen Antrag umfassend zu beschäftigen und diesen aus allen (rechtlichen) Blickwinkeln zu prüfen und der BaFin diese finale und umfassende Prüfung darzulegen – salopp gesagt zunächst „den Ton anzugeben“ – erhalten die Unternehmen eine deutlich bessere Gelegenheit, der BaFin ihre eigene Position und ihre eigene Sichtweise zu präsentieren. Mit Blick auf (zumeist komplexe) Sachverhalte, für die es möglicherweise (noch) keine eindeutige Lösung gibt, erhalten die Unternehmen die Möglichkeit, mit der Aufsicht in den Dialog zu treten und womöglich gemeinsam eine sachgerechte Lösung zu entwickeln und damit die versicherungsaufsichtsrechtliche Landschaft mitzugestalten. Dies dürfte ein durchaus begrüßenswerter Nebeneffekt sein.

Wir sind jedenfalls sehr gespannt, zu welchen Ergebnissen und Entwicklungen die neuen BaFin-Anforderungen führen werden, und unterstützen Sie sehr gerne bei Ihren eigenen Vorhaben – kommen Sie gerne jederzeit auf uns zu.



Dr. Andreas Börner

Partner, München

+49 89 24442 0102

andreas.boerner@clydeco.com



Ena Kurbegovic

Senior Associate, München

+49 89 24442 0110

ena.kurbegovic@clydeco.com

Statt doppelter Widerrufsbelehrung: Zeitliche Entkopplung zwischen Verbraucherdarlehen und Restschuldversicherung

Das Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (**Zukunftsfinanzierungsgesetz**)¹ ist am 17. November 2023 vom Bundestag in dritter Lesung verabschiedet worden. Es enthält mit Wirkung zum 1. Januar 2025 unter anderem einige wichtige Änderungen in Bezug auf die Restschuldversicherung. Sie kann danach nicht mehr gleichzeitig mit dem dazugehörigen Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag abgeschlossen werden. Diese Änderung soll sowohl für Einzel- als auch für Gruppenversicherungen gelten.

Hintergrund der Änderungen des VVG

Bereits seit 2018 sieht das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) eine zweite Widerrufsbelehrung für Restschuldversicherungen vor, die als Nebenprodukt oder Teil eines Pakets verkauft werden (§§ 7a Abs. 5, 7d VVG). Die zweite Widerrufsbelehrung muss dem Versicherungsnehmer bzw. der versicherten Person zusammen mit dem Informationsblatt zu Versicherungsprodukten (IPID) frühestens eine Woche nach der Abgabe ihrer Vertragserklärung zugehen.

Die derzeitige Regierungskoalition wollte jedoch den Schutz durch eine „vollständige Entkopplung“ verstärken, wie sie in einigen anderen Ländern bereits vorgesehen ist.

Einführung einer zeitlichen Entkopplung von Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag und Restschuldversicherung

Dementsprechend sieht die Neufassung des § 7a Abs. 5 VVG vor, dass der Versicherer eine Restschuldversicherung, die sich auf einen Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag bezieht, erst abschließen darf, wenn der Verbraucher seine Vertragserklärung frühestens eine Woche nach Abschluss des zugehörigen Darlehensvertrags abgegeben hat. Andernfalls ist die Restschuldversicherung nichtig. Das Gesetz enthält keine genauen Angaben darüber, wie der Restschuldschutz so angeboten werden kann, dass eine Annahme erst nach Ablauf der Mindestwartezeit möglich ist. In jedem Fall unterliegt die Restschuldversicherung weiterhin dem üblichen gesetzlichen Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers (§ 8 VVG), ggf. auch unter Berücksichtigung der Modifikationen bei einer Querverkauf-Konstellation. Die bisherige zweite Widerrufsbelehrung des § 7a Abs. 5 VVG

entfällt. Das in der Anlage zum VVG enthaltene Muster für die Widerrufsbelehrung wird entsprechend geändert.

Der Anwendungsbereich des neuen § 7a Abs. 5 VVG ist auf Restschuldversicherungen beschränkt, die im Rahmen von Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen abgeschlossen werden. Die bisherige Fassung des § 7a Abs. 5 VVG gilt dagegen auch für Nicht-Verbraucher-Restschuldversicherungen.

Die Sanktion für die Nichteinhaltung der Mindestentkopplungsfrist ist denkbar drastisch: § 7a Abs. 5 Satz 2 VVG ordnet die anfängliche Nichtigkeit der Restschuldversicherung an, ohne dass es einer zusätzlichen Erklärung des Versicherungsnehmers oder der versicherten Person bedarf. Das Versicherungsverhältnis muss dann nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen rückabgewickelt werden. Dies kann schwierige Fragen aufwerfen, insbesondere wenn ein Versicherungsfall bereits eingetreten ist. Dabei kann nicht einmal ausgeschlossen werden, dass der Verbraucher in bestimmten Situationen trotz der Unwirksamkeit der Restschuldversicherung einen quasi-vertraglichen Anspruch auf Leistungen hat. Auch die Wechselwirkung von Defiziten bei der Widerrufsbelehrung und der (ggf. unerkannten) Unwirksamkeit der Restschuldversicherung dürfte zu Fragen führen.

¹ Drucksache 20/9363, Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksachen 20/8292, 20/8675, 20/8819 Nr. 10 -, Entwurf eines Gesetzes zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen, 15. November 2023.

Marktreaktionen auf die Neuregelung

Einige Marktteilnehmer, darunter der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (**GDV**), haben sofort erhebliche Bedenken gegen die zeitliche Entkopplung geäußert.

Das Argument des GDV und anderer Branchenverbände ist ein ggf. europarechtswidriger Widerspruch des neuen § 7a Abs. 5 VVG zu der ab 2025 umzusetzenden Neufassung der Verbraucherkreditrichtlinie². Deren Artikel 14 Abs. 1 sieht ohne weitere Details oder Beschränkungen vor, dass die Mitgliedstaaten Bündelungsgeschäfte erlauben.

Die neue Verbraucherkreditrichtlinie enthält nur ein Verbot von Kopplungsgeschäften. Das bedeutet jedoch nur, dass der Abschluss der vom Kreditgeber bevorzugten Restschuldversicherung nur dann zwingend verlangt werden darf, wenn der Verbraucher die Möglichkeit hat, sich für eine alternative Versicherung zu entscheiden als diejenige, die der Kreditgeber zusammen mit dem Verbraucherkredit vermittelt, und ihm zum Vergleich alternativer Versicherungsangebote mindestens drei Tage Zeit eingeräumt werden, ohne dass dies Auswirkungen auf die Bedingungen des angebotenen Darlehens hat. Diese differenzierte Lösung ignoriert das Zukunftsfinanzierungsgesetz und verbietet die (nicht-optionale) Koppelung in dem neuen § 492a Abs. 1a BGB uneingeschränkt.

Die Bündelung betrifft dagegen den optionalen Abschluss einer Restschuldversicherung. Diese Bündelung würde nach der Neufassung des § 7a Abs. 5 VVG jedenfalls in praktischer Hinsicht noch stärker erschwert, als es nach der Verbraucherkreditlinie für eine (nicht-optionale) Kopplung vorgesehen wäre. So würde der Verbraucherdarlehensvertrag in der Regel Vereinbarungen zur Finanzierung der Prämie enthalten, obwohl weder der Abschluss noch die Wirksamkeit der Restschuldversicherung sicher sind. Es ist deshalb durchaus denkbar, dass es im weiteren Verlauf noch zu Änderungen der Neuregelung kommt, bevor sich deutsche und europäische Gerichte mit den zu erwartenden Unsicherheiten beschäftigen müssen.



Dr. Andreas Börner

Partner, München

+49 89 24442 0102

andreas.boerner@clydeco.com



Victor Gontard

Senior Associate, München

+49 89 24442 0112

victor.gontard@clydeco.com

² Richtlinie (EU) 2023/2225 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 2008/48/EG.



Ausforschung durch die Hintertür? - EuGH zum Auskunftersuchen für datenschutzfremde Zwecke

Am 26. Oktober 2023 fällte der Europäische Gerichtshof (EuGH) eine wichtige Entscheidung ([C-307/22 - FT Copies du dossier médical](#)) zum Auskunftsanspruch nach Artikel 15 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Die Kernfrage, die der EuGH zu entscheiden hatte, war, ob Verantwortliche eine Kopie personenbezogener Daten auch für datenschutzfremde, aber ansonsten legitime Zwecke zur Verfügung stellen müssen. Dies ist in der Praxis besonders wichtig, da die Betroffenenrechte oft genutzt werden, um Beweise in datenschutzfremden Rechtsstreitigkeiten zu erlangen. Versicherer sind hiervon überproportional betroffen.

Hintergrund

In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte ein Patient von seinem Zahnarzt die Kopie seiner Patientenakte verlangt, um gegen ihn wegen eines möglichen Behandlungsfehlers rechtliche Schritte einzuleiten. Da die Auslegung der DSGVO und des nationalen Rechts vor dem Hintergrund für die Entscheidung relevant war, hat der Bundesgerichtshof (BGH) dem EuGH am 10. Mai 2022 im Wesentlichen folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist ein Verantwortlicher verpflichtet, einem Betroffenen eine Kopie seiner personenbezogenen Daten zur Verfügung zu stellen, auch wenn mit dem Auskunftsbegehren legitime, aber datenschutzfremde, Zwecke verfolgt werden?
2. Ist ein Verantwortlicher verpflichtet, eine solche Kopie kostenlos zur Verfügung zu stellen, auch wenn eine nationale Vorschrift, die bereits vor dem Inkrafttreten der DSGVO galt, etwas anderes vorschreibt?
3. Ist der Anspruch auf Zurverfügungstellung einer Kopie der personenbezogenen Daten im Arzt-Patienten-Verhältnis so auszulegen, dass er die Patientenakte umfasst?

Erste Frage: Die oft übersehene eingeschränkte Prüfungscompetenz des EuGH

In Bezug auf die erste Frage bestätigte der EuGH, dass der Antrag der betroffenen Person auf Auskunft nicht mit der Begründung abgelehnt werden kann, dass die betroffene Person datenschutzfremde Zwecke verfolgt – sofern der Betroffene nicht rechtsmissbräuchlich gemäß Artikel 12 Absatz 5 der DSGVO handelt. Gemäß Erwägungsgrund 63 zur DSGVO sind datenschutzbezogene Zwecke solche, die es dem Betroffenen ermöglichen, „sich der Verarbeitung bewusst zu sein und deren Rechtmäßigkeit überprüfen zu können“ – nicht mehr und nicht weniger.

Zunächst – und das wird in der Diskussion des Urteils oft übersehen – ist wichtig, dass der Umfang der Prüfung durch den EuGH sehr begrenzt war. Der BGH hatte nämlich bereits zuvor festgestellt, dass der konkrete Zweck des Antrags der betroffenen Person, nämlich die Prüfung des Bestehens arzthaftungsrechtlicher Ansprüche, nicht rechtsmissbräuchlich war. Daher konnte der EuGH nicht entscheiden, ob die Anfrage rechtsmissbräuchlich war und ob sie aus genau diesem Grund hätte abgelehnt werden können. Deshalb folgt aus dem Urteil auch nicht, dass Auskünfte für alle Zwecke erteilt werden müssen, auch wenn diese datenschutzfremd sind. Im Gegenteil: Wenn der Zweck an sich schon missbräuchlich ist, kann das Auskunftersuchen gemäß Artikel 12 Absatz 5 DSGVO abgelehnt werden.

Da im vorliegenden Fall offenbar keine anderen Krankenunterlagen zur ärztlichen Behandlung als die Patientenakte vorhanden waren und der Kläger unter § 630g des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) auch grundsätzlich einen Anspruch auf Einsicht und Abschrift hat, ist fraglich, ob die Entscheidung auf andere Schadensersatzansprüche übertragen werden kann, bei denen auch andere Informationen und Unterlagen vorhanden sind. Dies ist insbesondere dann weiterhin fraglich, wenn der Anspruchsteller keinen dem § 630g BGB entsprechenden Anspruch hat.

Darüber hinaus wies der EuGH in seinem Urteil darauf hin, dass weder der Wortlaut von Artikel 12 Absatz 5 DSGVO noch der von Artikel 15 Absätze 1 und 3 DSGVO vorsieht, dass Betroffene ihre Anfragen begründen müssen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Verantwortliche jede Anfrage kommentarlos oder ohne jegliche Rückfragen hinnehmen müssen. Aus Erwägungsgrund 63 Satz 7 geht nämlich hervor, dass in Fällen, in denen „der Verantwortliche eine große Menge von Informationen über die betroffene Person [verarbeitet] so sollte er verlangen können, dass die betroffene Person präzisiert, auf welche Information oder welche Verarbeitungsvorgänge sich ihr Auskunftersuchen bezieht, bevor er ihr Auskunft erteilt“. In solchen Fällen ist es also wichtig, dass die Aufforderung zur Spezifizierung der Auskunft rechtskonform formuliert wird. Es ist zudem anzumerken, dass der Verantwortliche in Fällen, in denen die betroffene Person ihren Antrag von sich aus begründet, diese Begründung verwenden können, um den Antrag der betroffenen Person abzulehnen.

Zweite Frage: Der Verantwortliche muss die erste Kopie kostenlos zur Verfügung stellen, für weitere Kopien können jedoch Kosten berechnet werden

Zur zweiten Frage des BGH stellte der EuGH fest, dass nach Artikel 23 Absatz 1 Buchstabe i DSGVO die Rechte des Betroffenen grundsätzlich durch nationale Rechtsvorschriften, die vor Inkrafttreten der DSGVO erlassen wurden, eingeschränkt werden können. In diesem Fall ging es um § 630g BGB. Dieser sieht vor, dass ein Patient unter bestimmten Umständen Abschriften seiner Patientenakte verlangen kann, allerdings hat er dem Behandelnden die Kosten zu erstatten. Dies unterstreicht noch einmal, dass es in dem Fall wenig um das „Ob“ der Einsicht und Erhalt einer Kopie ging, sondern um die Kostenfrage.

Der EuGH hat nun entschieden, dass der Verantwortliche verpflichtet ist, eine „erste Kopie“ der personenbezogenen Daten unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, d. h. die betroffene Person muss die Kosten nicht erstatten. Für alle weiteren Kopien oder in Fällen, in denen die betroffene Person bereits eine Kopie ihrer Informationen haben sollte (z. B. Antragsformulare), bleibt dies offen.

Dritte Frage: Klarstellung, wann eine „Kopie“ auch Fotokopien von Dokumenten umfasst

Bei der Beantwortung der dritten Frage bekräftigt der EuGH die Aussagen eines früheren Urteils vom 4. Mai 2023 ([EuGH C-487/21 - Österreichische](#)

[Datenschutzbehörde und CRIE](#)). Darin entschied der EuGH, dass der Begriff „Kopie“ in Artikel 15 Absatz 3 DSGVO so auszulegen ist, dass der betroffenen Person eine „originalgetreue und verständliche Reproduktion“ ihrer personenbezogenen Daten zur Verfügung zu stellen ist. Dabei muss es sich jedoch nicht unbedingt um eine Kopie von ganzen Dokumenten handeln. Vielmehr ist eine solche „Kopie von Auszügen aus Dokumenten oder gar von ganzen Dokumenten“ nur zur Verfügung zu stellen, „wenn die Zurverfügungstellung einer solchen Kopie unerlässlich ist, um der betroffenen Person die wirksame Ausübung [ihrer] Rechte zu ermöglichen, wobei insoweit die Rechte und Freiheiten anderer zu berücksichtigen sind“.

Der EuGH hat nun klargestellt, dass dies im Rahmen eines Arzt-Patienten-Verhältnisses auch die Patientenakte eines Patienten umfassen kann. Nach Ansicht des Gerichtshofs musste im vorliegenden Fall insbesondere die „Sensibilität der personenbezogenen Gesundheitsdaten“ berücksichtigt werden, was auf andere Fallkonstellationen und Datenkategorien nicht immer übertragen werden kann. Darüber hinaus sei eine Zusammenfassung oder Auswahl der zur Verfügung zu stellenden Daten nicht ausreichend, wenn dadurch die Gefahr besteht, „dass bestimmte relevante Daten ausgelassen oder unrichtig wiedergegeben werden“. Bei richtiger Vorgehensweise der Zusammenstellung der Daten besteht dieses Risiko also nicht.

Praktische Auswirkungen der Entscheidung: Es bleibt spannend

In letzter Zeit häufen sich die Fälle, in denen Betroffene versuchen, Kopien ihrer personenbezogenen Daten über Artikel 15 DSGVO zu erhalten, um so weitere, datenschutzfremde Ansprüche vorzubereiten. Deutsche Gerichte neigen jedoch dazu, solche Ansprüche abzulehnen (siehe z. B. [Oberlandesgericht Nürnberg, Urteil vom 14. März 2022, Aktenzeichen 8 U 2907/21](#)).

Obwohl der EuGH in dem konkreten Urteil und auf den ersten Blick zugunsten des Klägers entschieden hatte, ist sehr zweifelhaft, ob dieses Urteil auf andere Fälle übertragen werden kann. Insbesondere die Frage, wann das Auskunftsbegehren einer betroffenen Person rechtsmissbräuchlich ist, wurde vom EuGH nicht beantwortet, da seine Prüfungscompetenz bereits im Voraus durch den BGH eingeschränkt wurde. Ein Rechtsmissbrauch kann daher auch weiterhin dann vorliegen, wenn der Anspruchsteller versucht, über Art. 15 DSGVO an Informationen für datenschutzfremde Zwecke zu gelangen, auf die er ansonsten keinen Anspruch hätte.

Anders als viele unmittelbar nach dem Urteil angenommen haben, muss den Betroffenen auch weiterhin nicht in jedem Fall eine Kopie von Dokumenten zur Verfügung gestellt werden, wenn mit dem Auskunftsbegehren datenschutzfremde, aber legitime Zwecke verfolgt werden. Für Versicherer ist es daher wichtig, jede Anfrage im Einzelfall zu prüfen, insbesondere in Fällen, in denen ein Betrugsrisiko vermutet und geprüft wird. Nur so kann verhindert werden, dass keine missbräuchlichen Anfragen beantwortet werden. Da der EuGH die zugrundeliegende Frage nicht abschließend klären konnte, bleibt die Ablehnung von Auskunftsbegehren auch in Zukunft weiter spannend.



Jan Spittka

Partner, Düsseldorf

+49 211 8822 8863

jan.spittka@clydeco.com



Florian Emmerich

Associate, Düsseldorf

+49 211 8822 8828

florian.emmerich@clydeco.com



Daniel Nguyen

Associate, Düsseldorf

+49 211 8822 8861

daniel.nguyen@clydeco.com



New tax regime for French reinsurance captives

The German (*Gesamtverband der versicherungsnehmenden Wirtschaft (GVNW)*) recently expressed in an article published in the specialized press of the German insurance¹ industry its wish for an increase in the number of (re)insurance captives on the German market, criticising the hurdles generally associated with the establishment of intra-group risk carriers in Germany. Beyond jurisdictions usually considered particularly favourable to captives, such as Luxembourg and Malta, the GVNW expressed particular interest in recent developments in France. According to local experts, recent amendments to the tax regime applicable to French reinsurance captives have already succeeded in slightly increasing the attractiveness of these structures in France.

Why more captives?

Captives are usually established as subsidiaries of companies or group of companies to provide risk-carrying capacity on an intra-group basis. This notably allows benefitting from tailor-made insurance protection and obtain coverage beyond the capacity of the traditional insurance market. In addition to reducing operating costs, a (re)insurance captive also has the advantage of improving the cash flow position of its group or parent companies by allowing them to retain financial capacity normally devoted to external insurers. However, (re)insurance captives come with a regulatory burden, as they are – at least in the EU/EEA – largely subject to the same regulatory supervision and authorization requirements as traditional (re)insurance companies.

Facing a tense economic and geopolitical context or insufficient market capacities, companies and groups are increasingly looking for alternatives to classical insurance solutions and interest for captives is logically growing. However, the GVNW considers hurdles to setting up a captive in Germany high, with the country playing “practically no role as a location for new captives”¹, unlike Luxembourg or Ireland for instance. Whilst about 50 captives out of 6,000 worldwide are owned by or have a stake in German companies, only a few are based in Germany. Indeed, only eight captives are supervised by the German financial supervisory authority (**BaFin**), including the (re)insurance captives of BASF, Bayer, and Lufthansa². Several captives are thus based in other jurisdictions with a more favourable legislation, first and foremost Luxembourg.

France’s new tax regime for reinsurance captives

The background for the French tax reform which drew the attention of the GVNW was a general deterioration of insurance coverage of French companies. The French legislator noted that this situation was essentially due both to the emergence of new risks (e.g., cyber risks) and deteriorating market conditions (increasing prices and deductibles, refusal by insurers to cover certain risks).

Another aspect was the introduction of a tax regime likely to reattract captives in France, considering that the observation made in France was the same as in Germany: French companies and groups were already covering part of their risks via captive structures, although in most cases these were domiciled in jurisdictions with a more attractive legal and/or tax framework, such as Luxembourg, the Netherlands, or Switzerland³.

Against this background, the French Finance Act for 2023⁴ and its application decree⁵ amended the French Insurance Code (code des assurances), introducing a “resilience provision” (*provision pour résilience*⁶), enabling long-term provisions to be constituted on a tax-free basis and available to offset future shortfall in underwriting results. This provision is exclusively intended to apply to reinsurance captives authorized as reinsurance undertakings by the French supervisory authority (Autorité de contrôle Prudentiel et de Résolution, ACPR), owned by a company other than a “financial undertaking”, and whose purpose is to provide reinsurance cover exclusively for business risks of undertakings other than financial undertakings.

¹ Versicherungsmonitor, Industrie will mehr Captives in Deutschland, Patrick Hagen, 11. September 2023.

² Ibid.

³ GDV, Die Neuvermessung der Risiken, Karsten Röbisch, 7. September 2023

⁴ Report on behalf of the Committee on finance, general economy and budgetary control, Assemblée nationale, 2nd reading, Finance Bill for 2023 (n° 598), Jean-René Cazeneuve.

⁵ Loi 2022-1726 du 30 décembre 2022 de finances pour 2023 (« Finance Bill for 2023 »).

⁶ Décret 2023-449 du 7 juin 2023.

“Resilience provisions” may already be constituted by French captives with effect from financial years beginning on or after 1 January 2023. Annual allocations to “resilience provisions” that have not been used for their intended purpose within fifteen years are deducted from taxable profits in the sixteenth year following the year in which they were constituted. This 15-year recovery period offers a fairly long deductibility period which could prove welcome considering that captive reinsurance portfolios are generally poorly diversified⁷.

This provision is however limited to certain risk categories relating to (i) damages to professional and agricultural property, (ii) natural disasters, (iii) general civil liability, (iv) pecuniary losses, (v) damage and pecuniary losses resulting from damage to information and communication systems, and (vi) transport.

This scope seems to have been designed to appropriately cover areas where market capacities are getting too limited or cover conditions are deteriorating (e.g., cyber or natural perils), although some market players consider it very broad⁸ as going beyond operations typically difficult to insure and for which alternatives to classical insurance solutions are generally sought.

An approach to be replicated?

Although rightly pointed out as a noteworthy development, this new tax regime remains limited to reinsurance captives meaning that there are only relevant where a company gets cover from a primary insurer (so-called fronter) which in turn reinsures itself with a captive.

Furthermore, such developments are also to be put into perspective with the specificities of the French market.

First, France grants extensive access to its market to reinsurance companies based in third countries⁹, subject to certain conditions (for example regarding collateral for technical provisions)¹⁰. In this context, access to the reinsurance capacity of third countries is facilitated in France, which may explain why this reform was also presented in the parliamentary discussions as a matter of economic sovereignty¹¹.

Furthermore, this reform introduces some flexibility where the regime applicable to equalization reserves in France (which also applies to captives) remains one of the most restrictive across the European Union. For example, allocations to the equalization reserves are limited to 75% of the technical profit for each category

of risk concerned¹². No such limitation exists under German accounting rules. The creation of a “resilience provision” for reinsurance captives could therefore prove a particularly welcome addition to the regime of equalization reserves in a context of increasing major risks (e.g., natural perils).

This reform can be arguably seen as having been tailored to respond to certain specificities of the French insurance sector. It remains that this recent development has attracted the attention of the GVNW in Germany, where the attractiveness of setting up captives remains low. One of the issues frequently raised by German market players in this respect is the lack of an appropriate framework for the creation of captives, even though tough market conditions are driving interest in these structures. The introduction of the “resilience provision” mechanism in France seems to have already improved the country’s attractiveness¹³, although it is still too early to say whether this goes beyond the stated objective of re-attracting captives from French groups back to France and makes France a generally attractive jurisdiction for groups based in other European countries.



Victor Gontard

Senior Associate, München

+49 89 24442 0112

victor.gontard@clydeco.com

⁷ Section R. 343-8, 12 bis of the French Insurance Code.

⁸ APREF, Commissions Réglementaire et Financière & Juridique et Conformité, Comprendre le nouvel environnement des captives de réassurance en France, June 2023.

⁹ Ibid.

¹⁰ Section L310-1-1 (III) (3) of the French Insurance Code.

¹¹ See for instance Section R332-3-3 of the French Insurance Code.

¹² Report on behalf of the Committee on finance, general economy and budgetary control, Assemblée nationale, 2nd reading, Finance Bill for 2023 (n° 598), Jean-René Cazeneuve.

¹³ Section 16A of Annex II to the French General Tax Code.



Rechtsprechungsklassiker Teil 4

Beschluss des Bundesgerichtshofs vom
21.09.2011
(Az. IV ZR 38/09) – „Heros II“

I. Einleitung

Die D&O-Versicherung hat sich als Versicherungsprodukt im Markt auch deshalb etabliert, weil diese Versicherung den größtmöglichen Schutz für das private Vermögen von Vorständen und Aufsichtsräten sowie von Managern und leitenden Angestellten bieten soll und auf diese Weise die Haftungsrisiken minimiert, die eine herausgehobene Tätigkeit im Unternehmen mit sich bringt. Ein bestehender Versicherungsvertrag allein gibt aber keine Gewähr für die Leistungspflicht des Versicherers im Schadenfall. Haben sich der Versicherungsnehmer oder ein Versicherter vertragswidrig verhalten, kann der Versicherer zum Mittel der Vertragsanfechtung wegen arglistiger Täuschung greifen. Weil die erfolgreiche Anfechtung die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags von Anfang an nach sich zieht und dann als Anfechtungsfolge alle Versicherungsansprüche, auch für eingetretene Versicherungsfälle¹, entfallen, droht den Versicherten und ihrem Versicherungsschutz ein maximales Risiko. Wie hoch das Risiko ist, zeigt sich auch darin, dass der Versicherer einen Versicherungsvertrag, an dem er wegen eines arglistigen Verhaltens seines Versicherungsnehmers nicht festhalten möchte, selbst dann über die Arglistanfechtung vollständig aus der Welt schaffen kann, wenn er zuvor sein Rücktrittsrecht nach § 19 VVG in seinen Allgemeinen Versicherungsbedingungen ausgeschlossen oder sogar auf die Geltendmachung seiner Leistungsfreiheit gegenüber den gutgläubigen Versicherten verzichtet hat².

Das Anfechtungsrecht greift ein, wenn solche Tatsachen arglistig verschwiegen oder bewusst falsch dargestellt werden, deren Kenntnis nötig ist, damit der Versicherer, die mit dem Abschluss des Vertrages verbundene Risiken realistisch einschätzen kann. Da eine arglistige Täuschung auch durch Unterlassen möglich ist, kommt eine Anfechtung in Betracht, wenn der Versicherungsnehmer seine vorvertraglichen Anzeigepflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt, indem er vertragsrelevante Tatsachen verschweigt, obwohl gegenüber dem Versicherer eine Offenbarungspflicht bestand³. Um die Personen, denen kein vertragswidriges Verhalten vorgeworfen wird, im Anfechtungsfall vor den Folgen der drohenden Vertragsnichtigkeit effektiv zu schützen und die als ungerecht empfundene Schicksalsgemeinschaft aller mitversicherten Personen aufzulösen⁴, werden Vertragsklauseln verwendet, die als qualifizierte Severability-Klauseln („full severability clauses“)⁵ bezeichnet werden⁶. Dadurch soll erreicht werden, dass alle Mitversicherten in zwei Gruppen getrennt werden: Auf der eine Seite stehen die Gutgläubigen („white hats“), auf der anderen Seite die Bösgläubigen („black hats“)⁷. Um den Versicherungsschutz der Gutgläubigen zu erhalten, verzichtet der Versicherer trotz arglistiger Täuschung insgesamt auf sein Anfechtungsrecht. Den Leistungsausschluss zu Lasten der Bösgläubigen will er durchzusetzen, indem er denjenigen, denen er eine arglistige Täuschung vorwirft, von Versicherungsleistungen ausschließt⁸.

Es ist eine Folge der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21. September 2011, dass dieses Modell nicht als rechtsbeständig bezeichnet werden kann.

¹ MüKoVVG/Müller-Frank, § 22, Rn. 61.

² Prölss/Martin/Armbrüster, § 21, Rn. 44 stellt fest, dass die Vorschrift des § 21 Abs. 2 S. 2 VVG, wonach bei einer arglistigen Anzeigepflichtverletzung Leistungsfreiheit eintritt, nur geringe Bedeutung habe. Es erscheine kaum denkbar, dass dem Versicherer die Anfechtung nach § 22 VVG, § 123 BGB verschlossen, ein Rücktritt aber möglich ist.

³ BGH, Urt. v. 22.02.2005 - X ZR 123/03, NJW-RR 2005, 1082, 1083; BGH Urt. v. 4.03. 1998 - VIII ZR 378-96, NJW-RR 1998, 1406, 1406; Grüneberg/Ellenberger, § 123, Rn. 5, Prölss/Martin/Armbrüster, § 22, Rn. 3; BeckOK BGB/Wendland, § 123, Rn. 11; Staudinger BGB/Singer/von Finckenstein, § 123, Rn. 10.

⁴ Gädtke r+s 2013, 313, 314.

⁵ Lange ZIP 2006, 1677, 1681 (Fn. 4) zitiert eine in den USA gebräuchliche qualifizierte Severability-Klausel: „The application for coverage shall be construed as a separate application for coverage by each insured. With respect to the declarations and statements contained in such application for coverage, no statement in the application or knowledge possessed by any one insured shall be imputed to any other insured for the purpose of determining the availability of coverage with respect to claims made against any other insured.“

⁶ Rudzio, S. 191; Lange, ZIP 2006, 1677, 1681 schlägt in Anlehnung an § 158i VVG (a.F.; seit 31.12.2007 außer Kraft) folgende Formulierung einer qualifizierten Severability-Klausel vor: „Ist der Versicherer der Versicherungsnehmerin gegenüber von der Verpflichtung zur Leistung frei, kann er dies einem Versicherten nur entgegenhalten, wenn die der Leistungsfreiheit zugrunde liegenden Umstände in der Person dieses Versicherten vorliegen oder wenn diese Umstände dem Versicherten bekannt oder grob fahrlässig nicht bekannt waren. Soweit der Versicherer Leistungen nach Satz 1 gewährt, kann er gegen die Versicherungsnehmerin Rückgriff nehmen.“

⁷ Winterling/Harzenetter VW 2007, 1792, 1794.

⁸ Gädtke r+s 2013, 313, 314 will die Bezeichnung „qualifizierte Severability Klausel“ für diese Art der Kombination verwenden.

II. Sachverhalt

Der als Entscheidung „Heros II“ bezeichnete Beschluss des für das Versicherungsvertragsrecht zuständigen IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 21. September 2011⁹ betrifft eine Valorenversicherung, eine Sonderform der Transportversicherung für den Transport von Wertgegenständen.

Die Klägerin war Versicherte eines bei der Beklagten als führendem Versicherer von Unternehmen der Heros-Gruppe abgeschlossenen Versicherungsvertrags. Sie beauftragte die Heros Transport-GmbH mit der Entsorgung von Bargeld. Weil zur Entsorgung überlassenes Bargeld nicht (vollständig) auf ihren Konten gutgeschrieben wurde, verlangte sie aus der Valorenversicherung nach dem Zusammenbruch und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Heros-Gruppe die Erstattung der ihr entstandenen Verluste.

Obwohl in dem Versicherungsvertrag unter „13. Obliegenheiten“ eine Klausel Eingang gefunden hatte, die als Anfechtungsverzicht zu verstehen ist („13.4. Verstöße gegen Obliegenheiten, sonstige Rechtspflichten und Sicherheitsauflagen durch die Versicherungsnehmerin beeinträchtigen den Versicherungsschutz nicht. Diese Vereinbarung gilt ausschließlich zu Gunsten der jeweiligen Auftraggeber“), focht der Versicherer den Versicherungsvertrag mit einer an den Insolvenzverwalter der Heros-Gruppe gerichteten, auf die konkrete Police bezogen und ausdrücklich im Namen aller Mitversicherer abgegebenen Erklärung wegen arglistiger Täuschung an. Er berief sich zur Begründung darauf, dass die laufend im Zuge von Transportaufträgen entgegengenommenen Gelder nicht sogleich den Konten der jeweiligen Auftraggeber gutgeschrieben, sondern zu Teilen zur Befriedigung anderweitig offenstehender Forderungen verwendet wurden. Es habe sich eine als „Schneeballsystem“ bezeichnete Dynamik wachsender Finanzierungslücken entwickelt, weil der Ausgleich für die zunächst geschädigten Auftraggeber zeitverzögert durch einen entsprechenden Zugriff auf spätere Geldtransporte erfolgt sei. Da die Heros-Verantwortlichen ihr Geschäftsgebahren bei Vertragsschluss nicht offengelegt hätten, habe er bei Abschluss der Police von alledem keine konkrete Kenntnis gehabt.

In den Vorinstanzen haben die Parteien insbesondere darüber gestritten, ob die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung gegeben sind und ob die Anfechtung deshalb wirksam und die Beklagte schon daher leistungsfrei ist. Nachdem Land- und Oberlandesgericht der Klage zum Teil stattgegeben haben und das Oberlandesgericht die Revision nicht zugelassen hatte, hat die Klägerin erfolgreich Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Diese führte zur Zulassung der Revision unter gleichzeitiger Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie zur Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

III. Entscheidungsgründe

Nachdem zunächst Verfahrensfragen erörtert werden¹⁰, wendet sich der Senat der Kernfrage zu und erläutert, warum er den hier in einer Klausel des Versicherungsvertrages vertraglich vereinbarten Verzicht des Versicherers auf die Arglistanfechtung für unwirksam hält.

Der IV. Zivilsenat bezieht sich zur Begründung der Kernfrage zunächst auf ein zuvor ergangenes Urteil des VIII. Zivilsenats vom 17. Januar 2007 (ZR 37/06)¹¹. In diesem Urteil hatte der für das Kaufrecht zuständige Zivilsenat u.a. über die in einem Kaufvertrag über Geschäftsanteile an einer GmbH verwendete Gewährleistungsklausel zu einem selbstständigen Garantieverprechen zu entscheiden¹². Dies nahm er zum Anlass, um unmissverständlich festzustellen, dass der vertragliche Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung unwirksam ist, wenn die Täuschung vom Geschäftspartner selbst oder von einer anderen Person verübt wird, die nicht Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB ist. Zur Begründung führt der VIII. Zivilsenat aus, dass sich der Erklärende im Falle der Abbedingung des Anfechtungsrechts der Willkür seines Vertragspartners ausliefern, wenn er seine durch § 123 BGB geschützte freie Selbstbestimmung vollständig aufgibt. Der Täuschende habe damit die Möglichkeit, Vorteile aus seiner arglistigen Täuschung zu ziehen, wenn er keine Rückabwicklung des Vertrages oder sonstige gravierende Nachteile befürchten müsse.

⁹ BGH, Beschl. v. 21.09.2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296, 297.

¹⁰ Das Oberlandesgericht hatte den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) verletzt, weil es deren Antrag auf Vernehmung zweier Zeugen übergangen hatte.

¹¹ BGH, Urteil vom 17.01.2007 – VIII ZR 37/06, NJW 2007, 1058, 1058 ff.

¹² Nach BGH NJW 2007, 1058, 1058 lautet Nr. VI. 15 des Vertrages u.a. „(...) Ausgeschlossen ist das Recht von P, Rückgängigmachung des Kaufvertrages zu verlangen.“

Für sein arglistiges Verhalten müsse aber gerade dem Täuschenden der Schutz der Rechtsordnung entzogen werden, anstatt den Getäuschten durch das Verhalten des Täuschenden noch intensiver zu schädigen. Selbst dann, wenn vom Täuschenden im Tausch gegen die Abbedingung des Anfechtungsrechts andere vertragliche Rechte eingeräumt werden, die den Besonderheiten des konkret zu regelnden Rechtsgebiets Rechnung tragen, könne dadurch die Unzulässigkeit der Abbedingung des Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nicht aufgewogen werden. Mit seiner Entscheidung steht der Bundesgerichtshof im Einklang mit der in der Literatur vertretenen Ansicht¹³.

Der aus diesem Urteil bekannten und tragenden Begründung, die Arglistanfechtung könne nicht im Vorhinein ausgeschlossen werden, weil der arglistig Täuschende nicht den Schutz der Rechtsordnung verdiene, schließt sich der für das Versicherungsvertragsrecht zuständige IV. Zivilsenat an¹⁴. Ergänzend führt der Senat aus, für das Verbot eines Anfechtungsausschlusses mache es keinen Unterschied, ob die Willenserklärung durch eine juristische oder aber durch eine natürliche Person abgegeben werde. Das Recht auf freie Willensbetätigung stehe, da es korporativ betätigt werden kann, auch juristischen Personen zu. Letztlich verweist der Senat auf das berechnete und für redliche Versicherte akzeptable Interesse des Versicherers, dass ein Versicherungsvertrag, der durch eine arglistige Täuschung herbeigeführt wurde, vollständig und „rückstandslos“ zu beseitigen ist. Da das Recht auf Anfechtung wegen arglistiger Täuschung unabdingbar ist, konnte der Versicherer die Anfechtung der Konzernpolice gegenüber der Muttergesellschaft uneingeschränkt und unabhängig von entgegenstehenden vertraglichen Vereinbarungen erklären. Folge der erfolgreichen Anfechtung war, dass mit dem angefochtenen Versicherungsvertrag der Versicherungsschutz aller Mitversicherten entfallen ist.

Ihre speziell versicherungsrechtliche Bedeutung erhält die Entscheidung dadurch, dass der Bundesgerichtshof den Verlust des Versicherungsschutzes der mitversicherten Schwestergesellschaften als Folge der erfolgreichen Arglistanfechtung betont und erklärt, Versicherungsleistungen seien nicht zu erbringen, weil ansonsten der Schutz des § 123 Abs. 1 BGB gerade dann ins Leere liefe, wenn die durch Täuschung geschaffene Verpflichtung gegenüber den Versicherten bestehen bliebe¹⁵. Andernfalls müsste der Versicherer seine Leistungen weiterhin an die Tochtergesellschaften erbringen, obwohl der zugunsten des Konzerns abgeschlossene Vertrag in seiner Gesamtheit auf der zur Anfechtung berechtigenden Tatsache beruht. Diesem Ergebnis stünden auch die Grundsätze des Vertrages zu Gunsten Dritter (§ 334 BGB) nicht entgegen, weil der Klägerin als Versicherte des zwischen der Heros-Gruppe und den beteiligten Versicherern geschlossenen Vertrages alle Einwendungen, auch der Einwand der Anfechtung, entgegengehalten werden könnten, die dem Versicherer aus dem Vertrag oder auch dessen Nichtigkeit erwachsen.

IV. Auswirkungen auf die D&O-Versicherung

Aufgrund ihrer generellen Formulierung entfalten die vom Bundesgerichtshof in der Heros II-Entscheidung entwickelten Grundsätze zur Unbeschränkbarkeit der Arglistanfechtung volle Geltung auch über die streitgegenständliche Valorenversicherung hinaus¹⁶. Zum einen werden vom Bundesgerichtshof generelle und allgemein gültige Schutzzweckerwägungen entwickelt, deren Ergebnisse abstrakt und losgelöst vom speziellen Fall der Valorenversicherung formuliert sind¹⁷. Zum anderen liegt die Übertragbarkeit der in der Heros II-Entscheidung entwickelten Grundsätze auf die D&O-Versicherung auch deswegen nahe, weil sowohl in der Valorenversicherung als auch in der D&O-Versicherung fremde Interessen versichert werden und es sich in beiden Fällen um Versicherungen für fremde Rechnung nach §§ 43 ff. VVG handelt¹⁸.

¹³ Erman/Arnold, § 123, Rn. 59; Grüneberg/Ellenberger, § 123, Rn. 1; MüKoBGB/Armbrüster, § 123, Rn. 86; MüKoVVG/Ihlaß, Nr. 320, D&O, Rn. 910; Flume, BGB AT, Bd. II, S. 401 f.; Looschelders r+s 2015, 581, 586 weist darauf hin, dass es dem Versicherer nicht zuzumuten ist, am arglistigen Vertrag festzuhalten.

¹⁴ BGH, Beschl. v. 21.09.2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296, 297.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 21.09.2011 – IV ZR 38/09, NJW 2012, 296, 298 unter II. 2. (2) b) bb).

¹⁶ Looschelders r+s 2015, 581, 586; VersR 2018, 1413, 1420; Lenz/Weitzel PHi 2012, 122, 124; Gädtke r+s 2013, 313, 315; Liedtke VP 2012, 229, 230; Mayer VP 2012, 12, 13; Werner, CB 2014, 288, 288.

¹⁷ Gädtke r+s 2013, 313, 315; Langheid, Gedächtnisschrift Ulrich Hübner, 138, 142; Lenz/Weitzel PHi 2012, 122, 124; Liedtke VP 2012, 229, 230;

Looschelders r+s 2015, 581, 586; Mayer VP 2012, 12, 13.

¹⁸ Prölss/Martin/Klimke, § 43, Rn. 61 für die Transportversicherung; Prölss/Martin/Voit AVB D&O Abs. A_1 A-1 Rn. 14 für die D&O-Versicherung. MüKo/Ihlaß, Nr. 320, D&O, Rn. 917 stellt fest, dass die Übertragbarkeit der Heros-Entscheidung darauf basiert, dass diese sich auf die Versicherung für fremde Rechnung bezieht.

Auch hinsichtlich einer möglichen Anwendbarkeit von § 123 Abs. 2 BGB ist die Situation vergleichbar, da die versicherten Personen in beiden Fällen an dem Versicherungsvertrag unbeteiligt sind oder ihnen die Zugehörigkeit zum Kreis des Versicherungsnehmers fehlt¹⁹. Daher gelten die Lösungen der Fragen, die in der Entscheidung geklärt wurden, über den Bereich der Valorenversicherung hinaus auch für die D&O-Versicherung²⁰.

1. Unwirksamkeit von Klauseln zum Anfechtungsverzicht

Wird die grundsätzlich ablehnende Haltung des Bundesgerichtshofs zur Abdingbarkeit des Anfechtungsrechts bei arglistiger Täuschung auf die in der D&O-Versicherung häufig verwendeten qualifizierten Severability-Klauseln²¹ übertragen, werden alle Arten von Vertragsklauseln wirkungslos, die das Trennungsprinzip zwischen „schwarzen und weißen Schafen“ durchsetzen wollen, indem sie dem Versicherer das Anfechtungsrecht absprechen. Erklärt der Versicherer – gegebenenfalls sogar unter Verstoß gegen seine ausdrückliche Zusage in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen – tatsächlich die Arglistanfechtung, verlieren nicht nur diejenigen Personen den Versicherungsschutz, die die unvollständigen oder unrichtigen Angaben gemacht haben bzw. davon Kenntnis hatten, sondern wegen der Gesamtwirkung der Anfechtung auch alle gutgläubigen Mitversicherten. Das folgt sowohl aus dem in der Heros II-Entscheidung festgelegten Grundsatz, wonach eine durch Täuschung geschaffene Verpflichtung auch gegenüber den gutgläubigen Versicherten nicht bestehen bleiben darf, als auch aus der Vorgabe, dass der Versicherer bei Arglist des Versicherungsnehmers besonders schutzwürdig ist²².

Angesichts des überragend hohen Stellenwertes, den der Bundesgerichtshof dem unbeschränkten Erhalt der Arglistanfechtung als Mittel zum Schutz der rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit einräumt, sind Anfechtungsverzichtsklauseln in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der D&O-Versicherer im Streitfall nicht rechtsbeständig²³.

2. Gegenargumente

Um die Wirksamkeit qualifizierter Severability-Klauseln in der D&O-Versicherung zu erhalten, muss der maßgebliche Aspekt entkräftet werden, wonach sich der Versicherer mit einem Anfechtungsverzicht der Willkür des Versicherungsnehmers ausliefert und sein Recht auf freie Willensbetätigung aufgibt²⁴. Dazu lässt sich anführen, dass es im Vertragsverhältnis zwischen dem D&O-Versicherer und dem Versicherungsnehmer weder ein strukturelles Ungleichgewicht der Kräfte, noch eine gestörte Vertragsparität gibt. Auch wenn ein Anfechtungsverzicht zum Schutz der rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit immer unwirksam ist, besteht dennoch keine Veranlassung, den Parteien ihre Gestaltungsmacht zu entziehen und einen Anfechtungsverzicht zu vereinbaren²⁵. Wenn sich die Privatautonomie durchsetzt, geht es nicht um den Schutz des arglistig Täuschenden, sondern allein um das von beiden Vertragsparteien anerkannte schutzwürdige Interesse der redlichen Versicherten an der Aufrechterhaltung ihres Versicherungsschutzes²⁶.

¹⁹ Lenz/ Looschelders VersR 2018, 1413, 1419; Lenz/Weitzel Phi 2012, 122, 124; Melot de Beauregard/Gleich NJW 2013, 824, 828, anders: Krieger/Schneider/Ihlas, Rn. 19.92.

²⁰ Looschelders VersR 2018, 1413, 1419; Lenz/Weitzel Phi 2012, 122, 124; Melot de Beauregard/Gleich NJW 2013, 824, 828, anders: Krieger/Schneider/Ihlas, Rn. 19.92.

²¹ beispielhaft ist diese, von einem Vermögensschadenshaftpflichtversicherer verwendete Klausel: „Unvollständige und unrichtige Angaben zu den gefahrerheblichen Umständen berechtigen den Versicherer nicht zu Kündigung, Rücktritt und Anfechtung des Vertrages. Kein Versicherungsschutz besteht für diejenigen versicherten Person, die die unvollständigen oder unrichtigen Angaben gemacht haben bzw. davon Kenntnis hatten.“

²² Looschelders, FS Hamburger Seminar, S. 209, 217; ders. r+s 2015, 581, 586. Weitzel Phi 2012, 122, 124; Liedtke VP 2012, 229, 230; Mayer VP 2012, 12, 13; Grüneberg/Ellenberger, § 123, Rn. 13.

²³ Prölss/Martin/Armbrüster, § 22, Rn. 41.

²⁴ Looschelders VersR 2018, 1413, 1419.

²⁵ Looschelders VersR 2018, 1413, 1420 stellt fest, der habe Bundesgerichtshof den Aspekt nicht ausreichend gewürdigt, dass die Nichtanerkennung einer solchen Klausel einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Versicherers darstellt. Nach Krieger/Schneider/Ihlas, Rn. 19.92, sei der Wille zur Teilbarkeit und Trennbarkeit bei D&O-Versicherungen schon immer gängige Praxis gewesen, Gädtke r+s 2013, 313, 315; Sommer ZVersWiss 102 (2013), 491, 505.

²⁶ MüKoBGB/Armbrüster, § 123, Rn. 88.

Sehen die Parteien des Versicherungsvertrages die qualifizierte Severability-Klausel als Ausdruck einer angemessenen Lösung für ein komplexes Problem an, ist es nicht gerechtfertigt, in ihre Vertragsfreiheit einzugreifen und die entsprechende Klausel zu kassieren²⁷. Auch diese Begründung ist aber nicht rechtsbeständig. Kein Versicherer muss vertragswidrige und schlimmstenfalls sogar betrügerische Verhaltensweisen seines Versicherungsnehmers dulden und hinnehmen und seinerseits dennoch weiterhin alle Vertragspflichten erfüllen. Um das Gleichgewicht der Kräfte angemessen zu verteilen, muss das Recht zur Arglistanfechtung uneingeschränkt erhalten bleiben²⁸, was dazu führt, dass von qualifizierten Severability-Klauseln abzuraten ist, soweit sie den Verzicht des Versicherers auf sein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung vorsehen²⁹.

Tragfähige Gegenargumente lassen sich kaum finden. Selbst das widersprüchliche Verhalten eines Versicherers, der trotz seines ausdrücklichen Verzichts dennoch die Anfechtung des Versicherungsvertrages erklärt, wird nicht sanktioniert. Auch einem D&O-Versicherer, der zwecks Bewerbung seines Versicherungsprodukts einen umfassenden Schutz gegen die persönliche Inanspruchnahme verspricht³⁰, schafft durch dieses Akquisitionsverhalten keinen vertrauensbegründenden Tatbestand, weil es unbenommen bleibt, seine Rechtsansicht zu ändern oder sich auf die Nichtigkeit einer von ihr abgegebenen Erklärung zu berufen³¹. Auch Schutzwürdigkeitsaspekte führen nicht dazu, dass das entgegen einer Verzichtsregelung ausgeübte Anfechtungsrecht nachträglich wieder verworfen wird³².

V. Fazit

Von den verschiedenen Möglichkeiten, mit denen der Versicherer ein Fehlverhalten des Versicherungsnehmers sanktionieren kann, wirkt sich die Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung am einschneidendsten für die Versicherten aus.

Wenn ein Organmitglied oder eine Person, die kein Dritter i.S.v. § 123 Abs. 2 S.1 BGB ist, über vertragsrelevante Tatsachen täuscht und der Versicherer später von dieser Täuschung erfährt, kann er den D&O-Versicherungsvertrag erfolgreich anfechten. Als besonders gravierendes Fehlverhalten von Vorständen gelten Bilanzfälschungen oder Finanzmanipulationen. In diesen Fällen, die keinesfalls nur theoretischer Natur sind, wird der Versicherer zum Mittel der Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung greifen. Die erfolgreiche Anfechtung bewirkt den vollständigen Verlust des D&O-Versicherungsvertrages und des Versicherungsschutzes der versicherten Manager von Anfang an. Diese Wirkung ist unabänderlich, weil auf das Anfechtungsrecht weder rechtswirksam verzichtet werden kann, noch eine vertragliche Begrenzung der Anfechtungswirkungen statthaft ist.

Um die Position der in der D&O-Versicherung versicherten Manager in Anfechtungsfällen zu verbessern, muss eine Vertragsgestaltung gefunden werden, die ihn unabhängig vom angefochtenen Vertrag schützt. Weil der ursprüngliche Vertrag durch die Anfechtung seine Wirkung verloren hat, kann der gewünschte Erhalt des D&O-Versicherungsschutzes nicht dort seinen Ausgang haben. Eine außerhalb des Altvertrages liegende Lösung für den Fortbestand des D&O-Versicherungsschutzes kann eine spezielle Anfechtungspolice sein, die dann Versicherungsschutz bietet, wenn der Versicherer einer D&O-Unternehmenspolice wegen arglistiger Täuschung anfehlt.



Dr. Katharina Thole

Associate, Düsseldorf

+49 211 8822 8885

katharina.thole@clydeco.com

²⁷ Gädtke r+s 2013, 313, 316; MüKoBGB/Armbrüster, § 123, Rn. 88.

²⁸ Werner CB 2014, 388, 389 weist darauf hin, der Versicherer könne aus aufsichtsrechtlichen Vorgaben faktisch zur Anfechtung gezwungen werden. Der Versicherer sei nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 VAG gehalten, die Belange der Versicherten zu wahren. Im Fall einer bewussten Nichtausübung des Anfechtungsrechts könnte argumentiert werden, dass der Versicherer damit gegen die Interessen der Versichertengemeinschaft verstößt.

²⁹ Mitterlechner/Wax/Witsch, § 9, Rn. 150; Rudzio, S. 191; Krieger/Schneider/Ihlas, Rn. 19.92 meint, die ständige Optimierung der qualifizierten Severability-Klausel solle bewirken, dass nur schwarze Schafe keine D&O-Deckung bekommen.

³⁰ OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. 8. 2005 - 4 U 140/04, NJW-RR 2006, 1260, 1262f. („Comroad“).

³¹ BGH, Urt. v. 05.06.1997 - X ZR 73/95, NJW 1997, 3377, 3379.

³² Der Wille des Versicherers zum Verzicht auf die Anfechtung muss eindeutig zum Ausdruck gebracht werden, Beckmann/Matusche-Beckmann/Knappmann, § 14, Rn. 164.



Product Safety Reforms in the UK and Europe – Artificial Intelligence

Most UK product liability and safety law is derived from EU law. Since the end of the UK-EU transition period on 31 December 2020, the legal basis on which the EU-derived law applies in the UK has changed, but for the most part the legislation itself remains in force as retained EU law.

However, 2022 and 2023 has seen the beginning of significant changes in the product liability and safety landscape across the UK and Europe with the EU and UK Governments and Regulators seeking to modernise existing laws and regulations that have been in place for over 35 years and introduce new legislation to significantly bolster regulations on the development and use of software and artificial intelligence.

As part of its digital strategy, the EU wants to regulate, amongst other things, AI to ensure better conditions and regulation for the development of innovative technology.

With this in mind, the EU has proposed the implementation of a three-part model of legislation to address AI via:

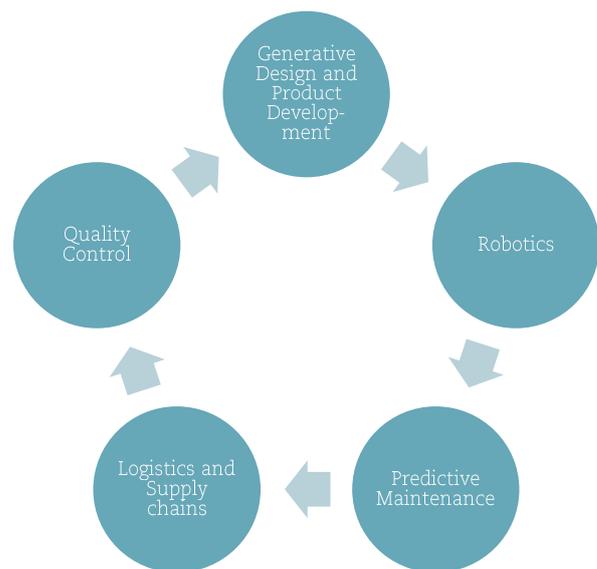
- The AI Act – the focus of which is on the safety of and the prevention of harm by Artificial Intelligence;
- The proposed AI Liability Directive - A different (but overlapping) route of redress for harm caused by AI; and
- The proposed amendments to the Product Liability Directive – a route of redress for harm caused by AI and defective products as discussed in our article Product Liability Reforms in the UK and Europe – a changing landscape : Clyde & Co (clydeco.com).

According to the EU, these proposals will 'adapt liability rules to the digital age', particularly in relation to AI. All three legislative pieces (the AI Act, the Product Liability Directive and the AI Liability directive) are designed to fit together to provide different but overlapping routes of redress for consumers when harm is caused by AI systems. This is of particular importance to manufacturers using AI in their products.

In this article, we discuss the use of AI in product manufacturing and the significant legislative change to product liability legislation that is taking place in the EU as a result of the proposed Artificial Intelligence Act and the Artificial Intelligence Liability Directive.

AI and its impact on Businesses

AI is transforming the manufacturing industry exponentially and is becoming increasingly essential to the day-to-day operations of large-scale manufacturers world-wide in various differing formats. Examples include:



Generative Design and Product Development: AI is being used to mimic the design process used by engineers so that manufacturers can produce numerous design options for one product and then use AR (augmented reality) and VR (virtual reality) to test many models of a product before beginning production.

Robotics: Whilst robots have been used to automate manufacturing in factories for decades, AI is now being used to augment those robots to work alongside employees to streamline manufacturing processes and to engage in tasks such as assembling and packaging products while maintaining the required high standards of hygiene.

Predictive Maintenance: Manufacturers are using AI to understand how, why and when failures and breakdown may occur within their manufacturing machinery so that they can carry out repairs with appropriate resources before a breakdown or to ensure a quick fix during the manufacturing process.

Logistics and Supply chains: With AI, factories can better manage their entire supply chains, from capacity forecasting to stocktaking. By establishing a real-time and predictive model for assessing and monitoring suppliers, businesses can be alerted the minute an issue occurs in the supply chain and can instantly evaluate the disruption's severity whilst also ensuring that they are neither under or overstocked thereby decreasing waste.

Quality Control: Manufacturers are utilising machine vision technology AI systems to spot deviations from the norm that cannot be identified by the human eye to better quality control and enhance shop floor performance in the production cycle.

As a result of the numerous ways in which AI is being used throughout industry, the EU is working on a new legal framework that aims to bolster legislation on the development and use of AI with a focus on data quality, transparency and accountability.

The Proposed EU Artificial Intelligence Regime

The AI Act – A summary

The AI Act was first proposed by the EU on 21 April 2021. On 14 June 2023, changes to the draft AI Act were agreed on and negotiations with the European Council commenced to agree the final form of the proposed draft text of the legislation. This final draft serves as the negotiating position between member states and the EC for the final text. This negotiation process will take time and, even if the AI Act is adopted quickly, it will apply at the earliest in 2025.

The proposed AI Act focuses primarily on strengthening rules around data quality, transparency, human oversight and accountability. If adopted, the AI Act proposes differing obligations and requirements for conformity for developers, deployers and providers of the AI depending on the level of risk from that AI. These risks are currently categorised as:

1. Unacceptable Risk AI – AI systems that are considered a threat to people and which will be prohibited. For example, AI that is used to classify people based on their social behaviour or personal characteristics. This list was expanded in the June 2023 consultation to include:

- Facial recognition and any other form of real-time remote biometric identification systems in publicly accessible spaces;
- Predictive policing systems;
- Biometric categorization systems that use sensitive characteristics of natural persons;
- Emotion recognition systems used in law enforcement, border management, workplace, and educational institutions;
- The creation of facial recognition databases on the basis of indiscriminate scraping of biometric data from social media or CCTV footage; and
- AI systems aimed at influencing voters.

2. High-risk AI - AI systems that pose significant harm to people's health, safety, fundamental rights or the environment will be considered high risk and will be divided into two categories:

AI systems that are used in products falling under the EU's product safety legislation. This includes toys, aviation, cars, autonomous vehicles, medical devices and lifts and;

AI systems falling into eight specific areas that will have to be registered in an EU database. All high-risk AI systems will need to be assessed before being put on the market and will also be required to adhere to rigorous testing, proper documentation of data quality and an accountability framework throughout their lifecycle.

3. Limited Risk AI - This AI should comply with minimal transparency requirements that would allow users to know they are engaging with AI and make informed decisions. After interacting with the AI, the user can then decide whether they want to continue using it.

Whilst the AI Act is primarily aimed at the development, deployment and use of AI in the EU, any provider placing products with AI on the market or putting into service AI systems in the EU will be in scope. In addition, any providers and deployers located in third-countries where the output of their systems is intended for use in the EU will also be in scope.

All organisations with products containing AI will need to consider which category of risk their AI falls into and then take appropriate action to ensure compliance under the Act. For example, producers of High Risk AI will need to ensure that they adhere to the testing regimes imposed under the AI Act, document retention requirements and the accountability framework.

If adopted, the AI Act will be directly applicable across the EU (i.e. excluding the UK) without the need of further implementation into Member State law. Obligations imposed on providers, importers, distributors and deployers of AI systems would apply from 24 months following the entering into force of the regulation.

The AI Liability Directive – a Summary

In conjunction with the AI Act, it is the EU's intention to make sure that persons harmed by AI enjoy the same level of protection legally as those harmed by other technologies. On 28 September 2022, the EC delivered on this objective with the proposed AI Liability Directive.

The AI Liability Directive will apply to providers, operators and users of AI systems.

The purpose of the AI Liability Directive is to make claims easier for those who suffer harm as a result of AI and will supplement the proposed amendments to the Product Liability Directive by laying down uniform rules for certain aspects of non-contractual civil liability for damage caused with the involvement of AI systems.

Key proposals in the AI Liability Directive include:

- Common rules for a non-contractual, fault-based liability regime for any harm caused by AI, particularly High-risk AI systems which will work alongside the proposed Product Liability Directive which provides for strict liability for physical harm or data loss.
- Provision for courts in EU member states to compel disclosure of evidence related to “high risk” AI systems (from defendants - namely providers, operators or users of AI systems as defined in the AI Act) if certain conditions are met by the claimant concerned. These conditions apply if the claimant:
 - i. presents sufficient facts and evidence to support the claim for damages; and
 - ii. shows that they have exhausted all proportionate attempts to gather the relevant evidence from the defendant.
- A rebuttable presumption of causation between the fault of a defendant's AI system and the damage caused to a claimant in certain situations (i.e. this is not a strict liability regime). The Claimant will need to show:
 - i. That the defendant failed to comply with a duty of care which would protect against the damage caused;

- ii. Based on the circumstances it is reasonably likely that the fault of the defendant influenced the output or lack of output produced by the AI system; and
- iii. That the output (or failure to produce an output) of the AI system gave rise to the damage suffered by them.

- If the AI system concerned is ‘high risk’, then it will be presumed to be a breach of the duty of care owed if it is shown the system or the defendant is not in compliance with the AI Act.
- An extraterritorial effect – the AI Liability Directive will apply to the providers and/or users of AI systems that are available on or operating within the EU market.

The effective date of implementation of the AI Liability Directive is currently unknown. The draft AI Liability Directive still needs to be considered by the European Parliament and Council of the European Union and, unlike the AI Act, if adopted, each Member State (excluding the UK) will need to implement the AI Liability Directive into their respective national law. This will take time and we envisage that the AI Liability Directive will not be implemented for a number of years.

What about the UK?

The AI White Paper

Following Brexit, the UK is free to establish a regulatory approach to AI that is distinct from the EU and this is evident from its recent approach to AI regulation.

On 29 March 2023 the UK Government introduced a White Paper commenting on its approach towards AI Regulation as “pro innovative.” The White Paper highlights that the UK has been at the forefront of AI progress and has a thriving research base demonstrating its long-term commitment to invest in AI. The overall aim of the White Paper is, therefore, to strike a balance between ensuring that AI does not cause harm at a societal level but, at the same time, not limit the development of AI through too onerous regulation. The comments in the White Paper have been reflected by Rishi Sunak's on 26 October 2023 when he spoke ahead of hosting the UK's AI summit on 1 and 2 November at Bletchley Park and announced the creation of an AI safety body in the UK to evaluate and test new technologies but flagged that this body does not mean that there should be a “rush to regulate the sector” stating “...how can we write laws that make sense for something that we don't yet fully understand...?”

As a result, unlike with the EU's decision to introduce new legislation to regulate AI, the UK Government is currently providing little guidance on how and on whom liability may rest in the future for harm caused by AI. Instead, it is focusing on setting expectations for the development and use of AI when combined with existing regulators such as the ICO and the FCA in accordance with 5 key principles:

1. **Safety, security, robustness:** AI systems should function in a robust, secure and safe way throughout the AI life cycle, and risks should be continually identified, assessed and managed. Regulators may need to introduce measures for regulated entities to ensure that AI systems are technically secure and function reliability as intended.
2. **Appropriate transparency and explainability:** AI systems should be appropriately transparent and explainable. An appropriate level of transparency and explainability will mean that regulators have sufficient information about AI systems and their associated inputs and outputs to give meaningful effect to the other principles (for example, to identify accountability). An appropriate degree of transparency and explainability should be proportionate to the risk(s) presented by an AI system. The White Paper notes that regulators may need to find ways to support and encourage relevant life cycle actors to implement appropriate transparency measures through regulatory guidance.
3. **Fairness:** AI systems should not undermine the legal rights of individuals and organisations, discriminate unfairly or create unfair market outcomes. The White Paper notes that regulators may need to develop and publish descriptions and illustrations of fairness that apply to AI systems within their domains.
4. **Accountability and governance:** Governance measures should be in place to ensure effective oversight of the supply and use of AI systems, with clear lines of accountability established across the AI life cycle. Regulators will need to look for ways to ensure that clear expectations for regulatory compliance and good practice are placed on actors in the AI supply chain.
5. **Contestability and redress:** Where appropriate, impacted third parties and actors in the AI life cycle should be able to contest an AI decision or outcome that is harmful or creates a material risk. Regulators will be expected to clarify existing routes to contestability and redress and implement

proportionate measures to ensure that the outcomes of AI use are contestable where appropriate.

Importantly, the UK Government accepts that the White Paper and proposals are deliberately designed to be flexible – “As the technology evolves, our regulatory approach may also need to adjust”.

What next for businesses?

The benefits of AI are exponential. However, AI can present additional risk to manufacturers, and this has been highlighted by the proposed changes to the liability framework for AI in the EU.

The EU and UK do not currently have a liability framework specifically applicable to harm or loss resulting from the use of AI and, as there are many parties involved in an AI system, determining who should be liable can be problematic. This will be a significant area for future litigation and the AI Safety Summit on 1 and 2 November 2023 may provide valuable insight into how world leaders will mitigate the risks of AI (via legislation or otherwise) with the competing need to encourage development of AI systems.

As a result, businesses (and their insurers) should be proactive in considering:

How liability may result from a product's design and / or manufacture - for example, a defect in manufacture that causes the product to fail and cause harm/injury.

Whether the use of AI has increased the risk of liability when compared with the inherent risks in design and manufacturing processes – a risk benefit analysis.

How AI technologies are being used within their organisation, including how decisions are made and what implications there may be on individuals and documenting the same.

The range of potential misuse of the AI by clients, end users and third parties. Businesses should consider whether there are any practical steps that can be taken to guard against any such misuse – i.e. by providing user manuals highlighting a narrow 'correct' use and the dangers of misuse and reliance on poor data.

Changes are afoot in the Europe with the proposed AI Act, amendments to the Product Liability Directive and the proposed AI Liability Directive in the EU and with the White Paper on AI in the UK. The ramifications of both differing forms of legislation in the EU are yet to be seen. However, in the event that the legislation is adopted following negotiation, its impact on developers and businesses in the product liability setting when importing products into the EU will be significant.

The Product Liability landscape of the future will be different from the past as new technology and software comes to the forefront of the collective legislative mind. Litigation in this area will naturally be complex given the interplay of many different actors and should your business welcome an early discussion on the liability issues which are likely to arise please do not hesitate to contact the authors.



Charlotte Kelly

Partner, London

+44 20 7876 5710

charlotte.kelly@clydeco.com



Peter Barnes

Partner, London

+44 20 7876 5669

peter.barnes@clydeco.com



Aktuelle Rechtsprechung

BGH: Haftung des Gründungsgesellschafters für Aufklärungspflichtverletzungen

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 11.07.2023 (Az. XI ZB 20/21) herausgestellt, dass die Haftung eines Gründungsgesellschafters nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB neben der spezialgesetzlichen Prospekthaftung nach § 13 VerkProspG, §§ 44 ff. BörsG in Betracht kommt, wenn der Gründungsgesellschafter dadurch einen zusätzlichen Vertrauenstatbestand setzt, dass er entweder selbst den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernimmt oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung trägt.

Die Parteien stritten im Rahmen eines Verfahrens nach dem KapMuG darüber, ob die angebotene Beteiligung an einer Fondsgesellschaft fehlerhaft ist und ob die Musterbeklagten hierfür aufgrund Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten in Anspruch genommen werden können. Der Fonds hatte den Erwerb und Betrieb eines Supertanker zum Gegenstand. Bei den Musterbeklagten handelt es sich um die Gründungsgesellschafterinnen der Fondsgesellschaft. Die Musterbeklagte zu 1 ist zudem Anbieterin des Fonds, die Musterbeklagte zu 2 Treuhandkommanditistin.

In den Entscheidungsgründen hat der Bundesgerichtshof insbesondere herausgestellt, dass die spezialgesetzliche Prospekthaftung in ihrem Anwendungsbereich die Haftung eines Prospektverantwortlichen unter dem Aspekt einer vorvertraglichen Pflichtverletzung aufgrund der Verwendung eines unrichtigen, unvollständigen oder irreführenden Prospekts als Mittel der schriftlichen Aufklärung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch dann ausschließt, wenn dieser den Vertrieb der Beteiligungen an Anleger übernimmt oder in sonstiger Weise für den von einem anderen übernommenen Vertrieb Verantwortung trägt. Eine Haftung aus anderen Gründen als durch Verwenden einer Kapitalmarktinformation als Mittel der schriftlichen Aufklärung sei demgegenüber nicht ausgeschlossen. Weiter hat der Senat ausgeführt, dass in jedem Einzelfall zu klären sei, ob der jeweilige Gründungsgesellschafter Vertriebsverantwortung hatte. Eine solche soll bereits dann für die geschäftsführungsbefugten Altgesellschafter zu bejahen sein, wenn der Vertriebsauftrag von der Fondsgesellschaft erteilt wurde. Allein dadurch, dass

der Gründungsgesellschafter das Vertriebskonzept entwickelt habe oder dieses umsetze, soll er auf die Personen Einfluss nehmen können, die mit dem Anlageinteressenten in Kontakt stehen. Der Gründungsgesellschafter nehme hier dasselbe besondere persönliche Vertrauen des individuellen Anlegers in Anspruch, das zu dem Berater bzw. Vermittler selbst bestehe. Ein normales Verhandlungsvertrauen soll für eine Prospekthaftung zwar nicht genügen. Allerdings solle für die Annahme eines besonderen persönlichen Vertrauens bei der Vertragsanbahnung ausreichen, dass der Anleger den Altgesellschafter als Teil der Vertriebsstruktur sieht.

BGH: Zur Produkthaftung für eine als Düngemittel vertriebene Abfallflüssigkeit

Der Bundesgerichtshof hat sich mit Urteil vom 21.03.2023 (Az. VI ZR 1369/20) mit der Frage der deliktischen Produzentenhaftung bei einem mit Herbiziden verunreinigten Düngemittel befasst.

Bei dem Kläger handelt es sich um einen Landwirt, der die Beklagte zu 2, einen Fachbetrieb für Abfallentsorgung, gerichtlich auf Ersatz des ihm entstandenen Schadens nach Ausbringung eines von ihm verkauften Düngemittels in Anspruch genommen hat. Hintergrund war, dass die Beklagte zu 2 eine Flüssigkeit übernommen hat, welche zu entsorgen war. Diese hat sie mit neuen Produktinformationen ausgestattet und im Folgenden an den Beklagten zu 1 veräußert, der das Mittel an den Kläger weiterverkauft. Nach Verteilung dieses Düngemittels haben sich die Rapspflanzen auf dem Feld des Klägers violett verfärbt und das Wachstum dauerhaft eingestellt. Daraufhin hat der Kläger beide Beklagten als Gesamtschuldner auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Das Landgericht hatte der Klage auf Schadensersatz stattgegeben. Das Oberlandesgericht hatte die Berufung des Beklagten zu 1 rechtskräftig zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten zu 2 hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Klage gegen die Beklagten zu 2 abgewiesen. Der Senat hat die Revision des Klägers gegen die zugunsten der Beklagten zu 2 ergangene Entscheidung zugelassen.

Der Bundesgerichtshof hat, wie auch das Berufungsgericht, zunächst einen Anspruch auf Schadensersatz nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ProdHaftG abgelehnt. Zur Begründung hat der Senat angeführt, dass für die Anwendbarkeit der Regelung die Zweckbestimmung der von dem fehlerhaften Produkt beschädigten Sache, hier also der Rapspflanzen, maßgeblich sei. Da der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber Haupterwerbslandwirt sei und das Mittel im Rahmen der von ihm betriebenen Landwirtschaft zu beruflichen Zwecken verwendet habe, könne für die gedüngten Pflanzen nichts anderes gelten. Anders als Berufungsgericht hat der Bundesgerichtshof aber eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB bejaht. Für die Frage, welche Verkehrssicherungspflichten der Beklagten zu 2 oblagen, komme es – so der Senat – nicht darauf an, ob das Düngemittel (ursprünglich) bei einem Herstellungsprozess als Nebenprodukt im Sinne des § 4 Abs. 1 KrWG angefallen sei. Entscheidend für die Haftung als Hersteller sei vielmehr, dass die Beklagten zu 2 nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Produkt Düngemittel, sondern Abfall überlassen worden sei und sich ihr Vertragspartner die ordnungsgemäße Entsorgung durch die Beklagte zu 2 als Abfallentsorger im Übernahmeschein versichern ließ. Dadurch, dass die Beklagte zu 2 neue Produktinformationen erstellt habe, habe sie ein neues Erzeugnis erschaffen und hafte daher wie ein Hersteller. An das Produkt „Abfall“ habe der Verkehr dabei zudem andere Gebrauchs- und Sicherheitserwartungen als an ein Düngemittel. Die Beklagte zu 2 durfte – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – auch nicht ohne nähere Anhaltspunkte darauf vertrauen, dass der Beklagte zu 1 als Vertriebshändler vor Lieferung an den Kläger die Flüssigkeit auf Herbizide untersuchen würde. Denn Vertriebshändler seien für die Sicherheit der von ihnen vertriebenen Produkte nur sehr eingeschränkt verantwortlich und nur im Falle bereits bekannter Probleme zur Überprüfung verpflichtet. Da der ehemalige Abfall als – wie sich später herausgestellt hat ungeeignetes – Düngemittel Schäden verursacht habe, könne dies produzentenhaftungsrechtlich nicht anders gewichtet werden, als habe die Beklagte zu 2 von vornherein ungeeignetes Düngemittel hergestellt.

OLG Köln: Zur Darlegungs- und Beweislast im Direktprozess gegen den D&O-Versicherer

Das Oberlandesgericht Köln hat in einem erst jüngst ergangenen und bislang noch nicht veröffentlichten Urteil (Az. 9 U 206/22) zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Direktprozess gegen den D&O-Versicherer entschieden.

In dem Rechtsstreit hat die Klägerin ihren D&O-Versicherer aus abgetretenem Recht ihres vormaligen Geschäftsführers (Zeuge) in Anspruch genommen. In den Jahren 2017 und 2018 fanden zwischen der Versicherungsmaklerin und dem Zeugen Beratungsgespräche über die betriebliche Sach- und BU-Versicherung statt. Dabei wies der Zeuge darauf

hin, dass die Versicherungssumme zu niedrig bemessen und die Haftzeit der BU-Versicherung nicht ausreichend sei. Im Beratungsprotokoll hieß es demgegenüber, dass eine Ausweitung der Haftzeit und eine Erhöhung der Versicherungssumme entgegen der ausdrücklichen Empfehlung nicht gewünscht sei. In der Folgezeit kam es in der Produktionsstätte der Klägerin zu einem Großbrand, bei dem erheblicher Sachschaden entstanden ist.

Nach Beendigung des Geschäftsführervertrags erhob der Zeuge Ansprüche auf ausstehende Vergütung. Im Gegenzug forderte die Klägerin Schadensersatz in Höhe von rund EUR 1,3 Mio., da der Zeuge sie unzureichend gegen Feuerschäden versichert habe. In der Folgezeit vereinbarten der Zeuge und die Klägerin insbesondere die Abtretung des Freistellungsanspruch aus der D&O-Versicherung an die Klägerin. Im Gegenzug verzichtete die Klägerin auf Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihren ehemaligen Geschäftsführer. Daraufhin hat die Klägerin die hiesige Beklagte in Anspruch genommen, die die begehrte Versicherungsleistung insbesondere unter Verweis auf die Ressortverteilung und die Zuständigkeiten bei der Klägerin sowie wegen des Vorliegens einer wissentlichen Pflichtverletzung abgelehnt hat.

Das Landgericht hatte die Klage zunächst mit der Begründung abgelehnt, dass der Versicherungsfall durch die Abtretung und die Vereinbarung eines „pactum de non petendo“ entfallen sei. Dieser Entscheidung hat sich das Oberlandesgericht Köln nicht angeschlossen und vielmehr deutlich herausgestellt, dass die Abtretung des Freistellungsanspruches nicht zu einem Erlöschen des Deckungsanspruches führt, sondern sich der abgetretene Freistellungsanspruch in einen direkten Zahlungsanspruch umwandelt. Weiter hat das Oberlandesgericht Köln das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung und damit den von der Beklagten angeführten Deckungsausschluss abgelehnt. Denn es sei kein direkter Vorsatz nachgewiesen. Allerdings sei die Beklagte – so der Senat – nicht eintrittspflichtig, da der Klägerin gegen ihren ehemaligen Geschäftsführer kein Schadensersatzanspruch zustehe. Insofern sei umstritten, ob die Darlegungs- und Beweislast im Direktprozess nach Abtretung zu Lasten der Gesellschaft geändert werde. Teilweise werde vertreten, dass die Gesellschaft die Beweislast tragen solle, da der Versicherer nicht den gleichen Zugang zu Informationen habe wie das Organ im Haftungsprozess. Die Gegenmeinung argumentiere, dass die Änderung der Beweisregel im Widerspruch zum allgemeinen Grundsatz bei Inzidenzprozessen stehe, wonach das Gericht unabhängig prüfen solle, wie eine für den Ausgang der Klage erhebliche Vorfrage richtig entschieden worden wäre.

Die Nichtanwendung der allgemeinen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Direktprozess der Gesellschaft würde zu einer erheblichen Schlechterstellung der Gesellschaft führen, während sich das versicherte Risiko zugunsten des Versicherers verschiebe. Nach ausführlicher Darstellung des Streitstandes hat das Oberlandesgericht Köln sich der letztgenannten Auffassung angeschlossen und festgestellt, dass sich Voraussetzungen der Haftungsanspruchsgrundlage nicht ändern, weshalb die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG weiterhin gelten. Eine Differenzierung nach Gesellschaftsformen sei nicht gerechtfertigt.

LG Köln: Zur Reichweite eines Insolvenzausschlusses in der D&O-Versicherung

Das Landgericht Köln hat in einem Urteil vom 22.03.2023 (Az. 20 O 586/21) festgestellt, dass der Insolvenzausschluss in dem streitgegenständlichen D&O-Versicherungsvertrag nur eingreift, wenn Grundlage der haftungsrechtlichen Inanspruchnahme allein die in dem Deckungsausschluss genannte Überwachungspflichtverletzung ist.

In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit beehrte ein ehemaliges Aufsichtsratsmitglied von dem beklagten D&O-Versicherer Deckungsschutz für die Abwehr von Ansprüchen aus einem am Landgericht Stuttgart anhängigen Haftungsrechtsstreits. Gegenstand des Haftungsprozesses war die Gewährung eines Darlehens der Versicherungsnehmerin an ein Drittunternehmen, das zur Insolvenz der Versicherungsnehmerin geführt haben soll. Der D&O-Versicherer hatte die Deckung unter Hinweis auf den Insolvenzausschluss abgelehnt. In § 3 Ziffer 6 AVB-E des D&O-Versicherungsvertrags war hierzu das Folgende geregelt:

„Der Versicherungsschutz erstreckt sich nicht auf Versicherungsfälle, die auf einer Verletzung der Pflicht zur Stellung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens [...] beruhen.“

In den Entscheidungsgründen hat das Landgericht Köln zunächst festgestellt, dass die Beklagte entgegen der Klägerauffassung keine vorbehaltlose Deckungszusage erteilt hat. Insoweit habe sie gegenüber dem ehemaligen Aufsichtsratsmitglied stets hinreichend deutlich gemacht, dass kein Versicherungsschutz für die geltend gemachten Insolvenzanprüche bestehe. Auch den zeitlichen Anwendungsbereich sah die Kammer als eröffnet an. In Bezug auf den vorgenannten Insolvenzausschluss hat das Landgericht Köln weiter ausdrücklich offengelassen, ob der Ausschluss einer AGB-Kontrolle Stand halte. Vielmehr könne es, so das Landgericht Köln, dahinstehen, ob dieser Insolvenzausschluss wirksam ist, da der vorliegende Sachverhalt nicht von der inhaltlichen Reichweite der Klausel erfasst sei. Hierzu hat das

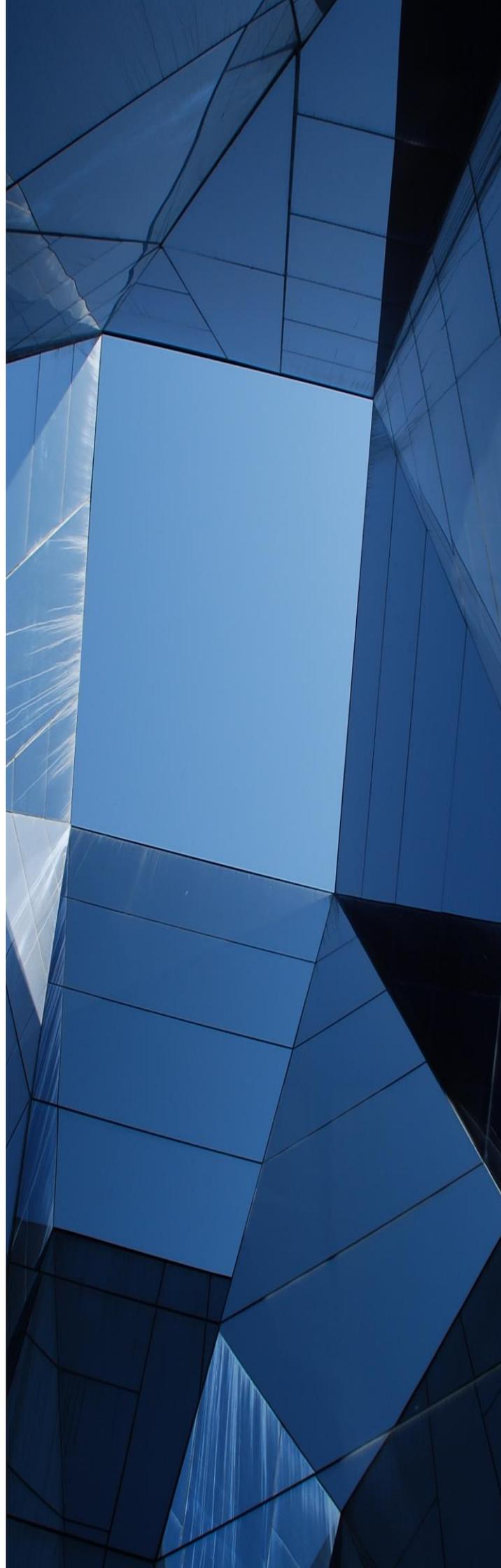
Gericht weiter ausgeführt, dass der Insolvenzausschluss nur eingreife, wenn Grundlage der Inanspruchnahme allein die Verletzung der dort genannten Überwachungspflichten sei. Die Klägerin werde aber aus mehreren Gründen – dem nicht rechtzeitigen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, der Gewährung des Darlehens und der Auszahlung der Darlehenssumme – in Anspruch genommen. Zusätzlich ergebe sich aus dem Vorbringen im Haftungsprozess, dass der „zentrale Kern der Pflichtwidrigkeit“ darin begründet liege, dass die Klägerin es unterlassen habe, unabhängigen Rechtsrat einzuholen. Da vorliegend verschiedene Pflichtverletzungen geltend gemacht würden, seien die Voraussetzungen des Insolvenzausschlusses nicht erfüllt.

LG Köln: Strafverteidigungskosten als Annex in der D&O-Versicherung

In einem erst jüngst veröffentlichten Urteil vom 10.04.2014 (Az. 24 O 373/13) hat das Landgericht Köln entschieden, dass die Übernahme von Strafverteidigungskosten in der D&O-Versicherung spätestens in dem Zeitpunkt endet, in dem eine zivilrechtliche Inanspruchnahme der versicherten Person aus dem entsprechenden Sachverhalt nicht mehr infrage kommt.

Ausgangspunkt des Rechtsstreits war die Inanspruchnahme des späteren Klägers durch seinen ehemaligen Arbeitgeber – die Versicherungsnehmerin – wegen verschiedener „Ungereimtheiten“ auf Schadensersatz in Höhe von EUR 2,28 Mio. Parallel dazu weitete auch die Staatsanwaltschaft ein zunächst nur gegen andere Beteiligte geführtes Ermittlungsverfahren auch gegen den Kläger aus. Die Kosten des Strafverteidigers konnte der Kläger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen nicht mehr begleichen und bat daher den D&O-Versicherer seines ehemaligen Arbeitgebers um Deckungsschutz. Der D&O-Versicherer einigte sich später mit der Versicherungsnehmerin auf eine Auszahlung in Höhe von rund EUR 1,5 Mio. Mit der Zahlung des Vergleichsbetrags sollten alle Schadensersatzansprüche abgegolten werden. Der Vergleichsbetrag wurde am 15.07.2013 an die Versicherungsnehmerin ausgezahlt. Infolgedessen beglich der D&O-Versicherer gegenüber dem Strafverteidiger des Klägers alle bis zum 15.07.2013 offenen Rechnungen und bat den Verteidiger, sich für alle zukünftigen Zahlungen direkt an den Kläger zu wenden. Dieser hat den D&O-Versicherer vor dem Landgericht Köln auf die Zahlung der weiteren Strafverteidigungskosten in Anspruch genommen.

Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen und herausgestellt, dass dem Kläger kein Anspruch auf Freistellung von Verteidigungskosten für den Zeitraum nach dem 15.07.2013 zustehe. Denn die streitgegenständliche D&O-Versicherung setze für die Gewährung von Strafrechts-Rechtsschutzdeckung voraus, dass für den Zeitraum, für den Strafrechtsdeckungsschutz geltend gemacht werde, (noch) eine zivilrechtliche Inanspruchnahme gegeben ist. Weiter hat das Gericht ausgeführt, dass dem Strafrechts-Rechtsschutz nach den Versicherungsbedingungen nur eine flankierende Wirkung zum Haftpflichtdeckungsschutz in dem Sinne zukomme, dass eine faktische Präjudizierung durch ein Strafverfahren für die zivilrechtliche Inanspruchnahme verhindert werden soll. Eine vollständige Absicherung für eventuelle eingeleitete Strafverfahren könne, so das Landgericht Köln weiter, nur über den Abschluss einer separaten Straf-Rechtsschutzversicherung erreicht werden. Dies gelte jedenfalls, soweit aus den Bedingungen erkennbar werde, dass die Strafverteidigerkosten nur übernommen werden, um eine faktische Präjudizwirkung des Strafverfahrens bezüglich eines gedeckten Haftpflichtanspruchs zu vermeiden.







Aktuelle Entwicklungen

Anstehende Änderungen im Hinweisgeberschutzgesetz und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Die „Schonfrist“ unter dem erst jüngst verabschiedeten Hinweisgeberschutzgesetz für Unternehmen, die zwischen 50 und 249 Arbeitnehmende beschäftigen, läuft am 17.12.2023 aus. Damit müssen auch diese Unternehmen bis Mitte Dezember ein sicheres internes Hinweisgebersystem installiert haben und betreiben.

Daneben ist das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz ab dem 01.01.2024 auch auf alle Unternehmen mit mindestens 1.000 Beschäftigten anzuwenden. Damit wird der Schwellenwert von derzeit 3.000 Arbeitnehmern erheblich reduziert, vgl. § 1 Abs. 1 S. 3 LkSG.

Kfz-Versicherung für selbstfahrende Arbeitsmaschinen

Bis zum 23.12.2023 soll eine Versicherungspflicht für selbstfahrende Arbeitsmaschinen eingeführt werden. Grundlage dafür ist die „KH-Richtlinie EU 2021/2118“. Diese schreibt vor, dass Fahrzeuge mit einer Höchstgeschwindigkeit von 20 Kilometern pro Stunde versichert werden müssen. Darunter fallen Aufsitzrasenmäher, Gabelstapler, langsame Traktoren, Schneeräumer oder Bagger. Nach dem Gesetzesentwurf kann sich der Verbraucher bei einem Verstoß gegen die Versicherungspflicht strafbar machen. Grund dafür ist, dass die Versicherungssummen für Personenschäden auf mindestens 7,5 Millionen Euro und für Sachschäden auf 1,5 Millionen Euro angehoben werden müssen. Die EU-Richtlinie soll den Versicherungsschutz auf gesamteuropäischer Ebene einheitlich stärken. In Deutschland soll die Versicherungspflicht nur gelten, wenn das Gerät auf öffentlichem Grund genutzt wird. Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) spricht sich deutlich gegen das Gesetz aus, da es bis heute keinen bekannten Fall gibt, bei dem der bisherige Versicherungsschutz nicht ausgereicht hätte. Aktuell wird auf Anraten des Bundesrats geprüft, ob die Strafbarkeit angemessen und erforderlich ist oder ob die Einstufung als Ordnungswidrigkeit ausreicht.

Dorothea Mohn ist als Vorsitzende des Bafin-Verbraucherbeirat wiedergewählt worden

Alle fünf Jahre bestellt das Bundesfinanzministerium die Mitglieder des Verbraucherbeirats der Bafin. Einstimmig fiel die Wahl auf Dorothea Mohn, die bereits seit der Gründung des Gremiums im Juni 2013 diese Funktion innehat.

Kritik der GDV an der 7-tägigen Wartefrist bei Restkreditversicherung

Eine Änderung des Zukunftsfinanzierungsgesetzes sieht für Verbraucher eine siebentägige Wartefrist vor. Aus Sicht des GDV verstößt dies gegen die bereits verabschiedete EU-Verbraucherkreditlinie. Der deutsche Gesetzgeber plant eine Wartefrist zwischen Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages und dem einer Restkreditversicherung. Für den GDV-Hauptgeschäftsführer Jörg Asmussen, ist die „themenfremde Ausweitung des Gesetzes nicht nachvollziehbar“. Die Richtlinie soll „maximalharmonisierend“ umgesetzt werden, sodass keine nationale Wahlmöglichkeit besteht. Insbesondere müsse den EU-Mitgliedsstaaten die Möglichkeit der Zulassung von Produktbündelungen gegeben werden – dies folge aus einem Rechtsgutachten, welches die GDV in Auftrag gegeben hat. Die Wartefrist würde verhindern, dass der Kreditvertrag gemeinsam in einem Paket mit der Restkreditversicherung abgeschlossen werden könnte. Laut Asmussen wäre die Wartefrist in dieser Form EU-rechtswidrig.

EIOPA verlangt mehr Befugnisse

Die EU-Versicherungsaufsicht EIOPA fordert aufgrund der stärkeren internationalen Vernetzung der Versicherungsbranche mehr Einfluss. Infrage kommt ein europäischer Aufseher, damit frühzeitig eingegriffen werden kann und der Schaden von Verbrauchern abgewendet wird. Der Verwaltungsrat der EIOPA, mit insgesamt 28 Mitgliedern der nationalen Aufsichtsbehörden, soll die gleichen Befugnisse haben, wie die Behörden auf Landesebene. Die EIOPA beabsichtigt, dass die neue EU-Kommission einen neuen regulatorischen Rahmen schafft und sicherstellt, dass die Aufsicht auf Höhe der Zeit ist, um alle langfristigen Investitionen, die in der Zukunft anstehen, zu schützen.

Rundschreiben der BaFin zu Qualifikationsanforderungen an Personen mit Schlüsselfunktionen (11/2023)

Mit dem Rundschreiben der BaFin werden Erläuterungen und Leitlinien zu den Qualifikationen und Meldepflichten von Personen, die für Schlüsselfunktionen in Versicherungsunternehmen verantwortlich sind, auf der Grundlage des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) festgelegt. Davon umfasst sind Anzeigepflichten, erforderliche Unterlagen und Qualifikationen der verantwortlichen Personen sowie Auslagerungen von Schlüsselfunktionen, interne Richtlinien und spezifische Anforderungen für verschiedene Arten von Versicherungsunternehmen und Finanzkonglomeraten. Von Bedeutung ist insbesondere die Mitteilung an die BaFin über die Absicht, verantwortliche Personen für Schlüsselfunktionen wie Risikokontrolle, Compliance, Innenrevision und versicherungsmathematische Funktionen, zu benennen. Daneben haben die Unternehmen auch die rechtlichen und organisatorischen Verbindungen zwischen diesen Schlüsselfunktionen und dem Unternehmen selbst – unter Anpassung an dessen spezifische Unternehmensmerkmale – sowie die Qualifikationen und Erfahrungen der verantwortlichen Personen klar darzulegen. Das Rundschreiben gewährleistet die Einhaltung der Vorschriften und gibt Versicherungsunternehmen und Finanzkonglomeraten eine klare Anleitung für die Ernennung verantwortlicher Personen für Schlüsselfunktionen und die damit verbundenen Meldepflichten an die Hand.





Insight

Ukraine

Aktuelle Beiträge zu den relevanten rechtlichen Themen im Rahmen der Russland-Ukraine-Krise sowie weitere aktuelle Informationen finden Sie auf unserer Ukraine Crisis Hub auf unserer Homepage unter <https://www.clydeco.com/en/insights/crisis-in-ukraine-and-russia>

Awards

Clyde & Co ist bei der diesjährigen Preisverleihung der JUVE Awards als „**Kanzlei des Jahres für Versicherungsrecht**“ ausgezeichnet worden. Der Branchenverlag JUVE vergab die Auszeichnung – eine der wichtigsten im deutschen Rechtsmarkt – am 26. Oktober 2023. Dies ist Ausdruck unserer herausragenden Marktstellung und wir bedanken uns für die jahrelange vertrauensvolle Zusammenarbeit mit Ihnen.

Außerdem freuen wir uns über die Auszeichnung der WirtschaftsWoche als „**Top-Kanzlei**“ und „**Top-Anwälte**“ für Versicherungsrecht.

Darüber hinaus empfiehlt das international bekannte Anwaltsverzeichnis „Who’s Who Legal“ in der Deutschland-Ausgabe 2024 mit Eva-Maria Barbosa, Dr. Andreas Börner und Sven Förster aus unserem Münchner Büro sowie Dr. Daniel Kassing, LL.M., Dr. Henning Schaloske und Eva-Maria Goergen aus unserem Düsseldorf Büro gleich sechs unserer Anwälte als führende Rechtsberater im Bereich „**Insurance & Reinsurance**“.

Team

Wir dürfen eine Vielzahl von neuen Teammitgliedern begrüßen:

Sophie Enger verstärkt seit dem 1. November 2023 als Senior Associate unseren Insurance Bereich in München. Sophie Enger war vor Ihrer Tätigkeit für Clyde & Co bereits mehrere Jahre für eine Wirtschaftskanzlei in Köln mit Schwerpunkt im Versicherungsrecht tätig.

Seit dem 1. November 2023 wird das Düsseldorfer Datenschutzteam durch **Daniel Nguyen** als Associate unterstützt.

Wir freuen uns zudem **Julia Range** als Business Development Managerin vorstellen zu dürfen. Sie ist Anwältin und bringt Erfahrung als Leiterin Marketing und Kommunikation einer Anwaltskanzlei sowie als Projektmanagerin und Journalistin mit.

Clyde Casualty Day

Am 14. November 2023 fand unser jährlicher **Clyde Casualty Day** in unserem Düsseldorfer Büro statt. Es war uns eine große Freude, mit zahlreichen Teilnehmern über aktuelle Themen rund um KI, die Reform der Produkthaftungsrichtlinie, Fallstricke bei der Serienschadenklausel sowie die Best Practice eines Produktrückrufs zu diskutieren.

HerInsurance @ClydeCo

Mit **HerInsurance** haben wir bereits vor zwei Jahren ein Networking-Event für Frauen in der Versicherungsbranche gestartet. Zunächst als Online-Veranstaltungen, nun auch erstmalig als Präsenzevent vor Ort in München. Nach einem Vortrag zum Thema „Künstliche Intelligenz – zwischen Regulierung, Risiko und Chancen“ blieb im Anschluss viel Zeit für Diskussion. Vielen Dank an alle Teilnehmerinnen für den spannenden Austausch.

Vis Moot Engagement bei Clyde & Co

Auch in diesem Jahr unterstützt Clyde & Co die Vis Moot Teams einer Vielzahl von Universitäten. Ende Oktober konnten wir 24 Coaches 14 verschiedener Universitäten zu unserer Veranstaltung Clyde & Coach in unserem Düsseldorfer Büro begrüßen.

Der nächsten Pre Moot, bei dem Studierende sechs verschiedener Universitäten aus Deutschland in Probe-Pleadings gegeneinander antreten, findet im Januar 2024 in unserem Düsseldorfer Büro statt.

Mit mittlerweile knapp 400 teilnehmenden Universitäten ist der Vis Moot einer der größten und zugleich prestigeträchtigsten studentischen Wettbewerbe weltweit. Die Studierenden nehmen dabei die Rolle von Rechtsanwälten ein, verfassen Schriftsätze und vertreten in mehreren Runden in einer simulierten Schiedsgerichtsverhandlung Mandanten eines fiktiven wirtschaftsrechtlichen Falles.

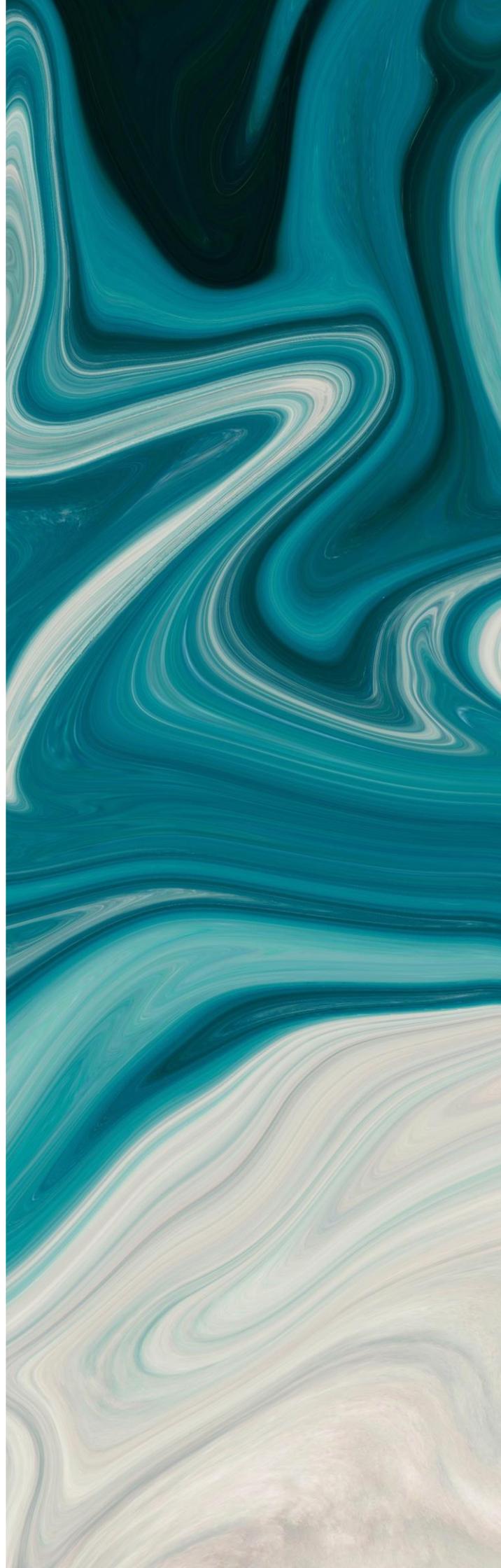
Wir wünschen allen Mooties weiterhin viel Erfolg und freuen uns sehr, dass Clyde & Co einen Anteil zur erfolgreichen Teilnahme beitragen konnte.

Vorträge & Webinare

- Dr. Tanja Schramm zu: „Aktuellen Entwicklungen in der Vermögensschadenhaftpflichtversicherung“, Moderation der Veranstaltung des DAV, Arbeitsgemeinschaft Versicherungsrecht, Arbeitskreis Haftpflichtversicherung der freien Berufe / Vermögensschadenhaftpflicht, November 2023
- Jan Spittka zu: „Herausforderungen und Strategien im Datenschutz- und Cybersecurity-Recht“, ITM-Ehemaligentreffen 2023, November 2023
- Jan Spittka zu: „Rechtlicher Rahmen für KI in der Schadenregulierung – Risiken und Mythen“, msg InnovationDay, Oktober 2023
- Jan Spittka zu: „Best of Breach Response“, Datenschutzkonferenz 2023, September 2023
- Jan Spittka, Thomas Bindl zu: „Datenschutzklagen als Cyber-Risiko? – Welche Neuerungen kommen auf Sie zu?“, EuGD Europäische Gesellschaft für Datenschutz mb, Euroforum Cyber Insurance 2023, September 2023
- Jan Spittka, Dr. Marius Haak zu: „DSGVO-konforme Ausgestaltung von Hinweisgebersysteme“, PARK | Wirtschaftsstrafrecht, Stiftung Datenschutz, September 2023
- Jan Spittka zu: „Cyber-Schäden – Haftung und Deckung im Kontext von Cyber- und D&O-Versicherung, Dual DACH Gruppe“ – 3. Claims Day, September 2023
- Jan Spittka zu: „Datenschutzrechtliche Anforderungen an den Einsatz künstlicher Intelligenz“, Institut für Versicherungsrecht der HHU – Forum Versicherungsrecht, September 2023

Veröffentlichungen

- Dr. Tanja Schramm/Stuart Maleno, Vereinigtes Königreich: „Quincecare Duty“ – Supreme Court entscheidet zugunsten der beklagten Bank, PHI 2023, S. 146 f.





480

Partner

2.400

Anwältinnen und Anwälte

3.200

Juristische Beraterinnen und Berater

5.000

Mitarbeitende

60+

Büros weltweit*

www.clydeco.com

*einschließlich assoziierte Büros

Clyde & Co LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales. Authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority.

© Clyde & Co LLP 2023