



CLYDE&CO

Insurance & Reinsurance

Quarterly  
Update 01/2024

## Inhalt

---

04.

Editorial

---

05.

OLG Hamm zu  
Auskunftsobliegenheiten  
und Verteilungsverfahren

---

09.

Gerichtsstandsvereinba-  
rungen in der  
D&O-Versicherung

---

15.

Follow Up: Risiken  
von Klimaklagen für  
die Versicherungs-  
wirtschaft

---

20.

OLG Köln zum  
Direktanspruch in der  
D&O-Versicherung

---

27.

Direct actions against  
overseas insurers  
post-Brexit

---

33.

Aktuelle  
Rechtsprechung

---

38.

Aktuelle Entwicklungen

---

42.

Insight



## Liebe Leserin, lieber Leser,

das neue Jahr ist mit einem Highlight gestartet: Clyde & Co hat das erste Büro in Polen eröffnet. Das neue Team rund um Arkadiusz Krasnodebski, Agnieszka Kulinska und Radek Góral ist spezialisiert auf die Bereiche Energie-, Gesellschaftsrecht und Konfliktlösung.

Daneben freuen wir uns, dass auch unser Veranstaltungskalender wieder gut gefüllt ist. 2024 verspricht ein Jahr voller spannender Begegnungen und Diskussionen zu werden. Gelungener Auftakt war unser PI Risk Day am 22.02.2024 in Düsseldorf. Derzeit laufen die Vorbereitungen für unsere Financial Lines Days auf Hochtouren. Wir freuen uns, Sie am 04.06.2024 in München und am 05.06.2024 in Düsseldorf begrüßen zu dürfen. Auch das Thema Nachhaltigkeit liegt uns am Herzen. Ab sofort sind wir Teil des German Sustainability Network (GSN) und leisten so unseren Beitrag für eine nachhaltige Versicherungswirtschaft

Mit diesem Quarterly Update 01/2024 geben wir Ihnen wieder einen Überblick über aktuelle Themen und Entwicklungen in der Versicherungswirtschaft, neue Rechtsprechung und Gesetzesvorhaben:

- Dr. Daniel Kassing, LL.M. bespricht die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm zu Fragen des Strafrechtsschutzes, Auskunftsobliegenheiten und Verteilungsverfahren;
- Dr. Behrad Lalani und Tom Selinger werfen einen Blick auf die Wirksamkeit und Bindungswirkung von Gerichtsstandvereinbarungen in der D&O-Versicherung;
- Dr. Sven Förster, Karin Schäffer und Emily Fisch fassen die Risiken von Klimaklagen für die Versicherungswirtschaft zusammen und
- Dr. Florian Pötzelberger, LL.M. ordnet die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln zum Direktanspruch in der D&O-Versicherung nach Abtretung des Freistellungsanspruchs ein.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre und sind gespannt auf Ihr Feedback. Sprechen Sie uns bei Fragen, Anmerkungen und Anregungen gerne an.

Ihr Clyde & Co Insurance & Reinsurance Team

## OLG Hamm zu Auskunftsobliegenheiten und Verteilungsverfahren im Rahmen der Strafrechtsschutzdeckung einer D&O-Versicherung

Mit kürzlich veröffentlichtem und noch nicht rechtskräftigem Beschluss vom 13.07.2023 (Az. 20 U 64/22) hat das Oberlandesgericht Hamm die Berufung des D&O-Versicherers gegen ein klagestattgebendes erstinstanzliches Urteil nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen und dabei zu mehreren Fragen des Strafrechtsschutzes Stellung genommen. Praxisrelevant sind insbesondere die Ausführungen des Senats zu Auskunftsobliegenheiten der versicherten Personen sowie zur Anwendung eines Verteilungsverfahrens bei nicht auskömmlicher Deckungssumme.

In dem zugrundeliegenden Sachverhalt leitete das Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung im März 2014 ein Steuerstrafverfahren gegen den Kläger wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung in dessen Eigenschaft als Geschäftsführer

der Versicherungsnehmerin ein. Hiervon erfuhr der Kläger Ende Juni 2016 im Zuge der Vollziehung eines Durchsuchungsbeschlusses sowie der vorläufigen Festnahme eines Mitbeschuldigten. Auf die entsprechende Anzeige des Versicherungsfalls gewährte der beklagte D&O-Versicherer unter Vorbehalten Versicherungsschutz in Form der Übernahme der Verteidigungskosten in dem Steuerstrafverfahren.

Die Staatsanwaltschaft Bielefeld erhob im Dezember 2019 Anklage zum Landgericht Paderborn, die das Landgericht nicht zuließ. Auf die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft erfolgte im Dezember 2022 die Zulassung der Anklage gegen den Kläger durch das Oberlandesgericht Hamm.

Zwischenzeitlich hatte der beklagte D&O-Versicherer u.a. unter Berufen auf eine Verletzung von Auskunftsobliegenheiten sowie eine nur anteilige Leistungspflicht gemäß § 109 VVG eine Erstattung der geltend gemachten Verteidigungskosten abgelehnt.

Der Kläger hat die Beklagte erstinstanzlich erfolgreich auf Freistellung von Strafverteidigungskosten in Höhe von EUR 15.330,18 zzgl. Nebenforderungen in Anspruch genommen. Mit ihrer Berufung wandte sich die Bekl. gegen ihre Verurteilung und erhob negative Feststellungswiderklage betreffend weitere zwischenzeitlich abgerechnete Kosten der Strafverteidigung in Höhe von EUR 142.735,86.

### Umfang der Auskunftsobliegenheiten im Rahmen der Strafrechtsschutzdeckung

Mit Blick auf den Umfang der Auskunftsobliegenheiten – im Beschluss wohl gemäß Bedingungswortlaut „Unterrichtungsobliegenheiten“ genannt – stellt sich das Oberlandesgericht Hamm auf den Standpunkt, dass die versicherte Person dem Versicherer nach Erteilung einer Strafrechtsschutz-Deckungszusage zwar die Auskünfte und Unterlagen zur Verfügung stellen müsse, die zur Prüfung der Angemessenheit der Verteidigungskosten erforderlich sind. Die versicherte Person sei hingegen nicht verpflichtet, sich vom Versicherer mit Blick auf die erhobenen strafrechtlichen Vorwürfe „vernehmen“ zu lassen. Zudem habe der Versicherer regelmäßig auch keinen Anspruch darauf, dass die versicherte Person ihm Akteneinsicht in die Ermittlungs- oder Strafakte ermögliche oder ihm sogar einen Einblick in die Verteidigerhandakte gestatte.

Das Oberlandesgericht begründet diese Beschränkungen der Auskunftsobliegenheiten mit der Ausrichtung der Strafrechtsschutzdeckung, die allein der Finanzierung strafprozessual zulässigen Verteidigungsverhaltens diene. Von diesem Leistungsversprechen, das bei bestrittener Wissentlichkeit einer Pflichtverletzung bedingungsgemäß bis zur Rechtskraft eines die Wissentlichkeit feststellenden Urteils gelte, hänge auch die Reichweite der Auskunftsobliegenheiten ab. Aus den Bedingungen gehe aber nicht hervor, dass die Beklagte nur solchen versicherten Personen Deckung gewähren wolle, die ihre Wissentlichkeit zurecht bestreiten. Zwar sei eine versicherte Person bei einer daneben erfolgenden zivilrechtlichen Inanspruchnahme insoweit umfassend offenbarungspflichtig, es bliebe der versicherten Person dann aber unbenommen, auf die zivilrechtliche Abwehrdeckung zu verzichten und sich damit der weitergehenden Auskunftsobliegenheiten zu entledigen.

Bei dieser Begründung berücksichtigt das Oberlandesgericht nicht, dass die sog. Strafrechtsschutz-Ausschnittsdeckung einer D&O-Versicherung keine isolierte oder gar vollumfängliche Rechtsschutzversicherung darstellt, sondern regelmäßig nur der strafrechtlichen Verteidigung von Pflichtverletzungen dient, die zu einem Vermögensschaden führen können. Es handelt sich mithin um eine den Kern des Haftpflicht-Versicherungsschutzes, namentlich die Abwehr unbegründeter Schadenersatzansprüche und die Freistellung von begründeten Schadenersatzansprüchen, flankierende Deckungskomponente. Das zeigt auch die Regelung des § 101 Abs. 1 Satz 2 VVG und begründet sich damit, dass es aus Sicht des Haftpflichtversicherers sinnvoll ist, wenn sich der Haftpflichtversicherte auch im Strafverfahren gegen die Vorwürfe verteidigt, da das Ergebnis im Strafverfahren Auswirkungen auf ein bereits laufendes oder zukünftiges Haftpflichtverfahren haben kann. Diese Konnexität lässt es zudem als praxisfern erscheinen, dass sich eine versicherte Person nur im Strafverfahren verteidigt und auf seinen Haftpflicht-Versicherungsschutz verzichtet. Ob Letzteres, wie vom Oberlandesgericht Hamm angenommen, mit Blick auf den Schutz Dritter gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VVG so einfach möglich ist, erscheint ferner zweifelhaft.

Auch die Beschränkung der Auskunftsobliegenheiten infolge einer nicht bestehenden Beschlagnahmefreiheit von dem D&O-Versicherer überlassenen Informationen, zu denen es angeblich „durchaus der Praxis“ entspreche, dass Strafverfolgungsbehörden Auskünfte von Versicherungsunternehmen verlangen oder Mitarbeiter von Versicherern als Zeugen vernehmen, überzeugt nicht. Denn einerseits existiert eine solche Praxis nicht.

Zudem befreit das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (*nemo tenetur se ipsum accusare*), Versicherte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht davon, auf entsprechendes Verlangen des Versicherers auch solche Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig zu offenbaren, die eigenen Interessen widersprechen, weil sie dem Versicherer ggf. erst ermöglichen, sich auf Leistungsfreiheit zu berufen (siehe nur BGH, Urt. v. 16.11.2005 – IV ZR 307/04 m.w.N.). Insoweit kann es insbesondere auch um Nicht- oder Falschangaben vor oder während der Vertragslaufzeit des D&O-Versicherungsvertrags (vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2017 – IV ZR 289/14) und nicht nur, wie es das Oberlandesgericht Hamm voraussetzt, um den Wissentlichkeitsausschluss gehen, der wegen der Vorleistungspflicht bei bestrittener Wissentlichkeit aber (noch) nicht relevant sei. Die Verfassung garantiert nämlich gerade nicht, dass man sich einerseits durch Schweigen der Gefahr einer Bestrafung entziehen, andererseits aber zugleich private Rechte voll durchsetzen kann (BVerfG, Beschl. v. 07.07.1995 – 2 BvR 1778/94).

### Keine (analoge) Anwendbarkeit von § 109 VVG

Mit Blick auf die Ausführungen des Gerichts zu § 109 VVG ist vorzuschicken, dass im Anlassstreit keine unzureichende Versicherungssumme vorlag und es sich daher insoweit um ein *obiter dictum* handelt. Dessen ungeachtet legt der Senat nachvollziehbar dar, dass § 109 VVG wortlautgemäß eine Verantwortlichkeit der versicherten Person gegenüber „mehreren Dritten“ voraussetzt und es vorliegend bereits daran mangelt. Denn eine Verantwortlichkeit bestehe mit Blick auf die Steuer(nach)zahlungen allein gegenüber dem Fiskus. Ferner sei die Versicherungsnehmerin

selbst kein Dritter im Sinne von § 109 VVG, denn Sinn und Zweck dieser Vorschrift sei es, einen gerechten Ausgleich zwischen mehreren außenstehenden Geschädigten zu schaffen, die regelmäßig keinerlei Einfluss auf die Höhe der vereinbarten Deckungssumme haben. Versicherungsnehmer und Versicherer vereinbarten aber die Höhe der Deckungssumme, sodass der geschädigte Versicherungsnehmer selbst für ausreichenden Versicherungsschutz sorgen könne. Auf Abwehrkosten sei § 109 VVG bereits tatbestandlich nicht anwendbar. Auch eine analoge Anwendung von § 109 VVG scheide aus, da es im Anlassstreit nicht um den Schutz außenstehender Dritter, sondern umgekehrt um mehrere potenzielle Schädiger, die versicherten Personen, ginge.

Diesen Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamm ist zuzustimmen. Denn eine Anwendbarkeit von § 109 VVG setzt tatbestandlich mehrere geschädigte Dritte voraus, an denen es hier bereits fehlte. Eine Anwendbarkeit von § 109 VVG auf Abwehrkosten scheidet deswegen aus, weil die Vorschrift allein die Freistellungsleistung des Haftpflichtversicherers regelt. Und eine analoge Anwendbarkeit erfordert eine Regelungslücke, deren Planwidrigkeit und eine vergleichbare Interessenlage. An allen drei Voraussetzungen mangelt es jedoch: Bereits eine planwidrige Regelungslücke kann nicht allein aus dem Fehlen eines gesetzlichen Verteilungsschlüssels für Abwehrkosten gefolgert werden. Vielmehr wollte der Gesetzgeber anscheinend nur eine gleichmäßige Befriedigung der geschädigten Dritten sicherstellen. Auch an einer vergleichbaren Interessenlage zwischen versicherten Schädigern und geschädigten Dritten mangelt es offensichtlich.

### Ergänzende Vertragsauslegung im Rahmen der Strafrechtsschutzdeckung ergibt eine Aufteilung der Versicherungssumme nach Köpfen

Mit Blick allein auf die Strafrechtsschutzdeckung gelangt das Oberlandesgericht Hamm im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung sodann zu dem Ergebnis, dass eine Aufteilung der Versicherungssumme nach Köpfen, also der Anzahl der Versicherungsschutz genießenden versicherten Personen, sach- und interessengerecht sei. Zur Begründung rekurriert der Senat auf den schnell zu gewährenden Strafrechtsschutz, die Vorleistungspflicht bei bestrittener Wissentlichkeit und die Rechtsschutzgewährungs- als Hauptleistungspflicht des D&O-Versicherers.

Diese Aspekte können indes allenfalls dann zur Begründung einer Verteilung nach Köpfen herangezogen werden, wenn mehrere versicherte Personen in demselben Strafrechtsschutzfall gleichermaßen betroffen sind. Sie verfangen aber dann nicht, wenn gegen eine der versicherten Personen zusätzlich auch wegen anderer

versicherter Pflichtverletzungen ermittelt wird. Dann bestünde nämlich die Gefahr, dass eine am stärksten betroffene versicherte Person ihren „Strafverteidigungskosten-Topf“ entsprechend auch am schnellsten verbraucht hat und keine Versicherungsleistungen mehr erhielte, während die „Töpfe“ anderer versicherter Personen noch nicht ausgeschöpft sind und möglicherweise auch nie ausgeschöpft werden. Sofern neben die Strafverteidigungskosten dann noch wegen einer ggf. erst später erfolgenden zivilrechtlichen Inanspruchnahme – möglicherweise nicht sämtlicher von den strafrechtlichen Ermittlungen betroffener versicherter Personen und/oder wegen unterschiedlicher, aber derselben Deckungssumme zuzuordnender Sachverhalte – auch noch zivilrechtliche Verteidigungskosten treten, führt eine Verteilung nach Köpfen erkennbar nicht weiter und entspräche mithin auch nicht dem mutmaßlichen Willen der Versicherungsvertragsparteien. Bereits für die vom Oberlandesgericht Hamm postulierte Priorisierung der Strafrechtsschutzdeckung wäre vielmehr eine Verteilung nach dem Prioritätsprinzip konsequenter gewesen.

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten ist das Verfahren derzeit beim Bundesgerichtshof (Az. IV ZR 171/23) anhängig.

## Gerichtsstandsvereinbarungen in der D&O-Versicherung

Versicherungsverträge sehen in der Regel Gerichtsstandsvereinbarungen vor, um die prozessrechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien zu bestimmen. Durch solche Abreden regeln die beteiligten Parteien vertraglich die örtliche, sachliche sowie internationale Zuständigkeit eines Gerichts für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertrag.

Die Regelung eines einheitlichen Gerichtsstands ist insbesondere in der D&O-Versicherung von großer Relevanz. Bei der D&O-Versicherung handelt es sich um eine Versicherung für fremde Rechnung.<sup>1</sup> Demnach schließt die Versicherungsnehmerin mit dem Versicherer eine solche Versicherung insbesondere für ihre Organe und leitenden Angestellten ab.<sup>2</sup> Rechtsstreitigkeiten berühren daher nicht nur den Rechts- und Interessenkreis der Vertragsparteien, sondern darüber hinaus auch den der versicherten Personen.

Diese Besonderheit wirft daher die Frage auf, ob und gegebenenfalls mit welchen Einschränkungen eine zwischen Versicherer und Versicherungsnehmerin geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung auch die versicherte Person vertraglich binden kann, da diese durch eine solche Abrede ihren potenziellen Schutzgerichtsstand aus § 215 VVG verlieren könnte.



Dr. Daniel Kassing, LL.M.  
Partner  
daniel.kassing@clydeco.com  
+49 211 882 28805

<sup>1</sup> Gottwald, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 328 Rn. 113.

<sup>2</sup> Fleischer, in: BeckOGK AktG, 01.10.2023, AktG § 93 Rn. 282.



## 1. Fehlende Prorogationsfreiheit der versicherten Person nach § 38 ZPO

Im Ausgangspunkt richtet sich die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach den §§ 38–40 ZPO. Die Vorschriften sehen dabei zunächst grundsätzlich ein Verbot derartiger Zuständigkeitsklauseln vor.<sup>3</sup> Der § 38 ZPO als zwingende, unabdingbare Regelung lässt dabei nur wenige Ausnahmen von diesem Grundsatz zu.<sup>4</sup>

Prorogationsfähig sind nach § 38 Abs. 1 ZPO unter anderem Kaufleute gemäß §§ 1–3 HGB und Handelsgesellschaften im Sinne des § 6 HGB<sup>5</sup> und demnach regelmäßig auch die Versicherungsnehmerin einer D&O-Versicherung, nicht aber die versicherte Person selbst. Es stellt sich die Frage, ob eine zwischen dem Versicherer und der Versicherungsnehmerin getroffene Gerichtsstandsvereinbarung bereits aufgrund der fehlenden Prorogationsfähigkeit der versicherten Person überhaupt eine Bindungswirkung ihr gegenüber entfalten könne. Dem steht zunächst der Regelungszweck der §§ 38 ff. ZPO entgegen, prozessuale Waffengleichheit der Parteien zu gewährleisten, indem der Beklagte grundsätzlich nur an seinem allgemeinen Gerichtsstand zu verklagen ist (sogenannte Beklagtengerichtsstand).<sup>6</sup> Insbesondere geschäftsunerfahrene Parteien genießen hier besonderen Schutz, da eine vom gesetzlichen Normalfall abweichenden Gerichtsstandsvereinbarung

erhebliche – und oft nicht direkt erkennbare – Nachteile mit sich bringen können.<sup>7</sup> Im Unterschied dazu sind prorogationsbefugte Personen, die typischerweise hinreichend geschäftserfahren sind, durchaus in der Lage, die Tragweite einer solchen Abrede zu überblicken.<sup>8</sup> Eine entsprechende Anwendung des § 38 Abs. 1 ZPO auf vergleichbar geschäftserfahrene Personen ist nach der Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit unzulässig<sup>9</sup>, sodass versicherte Personen nur dann prorogationsfähig sind, sofern es sich bei ihnen um Kaufleute handelt.

Indes kommt es nach dem Wortlaut des § 38 Abs. 1 ZPO allein auf die erforderliche Prorogationsfähigkeit der Vertragsparteien an.<sup>10</sup> Die fehlende Prorogationsfähigkeit der versicherten Person – die durch den Versicherungsvertrag nicht selbst Vertragspartei wird – steht der Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung zwischen Versicherungsnehmerin und Versicherer demnach grundsätzlich nicht entgegen. Vielmehr kann eine solche wirksame Abrede direkte Wirkung auch gegenüber der versicherten Person entfalten.<sup>11</sup> Diese Schlussfolgerung steht zudem mit dem versicherungsrechtlichen Grundsatz im Einklang, nachdem die Versicherungsnehmerin über die Wirkung des Versicherungsvertrages gegenüber den Versicherten bestimmt.<sup>12</sup> Eine gegenteilige Handhabung wäre in der Praxis auch kaum umsetzbar, da andernfalls mit jedem einzelnen Organ bzw. leitenden Angestellten, der unter dem D&O-Versicherungsvertrag Versicherungsschutz genießen soll, eine individuelle Abrede getroffen werden müsste.

<sup>7</sup> Becker, in: Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, ZPO vor § 38 Rn. 2.

<sup>8</sup> Patzina, in: MüKo ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 38 Rn. 17.

<sup>9</sup> OLG Köln, Urteil v. 29.06.2015 – 8 AR 39/15, NZG 2015, 1439.

<sup>10</sup> Mäsch, in: BeckOGK BGB, 01.01.2024, BGB § 328 Rn. 75.

<sup>11</sup> Finkel/Seitz, in: D&O-Versicherung, AVB-AVG, 1. Aufl. 2016, AVB-AVG Ziff. 13 Rn. 13 ff.

<sup>12</sup> BGH, Urteil v. 08.05.2013 – IV ZR 233/11, VersR 2013, 853.

## 2. Gerichtsstandsvereinbarung kein Vertrag zugunsten Dritter

Eine D&O-Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung stellt einen gesetzlich besonders geregelten Vertrag zugunsten eines Dritten – hier der versicherten Person – dar, vergleiche § 328 BGB.<sup>13</sup> Dabei können die Parteien nach überwiegender Ansicht auch Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten eines am Vertragsschluss unbeteiligten Dritten vereinbaren.<sup>14</sup>

Entfaltet eine solche zwischen Versicherer und Versicherungsnehmerin getroffene Abrede auch eine Bindungswirkung gegenüber der versicherten Person, berührt dies ohne Zweifel deren Rechts- und Interessenkreis. Auf den ersten Blick könnte man hierdurch einen Verstoß gegen die durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte negative Vertragsfreiheit annehmen, da eine Gerichtsstandsvereinbarung zumeist ohne Zustimmung der betroffenen Person geschlossen wird.

Der in der Praxis oft dargelegte Einwand, derartige Vereinbarungen stellen demzufolge für sich genommen einen unzulässigen Vertrag zugunsten Dritter dar, verspricht jedoch schon vor dem Hintergrund des gegenständlichen Leistungsumfangs einer D&O-Versicherung keinen Erfolg. So ist eine Gerichtsstandsvereinbarung, die nicht nur die

Klagemöglichkeiten des Dritten, sondern auch seine Gerichtspflichtigkeit ohne dessen Mitwirkung erweitert, zwar grundsätzlich unwirksam.<sup>15</sup> Allerdings besteht das zentrale Leistungsversprechen in der D&O-Versicherung darin, unbegründete Ansprüche gegen die versicherte Person abzuwehren (Abwehrfunktion) oder diese von begründeten Ansprüchen freizustellen (Schadenausgleichsfunktion).<sup>16</sup> Eine Klageerhebung gegen die versicherte Person selbst – die durch den D&O-Versicherungsvertrag lediglich wirtschaftlich bevorteilt wird und die keine eigenständige Leistungspflicht<sup>17</sup> gegenüber dem Versicherer zu erfüllen hat – scheidet in aller Regel aus, sodass eine erweiterte Gerichtspflichtigkeit dann ohnehin nicht in Betracht kommen kann.

Weiter steht auch eine Beschränkung der Klagemöglichkeiten der Wirksamkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht entgegen. Wird der versicherten Person hierdurch lediglich die Möglichkeit genommen, den ihm zugewendeten Anspruch bei dem zuständigen, durch die Abrede aber derogierten Gericht einzuklagen zu können, handelt es sich bei einer derartigen Beschränkung nur um eine Einschränkung der zugewendeten Begünstigung.<sup>18</sup> Rechtsprechung und Schrifttum erkennen die Zulässigkeit einer solchen Einschränkung unproblematisch an<sup>19</sup>, sodass Gerichtsstandsvereinbarungen demnach regelmäßig keinen Vertrag zugunsten Dritter darstellen.

<sup>3</sup> Becker, in: Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, ZPO vor § 38 Rn. 1.

<sup>4</sup> Becker, in: Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, ZPO vor § 38 Rn. 1.

<sup>5</sup> Heinrich, in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, ZPO § 38 Rn. 10.

<sup>6</sup> Becker, in: Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, ZPO vor § 38 Rn. 2.

<sup>15</sup> Mäsch, in: BeckOGK BGB, 01.01.2024, BGB § 328 Rn. 75.

<sup>16</sup> Rahlmeyer/Fassbach, in: GWR 2015, 331 (331).

<sup>17</sup> Denkbar sind allenfalls Mitwirkungspflichten, die indes nur bei der eigenen Leistungsdurchsetzung entstehen können.

<sup>18</sup> Mäsch, in: BeckOGK BGB, 01.01.2024, BGB § 328 Rn. 75.

<sup>19</sup> BGH, Urteil v. 12.10.2011 – VII ZR 50/11, NZM 2012, 558, 559.

<sup>13</sup> Gottwald, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2022, BGB § 328 Rn. 95, 113.

<sup>14</sup> Mäsch, in: BeckOGK BGB, 01.01.2024, BGB § 328 Rn. 75.

### 3. Eingeschränkte Vertragsfreiheit nach § 215 VVG

Bei Klagen aus einem Versicherungsvertrag stellt § 215 VVG der Versicherungsnehmerin einen besonderen Gerichtsstand zur Verfügung.<sup>20</sup> Nach § 215 Abs. 1 VVG ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk die Versicherungsnehmerin zur Zeit der Klageerhebung ihren Wohnsitz hat. Dieser wird dadurch die Rechtsverfolgung erleichtert und nimmt ihr zugleich die Bürde eines auswärtigen Prozesses.<sup>21</sup> Damit weicht die Vorschrift vom zivilprozessualen Grundsatz, dass der Kläger dem Gerichtsstand des Beklagten zu folgen hat (*actor sequitur forum rei*), zugunsten der Versicherungsnehmerin ab.<sup>22</sup> Die Möglichkeit der Klageerhebung am Wohnsitz der Versicherungsnehmerin gilt dabei auch für versicherte Personen.<sup>23</sup>

Umstritten ist jedoch, ob der versicherten Person darüber hinaus ein zusätzlicher Gerichtsstand am eigenen Wohnsitz eingeräumt werden kann. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut des § 215 Abs. 1 S. 1 VVG, wonach allein der Wohnsitz der Versicherungsnehmerin maßgeblich ist.<sup>24</sup> Teilweise wird für eine analoge Ausweitung des Wortlauts auf die versicherte Person plädiert, um der versicherten Person – insbesondere, wenn diese zugleich Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist – nicht die Möglichkeit zu nehmen, an seinem eigenen Wohnsitz Klage erheben zu können.<sup>25</sup> Hiergegen spricht zwar zunächst, dass

die versicherte Person einer D&O-Versicherung in aller Regel kein Verbraucher ist. Weiter streitet gegen eine analoge Ausweitung des Wortlauts auf den Sitz der versicherten Person die Anwendung des Grundsatzes „*actor sequitur forum rei*“.<sup>26</sup> Die Einräumung eines Gerichtsstands am Ort weiterer Beteiligter sollte demnach einzig dem Gesetzgeber vorbehalten sein.<sup>27</sup> Für eine analoge Anwendung lässt sich indes ins Feld führen, dass in der D&O-Versicherung im Regelfall allein die versicherte Person zur Einforderung der Leistung berechtigt ist und sie insoweit wie eine Versicherungsnehmerin in anderen Versicherungsbereichen schutzwürdig ist. Es gibt überzeugende Argumente für beide Ansichten. Höchstrichterlich ist diese Rechtsfrage weiterhin ungeklärt.

Die im VVG vorgesehenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit gelten jedoch gemäß § 210 Abs. 1 VVG nicht für Versicherungen von Großrisiken sowie laufenden Versicherungen. Diese schützen in erster Linie die Interessen der Versicherungsnehmerin. Ist diese jedoch selbst hinreichend geschäftskundig, entfällt auch ihre Schutzwürdigkeit.<sup>28</sup> Ob hierunter auch die Beschränkung von Gerichtsstandsvereinbarungen zu verstehen ist, wurde in der Literatur früher zwar vereinzelt aufgrund des rein prozessualen Charakters der Vorschriften abgelehnt.<sup>29</sup> Jedoch sind nach überwiegender Ansicht auch Gerichtsstandsvereinbarungen ein Ausdruck der

Vertragsfreiheit.<sup>30</sup> Der § 210 Abs. 1 VVG greift demzufolge auch dann, wenn die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen durch eine Vorschrift des VVG eingeschränkt wird<sup>31</sup>, mit der Folge, dass derartige Abreden bei Versicherungen über Großrisiken auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 215 Abs. 3 VVG – dispositiv<sup>32</sup> – zulässig sind.

Dem Wortlaut des § 210 Abs. 1 VVG nach sind jedoch nur Vorschriften „nach diesem Gesetz“ abdingbar, zwingende Regelungen außerhalb des VVG demnach nicht von der Vorschrift berührt.<sup>33</sup> Die vorstehend erwähnten Einschränkungen, insbesondere das Verbot von Verträgen zulasten Dritter (siehe 3.), sind also auch im Falle einer nach § 210 Abs. 1 zulässigen – vom besonderen Gerichtsstand des § 215 VVG abweichenden – Abrede zu beachten.

### 4. Eingeschränkte Vertragsfreiheit nach Art. 10–16 EuGVVO

Weiterhin ungeklärt scheint zu sein, ob der Bindungswirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber der versicherten Person möglicherweise die Regelungen der EuGVVO (auch bekannt als Brüssel Ia-VO) entgegenstehen. In Art. 10–16 EuGVVO hat der europäische Gesetzgeber die gerichtliche Zuständigkeit für Versicherungssachen geregelt und dabei die Vertragsfreiheit im Hinblick auf von diesen Regelungen abweichende Gerichtsstandsvereinbarungen insofern eingeschränkt, als das eine solche Abrede nur unter Maßgabe des Art. 15 EuGVVO möglich ist. So kann von den gesetzlichen Regelungen unter anderem – wie schon nach § 210 Abs. 1 VVG – mitunter dann abgewichen werden, sofern es sich um Versicherungen über Großrisiken handelt (Art. 15 Nr. 5, 16 Nr. 5 EuGVVO).

Ob dies gleichbedeutend damit ist, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung bei Versicherungen über Großrisiken auch eine am Vertragsschluss unbeteiligte versicherte Person bindet, kann vorerst zumindest für reine Inlandsfälle dahinstehen. Nach europäischer Rechtsprechung und Schrifttum ist die EuGVVO grundsätzlich nur dann anwendbar, sofern der zugrundeliegende Sachverhalt einen Auslandsbezug aufweist.<sup>34</sup> Ein solcher liegt im Bereich der Zuständigkeit jedenfalls dann nicht vor, wenn der Vertrag im Gerichtsstaat abgeschlossen wurde.<sup>35</sup> Ob auch die ausländische Staatsangehörigkeit einer Prozesspartei einen Auslandsbezug begründet, ist von der europäischen Rechtsprechung bisher noch nicht festgestellt.<sup>36</sup>

<sup>20</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 215 Rn. 1.

<sup>21</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 215 Rn. 1.

<sup>22</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 215 Rn. 1.

<sup>23</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 215 Rn. 16.

<sup>24</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 215 Rn. 16.

<sup>25</sup> Staudinger/Ruhs, in: Marlow/Spuhl, BeckOK VVG, 01.02.2024, VVG § 215 Rn. 68.

<sup>26</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 215 Rn. 16.

<sup>27</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 215 Rn. 16.

<sup>28</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 210 Rn. 1.

<sup>29</sup> Schwintowski, in: Honsell, Berliner Kommentar VVG, 1. Aufl. 1999, § 187 Rn. 4 zu § 48 VVG aF.

<sup>30</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 210 Rn. 7.

<sup>31</sup> Klimke, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Aufl. 2021, VVG § 210 Rn. 11.

<sup>32</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 210 Rn. 7.

<sup>33</sup> Looschelders, in: Langheid/Wandt, MüKo VVG, 3. Aufl. 2024, VVG § 210 Rn. 6.

<sup>34</sup> EuGH, Urteil v. 03.06.2021 – C-280/20, BeckRS 2021, 12597; Stadler/Krüger, in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, EuGVVO Art. 4 Rn. 2.

<sup>35</sup> Wagner, in: JURA – Juristische Ausbildung, 2021(12), 1409–1417.

<sup>36</sup> Wagner, in: JURA – Juristische Ausbildung, 2021(12), 1409–1417.

Zwar hat die 6. Kammer des EuGH mit Urteil vom 27.02.2020 festgestellt, dass eine nach dem EuGVVO zulässige Gerichtsstandsvereinbarung keine Bindungswirkung gegenüber einer versicherten Tochtergesellschaft entfalten kann.<sup>37</sup> Dies wurde jedoch – neben dem Einwand, dass es sich bei dieser nicht um eine im Versicherungssektor Tätige handelte – damit begründet, dass sie in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Versicherers und der Versicherungsnehmerin ansässig war.<sup>38</sup> Ob eine Bindungswirkung auch dann entfallen soll, wenn alle Verfahrensparteien in ein und demselben Mitgliedstaat ansässig sind, kann der in dieser Hinsicht nicht konkreten Formulierung jedenfalls nicht ohne Weiteres entnommen werden, zumal die Urteilsgründe der Entscheidung keine weiteren Ausführungen dazu enthalten. Es ist indes davon auszugehen, dass es dem Gericht in erster Linie darauf ankam, Versicherte vor Rechtsstreitigkeiten im Ausland zu schützen.

## 5. Fazit

Abschließend betrachtet kann eine zwischen Versicherer und Versicherungsnehmerin geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung demnach auch Bindungswirkung gegenüber der versicherten Person entfalten. Zum einen steht der Wirksamkeit einer solchen Abrede nicht die fehlende Prorogationsfähigkeit der versicherten Person entgegen. Zum anderen stellt sie auch keinen unzulässigen Vertrag zulasten der versicherten Person dar. Die im VVG vorgesehenen Beschränkungen der Vertragsfreiheit können insbesondere bei Großrisiken auch mit Bindungswirkung gegenüber der versicherten Person abbedungen werden. Diesem Befund steht in reinen Inlandsfällen wohl auch die EuGH-Rechtsprechung nicht entgegen.



**Dr. Behrad Lalani**  
Senior Associate  
behrad.lalani@clydeco.com  
+49 211 8822 8857



**Tom Selinger**  
Research Assistant  
tom.selinger@clydeco.com  
+49 211 8822 88438

<sup>37</sup> EuGH, Urteil v. 27.02.2020 – C-803/18, BeckRS 2020, 2294.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil v. 27.02.2020 – C-803/18, BeckRS 2020, 2294.

# Follow Up: Risiken von Klimaklagen für die Versicherungswirtschaft

## 1. Einleitung

Wir hatten im Quarterly Update 02/2023 über die Risiken von Klimaklagen für die Versicherungswirtschaft berichtet. Zwischenzeitlich sind Berufungsurteile des OLG München sowie Stuttgart mit interessanten Begründungen ergangen, die nachfolgend zusammen mit den Erfolgsaussichten der bereits eingelegten Nichtzuzahlungsbeschwerden behandelt werden.

## 2. Rückblick auf erstinstanzliche Urteile

Die bislang erhobenen Klimaklagen wurden durch die erstinstanzlichen Landgerichte Detmold, München, Stuttgart sowie Braunschweig als unbegründet und durch das Landgericht Essen als unzulässig verworfen.

### a) LG Detmold

Die Klage eines Bio-Landwirtes gegen VW auf Unterlassen des Inverkehrbringens von Fahrzeugen mit Verbrennungsmotoren mit Ablauf des Jahres 2029 war seitens des LG Detmold als unbegründet abgewiesen worden. Es stehe nicht fest, so das LG, „ob mit der geforderten Einstellung des Verbrennergeschäfts die behaupteten Beeinträchtigungen beseitigt würden; VW könne nicht vorgeschrieben werden, zukünftig nur auf Elektro als Antriebstechnologie zu setzen, da es andere ernsthafte Alternativen zu Benzinern und Dieselmotoren gebe, etwa Brennstoffzellen-Antriebe“.<sup>1</sup>

### b) LG München

Das LG München, vor welchem die Deutsche Umwelthilfe e. V. (DUH) gegen BMW auf ein Verbrenner-Aus für Neuwagen bis 2030 sowie eine drastische Reduzierung der CO2 Emissionen der Fahrzeuge geklagt hatte, argumentierte, dass die Umstellung von Wirtschaft und Gesellschaft auf Klimaneutralität sowie deren Wahrnehmung dem politischen Prozess und nicht den Gerichten obliege, und wies die Klage der DUH ebenfalls als unbegründet ab.<sup>2</sup>

### c) LG Stuttgart

Ähnlich argumentierte das LG Stuttgart, bei welchem das Verfahren der DUH gegen Mercedes anhängig war, welches ebenfalls auf Unterlassung der Produktion von treibhausgasemittierenden Verbrennungsmotoren zielte: „Der verfassungsrechtlich in Art. 20a GG verankerte Grundsatz des Schutzes der Umwelt richtet sich primär an den Gesetzgeber“.<sup>3</sup>

### d) LG Braunschweig

Vor dem LG Braunschweig hatte Greenpeace gegen VW mit ähnlichen Zielen wie den vorgenannten geklagt. Das LG hat in seiner erstinstanzlichen klageabweisenden Entscheidung argumentiert, dass sich VW an die geltenden Vorschriften halte, sodass etwaige Beeinträchtigungen zu dulden wären.<sup>4</sup>

### e) LG Essen

Die erste deutsche Klimaklage des Klägers Saúl Lliuya gegen RWE vor dem LG Essen im Jahr 2016 war bereits wegen Unzulässigkeit aufgrund fehlender Bestimmtheit des Feststellungsantrages abgewiesen worden.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> LG München v. 07.02.2023 – 3 O 12581/21, RN. 78, zitiert nach beck-online.

<sup>3</sup> LG Stuttgart v. 13.9.2022 – 17 O 789/21, RN. 25, zitiert nach beck-online.

<sup>4</sup> LG Braunschweig v. 14.02.2023 – 6 O 3931/21, Rn. 72 ff, zitiert nach beck-online.

<sup>5</sup> LG Essen v. 15.12.2016 – 2 O 285/15, Rn. 33, zitiert nach beck-online.

<sup>1</sup> LG Detmold v. 24.02.2023 – 1 O 199/21; Redaktion beck-aktuell, Nachrichten, Pressemitteilungen, Fachnews, becklink 2026243.



### 3. Blick auf zweitinstanzliche Urteile

Sowohl das OLG München wie auch das OLG Stuttgart haben die Berufungen gegen die erstinstanzlichen Urteile Ende letzten Jahres als unbegründet abgewiesen.

#### a) Beschluss des OLG Stuttgart

Mit Beschluss vom 08.11.2023 hat das OLG Stuttgart die Berufung der Deutschen Umwelthilfe (DUH) gegen Mercedes zurückgewiesen. Wie auch das erstinstanzliche Gericht argumentierte das OLG, dass der Verkauf von Autos mit Verbrennungsmotoren weder derzeit noch weiter nach 2030 als rechtswidrig angesehen werden könne, solange ein solcher Verkauf gesetzlich zulässig sei, wie der Fall. Die für eine Haftung nach §§ 1004 analog, 823 BGB erforderliche Rechtswidrigkeit wäre daher nicht gegeben.<sup>6</sup> Eine mittelbare Wirkung der Grundrechte könne nicht weitergehen als die unmittelbare Drittwirkung, die den Staat selbst verpflichtet. Letzterer sei den EU-rechtlichen Verpflichtungen im Rahmen des EU-Klimaschutzpakets „Fit für 55“ nachgekommen.<sup>7</sup> Das OLG ließ daher offen, ob sich aus Art. 20a GG ein „Grundrecht auf ein ökologisches Existenzminimum“ oder ein diesem ähnliches „Recht auf eine menschenwürdige Zukunft“ herleiten lässt.<sup>8</sup>

#### b) Urteil des OLG München

Auch das OLG München ließ die Klage der DUH gegen BMW an der erforderlichen Rechtswidrigkeit in seinem Urteil vom 12.10.2023 scheitern. Das OLG stellte klar, dass die von der DUH verklagte BMW ihren

gesetzlichen Verpflichtungen nachkomme. Eine Störereigenschaft scheitere daher in jedem Fall an der Rechtswidrigkeit.<sup>9</sup> BMW habe keinen Einfluss auf zukünftige gesetzgeberische Maßnahmen, so dass die Störereigenschaft der Beklagten durch das OLG letztendlich verneint wurde.<sup>10</sup>

#### c) Ausstehende Entscheidungen

Die Entscheidungen des OLG Hamm über die Klimaklage des Peruaners Lliuya gegen RWE<sup>11</sup> sowie des Bio-Landwirtes gegen VW<sup>12</sup> und die Entscheidung des OLG Braunschweig über die Klage von Greenpeace gegen VW<sup>13</sup> stehen noch aus.

### 4. Erfolgsaussichten der Nichtzulassungsbeschwerden

Weder das OLG Stuttgart noch das OLG München ließen die Revisionen zu.<sup>14</sup> In beiden Verfahren wurden Nichtzulassungsbeschwerden eingelegt.

#### a) Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde

Gemäß § 544 Abs. 2 ZPO ist die Nichtzulassungsbeschwerde nur zulässig, wenn der Wert der Beschwer mehr als EUR 20.000,00 ausmacht (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) oder die Berufung als unzulässig verworfen wurde (§ 544 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Letzteres steht hier nicht im Raum, weil sowohl das OLG München als auch das OLG Stuttgart den Ausführungen der erstinstanzlichen Gerichte hinsichtlich der Zulässigkeit der Klagen gefolgt waren und somit die Klagen als zulässig ansahen. Stand 2022 wurden lediglich 4,43 % der Nichtzulassungsbeschwerden wegen

Unzulässigkeit durch den BGH verworfen, was im Wesentlichen auf Zweifelsfragen hinsichtlich der erforderlichen Beschwer nach § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO bzw. lediglich fristwahrender Einlegung der Beschwerde zurückzuführen war.<sup>15</sup> Nach Bereinigung von diesen Nichtzulassungsbeschwerden geht die Zahl unzulässiger Beschwerden gen Null<sup>16</sup>, sodass die vom DUH eingelegten Nichtzulassungsbeschwerden nicht an ihrer Unzulässigkeit scheitern dürften.

#### b) Begründetheit der Nichtzulassungsbeschwerde / Rechtsverletzung

Zuzulassen sind gemäß

§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO Revisionen, wenn „die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat“. Eine Rechtsfrage hat dann grundsätzliche Bedeutung, wenn sie eine klärungsbedürftige sowie klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in weiteren Fällen stellen kann.<sup>17</sup> § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO soll zwar primär Modell- oder Musterprozesse umfassen, in welchen es um die Auslegung oder die Wirksamkeit zum Beispiel typischer Vertragsbestimmungen oder allgemeiner Geschäftsbedingungen geht.<sup>18</sup> Die Norm ist aber ebenfalls einschlägig für Entscheidungen über Sachverhalte, in denen durch höchstrichterliche Leitsätze eine sachverhaltsbezogene Orientierung erforderlich ist. Danach sind auch Revisionen zuzulassen, welchen möglicherweise eine Grundsatzbedeutung im eigentlichen Sinne nicht zukommt, die aber eine Leitentscheidung der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfordern.<sup>19</sup> Das OLG München begründet seine Entscheidung der Nichtzulassung der Revision mit dem

fehlenden Vorliegen der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO. Es führt aus, dass es sich bei der klageseits aufgeworfenen Frage, „ob Unternehmen, durch deren Geschäftstätigkeit große Mengen an Co2-Emissionen verursacht werden, eine vom öffentlichen Recht unabhängige, zivilrechtliche Verpflichtung auf sorgfaltspflichtgemäße Begrenzung der CO2-Emissionen treffe“ nicht um eine ungeklärte Rechtsfrage im Sinne des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO handele, „sondern um das Interesse der Kläger an einer Neubewertung zivilrechtlicher Pflichten vor dem Hintergrund der Erderwärmung. Eine konkrete ungeklärte Rechtsfrage werde damit nicht aufgeworfen“.<sup>20</sup> Das Erfordernis für eine Leitentscheidung des BGH sieht das OLG München nicht, weil es einer weisenden Orientierungshilfe für die rechtliche Bewertung typischer Lebenssachverhalte nicht bedürfe; aufgrund von höchstrichterlichen Entscheidungen lägen Orientierungshilfen bereits vor.<sup>21</sup>

Das OLG Stuttgart verwarf die Berufung zwar per Beschluss. Gemäß § 522 Abs. 3 ZPO ist hiergegen aber ebenfalls das Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde zulässig.

Gemäß § 545 Abs. 1 ZPO kann die Revision nur auf eine Rechtsverletzung gestützt

<sup>9</sup> OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23, Rn. 66, zitiert nach beck-online.

<sup>10</sup> OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23, Rn. 89, zitiert nach beck-online.

<sup>11</sup> OLG Hamm, laufend, 5 U 15/17.

<sup>12</sup> OLG Hamm, laufend, 5 U 34/23.

<sup>13</sup> OLG Braunschweig, laufend, 2 U 8/23.

<sup>14</sup> OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23; OLG Stuttgart v. 08.11.2023 – 12 U 170/22.

<sup>15</sup> <https://www.rak-bgh.de/statistik-und-materialien>.

<sup>16</sup> <https://www.rak-bgh.de/statistik-und-materialien>.

<sup>17</sup> Amtl. Begr. des ZPO-RG, BT-Drs. 14/4722, 104; BGHZ 151, 221 (223) = NJW 2002, 3029 zu § 574; BGHZ 152, 182 (191) = NJW 2003, 65 = JZ 2003, 263 mAnm Schlosser; BGHZ 159, 135 (137) = NJW 2004, 2222.

<sup>18</sup> Amtl. Begr. des ZPO-RG, BT-Drs. 14/4722, 104.

<sup>19</sup> Amtl. Begr. des ZPO-RG, BT-Drs. 14/4722, 67, 104; s. zum Ganzen auch Münchner Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020, Krüger, § 543, RN. 8.

<sup>20</sup> OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23, RN. 101, zitiert nach beck-online.

<sup>21</sup> OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23, RN. 103, zitiert nach beck-online.

<sup>6</sup> OLG Stuttgart v. 08.11.2023 – 12 U 170/22, Rn. 59 ff, zitiert nach beck-online.

<sup>7</sup> OLG Stuttgart v. 08.11.2023 – 12 U 170/22, Rn. 70, zitiert nach beck-online.

<sup>8</sup> OLG Stuttgart v. 08.11.2023 – 12 U 170/22, Rn. 72, zitiert nach beck-online.

werden. Per definitionem in § 546 ZPO ist eine Rechtsverletzung, „wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“. Der Beschwerdeführer hat auszuführen, aus welchen Gründen, in welchem Umfang und von welcher Seite die Rechtsfrage umstritten ist. Das schließt nicht aus, dass auch neue Rechtsfragen, „an denen sich noch kein Meinungsstreit entzündet hat, oder Rechtsfragen, zu denen im Schrifttum eine einhellige Auffassung vertreten wird, die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung erfordern können“.<sup>22</sup>

Ein möglicher Ansatz für die Nichtzulassungsbeschwerden könnte die rechtliche Würdigung bzw. Auslegung von §§ 823, 1004 BGB im Licht der Wertungen des Grundgesetzes bzw. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes sein. In der Literatur ist umstritten, wie weit die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten und ein hieraus resultierender Anspruch auf Klimaschutz gehen soll.<sup>23</sup>

Das OLG Stuttgart hat offengelassen, ob ein Anspruch der Kläger aus Art. 20a GG auf „eine menschenwürdige Zukunft“<sup>24</sup> begründet werden kann, weil der europäische Gesetzgeber seinen Schutzpflichten zumindest im Verkehrssektor aufgrund der getroffenen Regelungen im Rahmen des „Fit für 55-Paket“ nachgekommen sei.<sup>25</sup>

Das OLG München hat sich mit einem etwaigen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit Art. 2 GG, dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, befasst und rechtlich gewürdigt, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Einzelnen vor den Folgen des Klimawandels schützen soll, was letztendlich verneint wurde.<sup>26</sup>

Möglicherweise könnten beide Aspekte durch den BGH anders gewürdigt werden, sofern die Revision aufgrund der Nichtzulassungsbeschwerden zugelassen werden sollte.

### c) Zusammenfassung

Es gäbe insofern einen denkbaren Ansatz zur Begründung der Nichtzahlungsbeschwerde. Wenn Nichtzahlungsbeschwerden zur Fristwahrung eingelegt werden, werden solche bei mangelnder Aussicht auf Erfolg zurückgenommen. Im Jahr 2022 hatten laut der Statistik der Rechtsanwaltskammer BGH-Anwälte „1.193 Nichtzulassungsbeschwerden (Quote: 35,23 %) und 413 zugelassene Revisionen (Quote: 43,11 %) zurückgenommen“.<sup>27</sup> Zugelassene und dann durchgeführte Revisionen hatten vor dem BGH in den Jahren 2018-2022 Erfolgsaussichten von mehr als 60 % aufgewiesen.<sup>28</sup>

## 5. Fazit und Ausblick

Zwei richtungsweisende Entscheidungen der OLGs München und Stuttgart liegen vor, welche zur Überprüfung bei dem BGH liegen. Die vorgenannte Erfolgsquote von Nichtzahlungsbeschwerden ist dem Umstand der vorzeitigen Rücknahme des Rechtsmittels durch die BGH-Anwälte geschuldet und sollte nicht über die Hürde des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hinwegtäuschen.

Die Entscheidungen der OLGs Hamm sowie Braunschweig stehen noch aus. Sie könnten für eine weitere Befahrung der Rechtsthematik sorgen.

Die derzeit ergangenen Entscheidungen entlasten die (Versicherungs-) Wirtschaft.



**Dr. Sven Förster**

Partner  
sven.foerster@clydeco.com  
+49 89 244420 103



**Karin Schäffer**

Counsel  
karin.schaeffer@clydeco.com  
+49 89 244420 120



**Emily Fisch**

Student Assistant  
emily.fisch@clydeco.com  
+49 89 24442 0114

<sup>22</sup> Musielak/Voit, ZPO, 20. Auflage, 2023, § 544, RN. 17b, zitiert nach beck-online.

<sup>23</sup> Dagegen Abel, Zukunftsgerichtete zivilrechtliche Klimaklagen und Grundgesetz, NJW 2023, 2305 ff., wohl eher befürwortend Kieninger, Klimaklagen im internationalen und deutschen Privatrecht, ZHR 187 (2023), 348, s. auch Wegener, Menschenrecht auf Klimaschutz?, NJW 2022, 425.

<sup>24</sup> Offengelassen in dem sogenannten Klimabeschluss des BVerfG v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18- in BVerfGE 157, 30, RN. 113, zitiert nach beck-online.

<sup>25</sup> OLG Stuttgart v. 08.11.2023 – 12 U 170/22, RN. 70, 72, zitiert nach beck-online.

<sup>26</sup> OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23, RN. 68 ff., dies auch im Lichte des Klimabeschlusses (s. FN. 24), RN. 69 ff., zitiert nach beck-online.

<sup>27</sup> <https://www.rak-bgh.de/statistik-und-materialien>.

<sup>28</sup> <https://www.rak-bgh.de/statistik-und-materialien>.

# Oberlandesgericht Köln: Zum Direktprozess in der D&O-Versicherung nach Abtretung des Freistellungsanspruchs und Vereinbarung eines „pactum de non petendo“

Mit Urteil vom 21.11.2023 (Az. 9 U 206/22) hat sich das Oberlandesgericht Köln zu den materiellen und prozessualen Folgen im Falle der Abtretung des deckungsrechtlichen Freistellungsanspruchs bei Innenhaftungsansprüchen in der D&O-Versicherung geäußert. Neben der Abgrenzung der Konsequenzen im Falle einer Abtretung erfüllungshalber und an Erfüllung statt, hat der Senat im Rahmen eines obiter dictums zur umstrittenen Frage der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in Abtretungskonstellationen Stellung bezogen. Nachdem das Urteil sowohl in der Versicherungswirtschaft als auch in der juristischen Fachwelt für einige Aufmerksamkeit gesorgt hat, lohnt eine nähere Betrachtung auch mit Blick auf Konsequenzen für die Praxis.<sup>1</sup>

## I. Sachverhalt

Gegenstand der Entscheidung war die klageweise Inanspruchnahme eines D&O-Versicherers durch die Versicherungsnehmerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, nach Abtretung des versicherungsvertraglichen Freistellungsanspruchs ihres ehemaligen Geschäftsführers, gegenüber dem diese Schadenersatzansprüche wegen fehlender Sicherstellung angemessenen Versicherungsschutzes behauptete. Der Geschäftsführer habe entgegen der Empfehlung des Versicherungsmaklers die Versicherungssumme der von der Klägerin unterhaltenen Sachversicherung gegen Feuerschäden nicht in einer dem Risiko angemessenen Weise erhöht. Bei einem in der Folge aufgetretenen Großbrand in der Produktionsstätte der Klägerin sei deshalb ein Schaden in Höhe von über EUR 1.200.000,00 ungedeckt geblieben. Der in Anspruch genommene Geschäftsführer trug vor, er habe auf Weisung seines Mitgeschäftsführers gehandelt, der zugleich Geschäftsführer der Alleingesellschafterin der Klägerin war. Er habe – nicht nur in Versicherungssachen – für sämtliche Entscheidungen die Freigabe des Mitgeschäftsführers einholen müssen.

Außergerichtlich hatten die Klägerin und der in Anspruch genommene Geschäftsführer die Abtretung seines Freistellungsanspruchs unter dem bestehenden D&O-Versicherungsvertrag vereinbart. Zudem trafen sie eine weitere Vereinbarung, im Rahmen derer die Klägerin u.a. erklärte, keine Vollstreckungsmaßnahmen aus einem etwaigen rechtskräftigen Zahlungstitel gegen den Geschäftsführer durchzuführen („pactum de non petendo“); die Vereinbarung sollte aber die abgetretene Forderung unberührt lassen. Der Geschäftsführer verpflichtete sich im Gegenzug, im Rahmen eines in Ansehung der Abtretung eingeleiteten Verfahrens gegenüber dem D&O-Versicherer u.a. durch Auskunftserteilung zu unterstützen.

In der Vorinstanz lehnte das Landgericht Köln in Folge der Abtretung des Freistellungsanspruchs und des Abschlusses der Stillhaltevereinbarung bereits den bedingungsgemäßen Eintritt eines Versicherungsfalles ab, da der Haftungsanspruch im Zuge der Abtretung erloschen sei.

## II. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln

Der Senat wies die Berufung maßgeblich mit der Begründung zurück, dass der ehemalige Geschäftsführer der Klägerin keine Organpflichten verletzt, sondern nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auf Weisung der Alleingesellschafterin der Klägerin gehandelt habe. Mangels Pflichtverletzung auf Haftungsebene sei daher der beklagte D&O-Versicherer auf Basis des abgetretenen Freistellungsanspruchs nicht eintrittspflichtig.

1. Entgegen der Auffassung des Landgerichts stellt der Senat fest, dass durch die Abtretung des Freistellungsanspruchs und der Vereinbarung eines „pactum de non petendo“ der bedingungsgemäße Versicherungsfall nicht entfalle, da gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine direkte Inanspruchnahme des Versicherers nach Abtretung des Freistellungsanspruchs gemäß § 108 Abs. 2 VVG auch im Falle der D&O-Versicherung keinen Vorsatz des Geschädigten voraussetze, den Schädiger ernstlich persönlich in Anspruch nehmen zu wollen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Wir hatten bereits in unserem Quarterly Update, Insurance & Reinsurance Germany, 04/2023 auf die Entscheidung hingewiesen.

<sup>2</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 13.04.2016, Az. IV ZR 304/23.



2. Die Abtretung des Freistellungsanspruchs gegen einen Haftpflichtversicherer lasse den Haftpflichtanspruch eines Dritten gegen einen Versicherten grundsätzlich unberührt. Die Umwandlung des Freistellungsanspruchs unter dem Versicherungsvertrag in einen Zahlungsanspruch des Geschädigten führte nicht zu einer dogmatischen Verschmelzung von Deckungs- und Haftpflichtanspruch; vielmehr sei der Haftpflichtgläubiger in diesem Fall Inhaber beider Ansprüche.<sup>3</sup>

Eine Abtretung des Freistellungsanspruchs erfüllungshalber habe für Versicherte den Nachteil, dass die Geschädigte diese erneut in Anspruch nehmen könne, wenn die gerichtliche Inanspruchnahme des Versicherers scheiterte, nachdem das Urteil im Direktprozess gegen den Versicherer aus prozessrechtlicher Sicht keine Wirkung zwischen Geschädigter und Zedenten entfalten könne (§ 325 ZPO).<sup>4</sup> Wenn aber die geschädigte Versicherungsnehmerin den Freistellungsanspruch zurückabtreten würde, könne die versicherte Person den Versicherer nicht mehr auf Deckung in Anspruch nehmen, wenn im vorangegangenen Direktprozess die Eintrittspflicht des Versicherers aus deckungsrechtlichen Gründen abgelehnt worden sei.<sup>5</sup>

Trete ein Versicherter einen Freistellungsanspruch an den Geschädigten dagegen an Erfüllung statt ab, erlösche mit der Abtretung der Haftungsanspruch. Allerdings habe nach dem Oberlandesgericht Köln auch dies – entgegen der Vorinstanz und einzelner Literaturmeinungen<sup>6</sup> –

nicht das Erlöschen des Deckungsanspruchs zur Folge. Dies ergebe sich aus § 105 VVG, wonach eine Vereinbarung unwirksam sei, nach welcher der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet ist, wenn ohne seine Einwilligung der Versicherte den Dritten befriedige oder dessen Anspruch anerkenne. Im Umkehrschluss folge daraus, dass der Versicherer zur Leistung verpflichtet bleibe, wenn der Versicherte den Haftpflichtanspruch durch Abtretung an Erfüllung statt befriedige, wobei der Versicherer seine Leistung nur noch in Form der Zahlung an die Gesellschaft erbringen könne. Der abgetretene Freistellungsanspruch wandle sich endgültig in einen Zahlungsanspruch um.<sup>7</sup>

In dem vom Senat entschiedenen Fall seien die abgeschlossenen Vereinbarungen dahin auszulegen, dass sie ein Stillhalteabkommen („pactum de non petendo“) enthielten, wonach die Klägerin jedenfalls so lange auf ein Vorgehen gegen den Schädiger verzichte, wie die Möglichkeit bestünde, den Versicherer erfolgreich auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Ob eine Leistung erfüllungshalber oder an Erfüllung statt erfolgt sei, müsse, wenn eindeutige Parteiabreden fehlten, durch interessengerechte Auslegung ermittelt werden. Im vorliegenden Fall sei die Abtretung erfüllungshalber erfolgt, was sich u.a. aus den Vereinbarungen zum Fortbestand der Haftpflichtforderung und dem Vollstreckungsschutz ergebe.

3. Der Senat konnte im vorliegenden Fall keinen Deckungsausschlussgrund in Form einer wissentlichen Pflichtverletzung oder Leistungsfreiheit wegen vorsätzlicher Verletzung von Auskunftsobliegenheiten feststellen.

4. Eine Organpflichtverletzung lag nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Köln nicht vor. Zu den Sorgfaltspflichten eines Geschäftsführers im Sinne von § 43 Abs. 1 GmbH zähle zwar die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ihr Vermögen zu betreuen und sie vor Schaden zu bewahren, was die Sorge für ausreichenden Versicherungsschutz einschließe.<sup>8</sup> Der Organhaftungsanspruch scheiterte aber an der in der Beweisaufnahme festgestellten Weisung der Alleingesellschafterin der Klägerin.
5. Das Oberlandesgericht nahm den Fall zum Anlass, sich gleichwohl intensiv mit der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nach Abtretung des Freistellungsanspruchs in der D&O-Versicherung auseinanderzusetzen.

Nach allgemeinen Grundsätzen treffe eine Gesellschaft, die einen ehemaligen Geschäftsleiter in Anspruch nehme, lediglich die Darlegungs- und Beweislast dafür, ob und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen sei. Der Geschäftsführer habe dagegen darzulegen und zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen sei oder ihn kein Verschulden treffe, oder dass der Schaden bei pflichtgemäßem Alternativverhalten gleichwohl eingetreten wäre (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG (analog)<sup>9</sup>).

Wie der Senat ausführlich darstellt, ist umstritten, ob diese beweisrechtlichen Grundsätze auch im Falle des Direktanspruchs gegen den D&O-Versicherer nach Abtretung des deckungsrechtlichen Freistellungsanspruchs gelten.

- a. Nach einer Ansicht soll sich die Darlegungs- und Beweislast infolge der Abtretung des Freistellungsanspruchs im Wege teleologischer Reduktion zulasten der Gesellschaft ändern.<sup>10</sup> Grund der Beweislastumkehr gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG sei die besondere Sach- und Beweisnähe des Organs im Vergleich zur Gesellschaft. Diese besondere Sach- und Beweisnähe liege im Verhältnis Versicherer/Gesellschaft bei Letzterer, nachdem der Versicherer weder Eigenkenntnis über die fraglichen Vorgänge noch unmittelbaren Zugang zu oder einen Herausgabeanspruch auf Unterlagen habe. Diese Nachteile im Vergleich zum Organhaftungsprozess könnten durch versicherungsvertragliche Auskunfts- und Deckungsausschlussrechte des Versicherers nicht ausgeglichen werden, da dieser hierfür das Nachweisrisiko ebenso wie das Risiko einer Insolvenz der Gesellschaft trage, sollte er bereits Versicherungsleistungen erbracht haben. Zudem sei eine verbesserte Rechtsposition des Versicherers im Vergleich zur Gesellschaft aufgrund ihrer (nachvertraglichen) Auskunftsrechte gegenüber dem Organ, das zusätzlich als Zeuge dienen könne, nicht gegeben. Auch eine für die analoge Anwendung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG erforderliche planwidrige Regelungslücke fehle, da der Gesetzgeber bei Einführung des § 108 Abs. 2 VVG Beweislastfragen im Rahmen der D&O-Versicherung nicht vor Augen gehabt habe.

<sup>3</sup> Vgl. u.a. BGH, Urteil vom 20.04.2016, Az. IV ZR 531/14; kritisch hierzu Langheid, VersR BLOG vom 30.11.2023, <https://www.versr.de/beweis-und-andere-lasten/>, zuletzt aufgerufen am 26.02.2024.

<sup>4</sup> Siehe Lange, D&O-Versicherung, 2. Auflage 2022, § 21 Rn. 84 m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. Lücke, in: Prölss/Martin, VVG, 31. Auflage 2021, § 108 Rn. 29; Wandt, in: Langheid/Wandt, MünchKommVVG, 2. Auflage 2017, § 108 Rn. 137.

<sup>6</sup> Vgl. Cyrus, NZG 2018, 7, 11; Hoffmann-Becking, ZHR 2017, 737, 743.

<sup>7</sup> Koch, VersR 2023, 283, 285.

<sup>8</sup> Vgl. Koch, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Auflage 2021, Vorb. zu §§ 100-112, N. Rn. 134.

<sup>9</sup> Die unmittelbar nur für Organe von Aktiengesellschaften geltende Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG gilt nach der Rechtsprechung des BGH analog für die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2002, Az. II ZR 224/00.

<sup>10</sup> Armbrüster, in: Bruck/Möller, VVG, 10. Auflage 2021, A-9 Abtretung des Versicherungsanspruchs Rn. 34 ff. m.w.N.; Brinkmann, ZIP 2017, 301; Spindler, in: MünchKommAktG, 6. Auflage 2023, § 93 Rn. 239 m.w.N.

- b. Nach anderer Auffassung soll auch bei Abtretung des Freistellungsanspruchs die Umkehrung der Beweislast gemäß § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (analog) zur Anwendung kommen.<sup>11</sup> Durch die Abtretung werde die Rechtsstellung des Schuldners nicht verändert, zumal der Deckungsanspruch nur bei Bestehen des Haftungsanspruchs Erfolg haben könne. Dieser richte sich nach § 93 Abs. 2 AktG, weshalb die dort angeordnete Verteilung der Darlegungs- und Beweislast unmittelbar auch im Direktprozess gelten müsse. Der Schutzzweck des § 108 Abs. 2 VVG solle überdies nicht nur den Interessen des Versicherten, sondern auch denen des Geschädigten Rechnung tragen. Wendete man § 93 Abs. 2 S. 2 AktG im Direktprozess gegen den Versicherer nicht an, führe dies zu einer erheblichen Schlechterstellung der Versicherungsnehmerin, und gleichzeitig verlagere sich das versicherte Risiko zugunsten des Versicherers. Letzterer nehme bei Abschluss des Versicherungsvertrages bewusst in Kauf, an die Ergebnisse eines Haftungsprozesses, für den § 93 Abs. 2 S. 2 AktG gelte, im Deckungsprozess gebunden zu sein. Gegen eine teleologische Reduktion der Norm spreche zudem, dass das Organ dem D&O-Versicherer nach § 31 Abs. 1 VVG zur Auskunft und Mitwirkung im Rechtsstreit verpflichtet sei. Zudem sei der Versicherer im Direktprozess beweisrechtlich bessergestellt, da er das Organ als Zeugen benennen könne.
- c. Das Oberlandesgericht Köln schließt sich in seiner Entscheidung der zweiten Auffassung an, wonach die Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auch im Direktprozess gegen den Versicherer gelten soll. Durch die Abtretung würden sich die Voraussetzungen des Haftungsanspruchs nicht verändern, lediglich der Gläubiger werde bei ansonsten unverändert fortbestehendem Schuldverhältnis ausgewechselt. Demnach müsse die im Gesetz angeordnete Darlegungs- und Beweislastverteilung im Inzidenzprozess fortgelten. Der Versicherer sei durch den Direktprozess nicht schlechter gestellt, nachdem er auch bei einer Trennung von Haftungs- und Deckungsprozess an die Ergebnisse des Haftungsverfahrens gebunden sei. Im Direktprozess könne der Versicherer auf die Haftungsfrage Einfluss nehmen und das auskunfts- und mitwirkungspflichtige Organ als Zeugen benennen. Zudem führe dies zu einem Gleichlauf der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die Pflichtverletzung auf Haftungsebene und die Wesentlichkeit der Pflichtverletzung auf Deckungsebene.
- Ungeachtet der – vorliegend nicht entscheidungserheblichen – Frage zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast lehnte der Senat den seitens der Klägerin gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG erhobenen Schadensersatzanspruch mangels Organpflichtverletzung mit der Begründung ab, dass der betroffene Geschäftsführer nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme im Hinblick auf die nicht erfolgte Erhöhung der Versicherungssumme auf Anweisung der Alleingesellschafterin der Klägerin gehandelt habe. Dies führe wegen der Folgepflicht des Geschäftsführers zu dessen Haftungsfreiheit. In der Konsequenz sei der beklagte D&O-Versicherer nicht eintrittspflichtig.

### III. Fazit

Das Urteil des Oberlandesgerichts Köln betrifft eine Reihe praxisrelevanter Fragen, die in der Rechtsliteratur unterschiedlich beurteilt werden.<sup>12</sup>

Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Abtretung des Freistellungsanspruchs und den Anforderungen an eine ernstliche Inanspruchnahme des D&O-Haftpflichtversicherers im Direktprozess hatte sich der Bundesgerichtshof im Jahr 2016<sup>13</sup> geäußert. Der Bundesgerichtshof hatte dabei u.a. festgestellt, dass jedenfalls die Erwägung, der Geschädigte beabsichtige in Fällen der Abtretung des Freistellungsanspruchs in Wahrheit nicht, den Versicherten persönlich haftbar zu machen, nicht gegen den Eintritt des Versicherungsfalles spreche. Vor diesem Hintergrund überraschen die Ausführungen des Senats zu dieser Teilfrage im vorliegenden Fall nicht.

Mit der wohl vorherrschenden Meinung in der Literatur<sup>14</sup> geht der Senat auch im Falle einer Abtretung des Deckungsanspruchs an Erfüllung statt von dessen Fortbestehen aus. Die eingehende gerichtliche Auseinandersetzung mit den Rechtsfolgen im Falle der Abtretung des Freistellungsanspruchs erfüllungshalber und an Erfüllung statt zeigt gleichwohl die Bedeutung, die der kautelarjuristischen Praxis bei der Ausarbeitung von Stillhalte- und Abtretungsvereinbarungen zukommen kann. Die für den Fortbestand des Haftungsanspruchs weiterhin bedeutsame Vertragsauslegung und die Umstände der Abtretung können überdies

für die Untersuchung kollusiven Verhaltens auf Versicherungsnehmerseite im Falle sog. „freundschaftlicher Inanspruchnahmen“<sup>15</sup> relevant sein.<sup>16</sup>

Im Hinblick auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast schließt sich der Senat der Auffassung an, die eine Fortgeltung der gesellschaftsrechtlichen Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auch im Direktprozess gegen den Versicherer annimmt, wobei die ausführliche Darstellung des Meinungsstreits angesichts der fehlenden Entscheidungsrelevanz überrascht. Die Diskussion dürfte auch angesichts der hiesigen Entscheidung nicht erledigt sein<sup>17</sup>, zumal sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung der Vergangenheit in Abtretungsszenarien gegenläufige Tendenzen für eine volle Darlegungs- und Beweislast auf Seiten der Zessionarin zeigten.<sup>18</sup> Das Gericht stützt sich bei seiner Entscheidung weitgehend auf allgemeine Grundsätze des Abtretungsrechts und lässt wesentliche Argumente der Gegenauffassung, die sich für eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (analog) ausspricht, unkommentiert. So geht das Gericht auf das Argument der im Verhältnis zum Versicherer regelmäßig größeren Sachnähe der Gesellschaft im Direktprozess und damit den maßgeblichen Grund für die Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 S. 2 AktG in der Organhaftung<sup>19</sup> nicht explizit ein, sondern verweist im Wesentlichen auf die – für beide Seiten geltende – Zeugenstellung des Organs. In der Literatur wird indes zurecht bezweifelt,

<sup>11</sup> Koch, in: in Bruck/Möller, VVG, 10. Auflage 2021, § 108 Rn. 63 ff. m.w.N.; Lange, D&O-Versicherung, 2. Auflage 2022, § 21 Rn. 42 m.w.N.; Voit, in: Prölss/Martin, VVG, 255., A-9 Abtretung des Versicherungsanspruchs Rn. 2.

<sup>12</sup> Siehe zum Direktanspruch insgesamt Lange, D&O-Versicherung, § 21, 2. Auflage 2022, Rn. 1 ff. sowie die jüngsten Anmerkungen zu der hier besprochenen Entscheidung von Armbrüster, r+s 2024, 27, 35 und Koch, VersR 2024, 100, 109.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 13.04.2016 – Az. IV ZR 51/14 und BGH, Urteil vom 13.04.2016 – IV ZR 304/13.

<sup>14</sup> Koch, VersR 2023, 283, 285.

<sup>15</sup> Vgl. Lange, D&O-Versicherung, 2. Auflage 2022, § 9 Rn. 34 ff.; Armbrüster, VersR 2024, S.1.

<sup>16</sup> Siehe unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 13.04.2016 – IV ZR 304/13 zur Missbrauchsgefahr bei der GmbH Armbrüster, VersR 2024, S.1.

<sup>17</sup> Vgl. ergänzend die Hinweise auf alternative Lösungsvorschläge bei Hoffmann, jurisPR-VersR 1/2024.

<sup>18</sup> Vgl. Oberlandesgericht München, Hinweisbeschluss vom 04.03.2019, Az. 25 U 3606/17; siehe hierzu Schaloske/Kreienkamp, Quarterly Update Insurance & Reinsurance Germany, 4/2019.

<sup>19</sup> Siehe Koch, in: Koch, Aktiengesetz, 17. Auflage 2023, § 93 Rn. 103.

ob sich beweisrechtliche Vorteile durch die Benennung eines Organmitglieds als Zeuge für den Versicherer in der Praxis tatsächlich stets positiv auswirken<sup>20</sup>; zudem dürfte das bei Innenhaftungsansprüchen auf Seiten des Versicherers regelmäßig bestehende Informationsdefizit im Hinblick auf interne Vorgänge durch versicherungsvertragliche Auskunftsobliegenheiten nicht ausgeglichen werden können.<sup>21</sup> Weshalb ein Gleichlauf der Darlegungs- und Beweislast auf Haftungs- und Deckungsebene angezeigt sein soll, erläutert der Senat nicht.<sup>22</sup> Letztlich können sich im Direkt- wie auch im Organhaftungsprozess für sämtliche Parteien Vor- und Nachteile in beweisrechtlicher Hinsicht ergeben, deren praktischen Auswirkungen im Einzelfall variieren können. Eine pauschale Verbesserung der Position der Versicherungsnehmerin bei Direktansprüchen gegen den D&O-Versicherer kann auch nach dem Urteil des Oberlandesgerichts Köln nicht angenommen werden.<sup>23</sup>

Die Entscheidung zeigt, dass die Abtretung des Freistellungsanspruchs bei Innenhaftungsszenarien im Rahmen der D&O-Versicherung in der Praxis verschiedene materielle und prozessuale Fragen aufwirft, die nicht abschließend geklärt sind. Die eingehenden Diskussionen zum Schicksal des Freistellungsanspruchs nach dessen Abtretung und der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der D&O-Versicherung als Versicherung für fremde Rechnung (§ 43 VVG) machen deutlich, dass „das Trennungsprinzip der Haftpflichtversicherung“ in Abtretungskonstellationen „durchbrochen“ wird.<sup>24</sup>

Eine höchstrichterliche Klärung der Streitfragen durch den Bundesgerichtshof bleibt abzuwarten.



Dr. Florian Pötzlberger,  
LL.M. IP (Chicago)

Counsel

florian.poetzlberger@clydeco.com

+49 89 244420 105

## Direct actions against overseas insurers post-Brexit

### Introduction

The impact that the United Kingdom's exit from the European Union has had on private international law may not – at least at first look – appear to be one of the more significant consequences of Brexit. However, the impact on the cross-border personal injury market has been stark. Where previously a prospective claimant who alleged to have suffered injury abroad may have been able to assert a right to pursue a claim against a European liability insurer before their home court in the UK, that right has now been extinguished.

### Synopsis:

The impact of Brexit on private international law, specifically in the context of cross-border personal injury claims, has been significant. Before Brexit, UK residents could benefit from regulations like the Recast Brussels Regulations and the Lugano Convention, allowing them to assert a right to pursue a claim against a European liability insurer in their home court. However, post-Brexit, these rights have been extinguished.

The loss of these regulations means that claimants must now seek court permission to serve outside the jurisdiction, facing more hurdles and uncertainties.

Article 18 of Rome II, allows a person who has suffered damage to bring a claim directly against the insurer if the applicable law permits. The article suggests that, despite Brexit, a claimant could still establish a cause of action against a foreign insurer, but the battle would now shift to jurisdictional issues.

The scope of Article 18 is explored, indicating that whether a claim is based on the law applicable to the contract of insurance or the law of the tort (*lex delicti*), the insurer's obligations are determined by the law governing the insurance contract. Despite the cause of action being based on the *lex delicti*, the insurer can rely on limitations on liability permitted by the law of the contract of insurance.

In conclusion, the opportunity for a claimant to bring a foreign insurer before the Courts of England and Wales still exists post-Brexit. However, the real challenge now is establishing whether England and Wales are the most appropriate forum for these claims, emphasising the need for insurers and lawyers to consider the costs and benefits of jurisdictional challenges in this new legal landscape.

<sup>20</sup> Armbrüster, r+s 2024, 27, 36; ders., VersR 2024, S. 1

<sup>21</sup> Armbrüster, r+s 2024, 27, 35, auch mit Blick auf den Sinn und Zweck der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG wegen der i.d.R. bestehenden Beweisnot der Gesellschaft.

<sup>22</sup> Vgl. Armbrüster, r+s 2024, 27, 36.

<sup>23</sup> Vgl. Langheid, VersR BLOG vom 30.11.2023, <https://www.versr.de/beweis-und-andere-lasten/>, zuletzt aufgerufen am 26.02.2024.

<sup>24</sup> Armbrüster, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 6. Auflage 2020, § 108 Rn. 110.



## The situation before Brexit

---

With membership of the EU, residents of the UK were able to benefit from both the provisions of the Recast Brussels Regulations (44/2001) and the Lugano Convention. These provisions provided a cohesive set of jurisdiction rules across the EU (in the case of the Brussels Regulations) and between the EU and the contracting EFTA states (in the case of the Lugano Convention). This provided predictability and clarity as to which state ought to have jurisdiction over a claim and ensured that a judgment in one jurisdiction should be recognised and capable of enforcement in another.

These rules placed a particular focus on ensuring that so-called 'weaker parties' had an opportunity to issue claims against particular categories of European defendants in the claimant's home court, irrespective of where the accident or harm may have occurred. This emphasis on the protection of 'weaker parties' manifested in specific jurisdictional regimes including the provision, at section 3 of the Brussels Regulations, for a claimant to be able to bring a direction right of action against the insurer of a tortfeasor in their home court.

Other benefits included special regimes in respect of consumer contracts and contracts of employment. Whilst the latter two regimes have, to an extent, been retained in UK domestic law, the near automatic right to pursue a claim directly against an insurer in a claimant's home court has been lost as a result of Brexit.

In terms of the mechanics of pursuing a claim, by article 11(1)(b) and article 13(2) of the Recast Brussels Regulations and as confirmed by the CJEU in *FBTO Schadverzekeringen NV v Jack*

*Odenbreit*, a claimant could pursue a claim against an overseas insurer in their home court if the 'national law' so permitted. Article 18 of Rome II (864/2007) provided that a claimant could bring their claim "directly against the insurer of the person liable to provide compensation if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides."

Given that it is a requirement of EU Member States to pass legislation enabling direct rights of action against motor insurers, by virtue of Regulation 2009/13, it came as no surprise that the majority of so-called 'Odenbreit claims' were against motor insurers. However, such claims were not limited to motor claims and in countries such as Belgium, France and Spain direct rights of action could be pursued against public liability insurers.

These 'Odenbreit claims' afforded a claimant a considerable advantage of being able to pursue a claim, often governed by a foreign law, before their home court, whilst enjoying the benefit of dealing with lawyers from their own jurisdiction. In practice this meant that a claimant who lived in England but was involved in a collision with a vehicle in Germany could pursue an action against the EU motor insurer in England. Likewise, a Welsh claimant who suffered an injury at a theme park in Germany could issue proceedings against the German public liability insurer in this jurisdiction. Neither claimants were required to seek the Court's permission to serve out of the jurisdiction and would also enjoy the benefits of the Service Regulations. These have also been lost as a result of Brexit.

## The impact of Brexit

---

As the clock struck eleven o'clock on the night of 31 December 2020, the era of *Odenbreit* claims passed into history. Claims that had been deemed issued before the clock chimed eleven were able to continue, but any claims remaining were no longer able to enjoy the benefits that the earlier regime offered.

The result was that the claimant who previously might have brought a direct claim against an insurer as of right would now have seek the Court's permission to serve out of the jurisdiction either on the tortfeasor and/or, possibly, their insurer. This process would involve ensuring that the claim passed through one of the jurisdictional gateways, that the Court was satisfied that the claim enjoyed reasonable prospects of success, and that that the Courts of England and Wales were the most appropriate forum for the case to be heard.

This process would then be repeated if, upon being served, the overseas defendant sought to challenge the jurisdiction pursuant to CPR Part 11.

## Post- Brexit, can a claim against a liability insurer still be pursued?

---

This article is not intended to explore the many hurdles that a claimant must overcome in order to successfully gain permission to serve outside the jurisdiction or the issues a defendant may wish to raise after service to challenge the jurisdiction of the Court, under CPR Part 11. Rather, the remainder of this article will focus whether, in principle, it is still possible for a claimant to pursue a claim against a liability insurer in the Courts of England and Wales since the provisions of Brussels and Lugano have ceased to have effect.

In short, such actions are possible, however the process is less predictable, more uncertain and more complex.

For a claimant there are plenty of advantages to pursuing a claim against the liability insurer, rather than risking a claim against the tortfeasor alone. This includes:

- That the insurer is likely to be the ultimate paying party.
- They are usually in funds and;
- They tend to engage in the litigation and they may even nominate solicitors within the jurisdiction for service.

Pursuing an individual tortfeasor is likely to be far more challenging and in general they tend to be less likely to be able to satisfy a judgment.

## So how might a claim against an insurer be pursued?

Let's take the following example.

- X is a passenger in a hire vehicle driven by Y.
- Both X and Y are resident in England and are on holiday in Germany, where the accident occurs.
- The accident is the fault of Y.
- The vehicle is insured by a German motor insurer, Insurer Z.
- Let's also assume that Y does not have the funds to satisfy a judgment.

X would like to bring a claim against the German Insurer Z as the road traffic insurer.

Despite the loss of the Recast Brussels Regulations, Rome II remains part of domestic legislation, pursuant to section 3 of the European Union (Withdrawal) Act 2018. Unlike the Recast Brussels Regulations, Rome II does not require reciprocity between participating states to function and thus, for the time being at least, remains good law.

In our example, pursuant to article 4(2) of Rome II, English law will apply and both claimant and tortfeasor are domiciled in the same jurisdiction. However, X will not be able to take advantage of the European Communities (Rights Against Insurers) Regulations 2002, as it only permits direct rights of action to be brought (i) in respect of an accident that occurs in the UK and (ii) involving a vehicle normally based within the UK. Accordingly, the law applicable to the non-

contractual obligation, that being English law, does not assist X in pursuing a direct claim against Insurer Z.

We return to article 18 of Rome II, which provides that:

“The person having suffered damage may bring his or her claim directly against the insurer of the person liable to provide compensation if the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides.”

The wording of article 18 appears to be somewhat curious for a provision that regulates rules of applicable law rather than jurisdiction. It might be tempting to read article 18 in such a way to permit X to bring their claim against Insurer Z in the claimant's home court provided that if the law of the tort or the law of the insurance contract so provides. However, it is clear that the effect of article 18 does not to confer a positive right to bring a claim against an insurer and nor does it provide any rules on the issue of jurisdiction.

There is a reasonable argument that the effect of article 18 is to permit X to bring a direct claim against an insurer (Insurer Z) if either the law applicable to the non-contractual obligation or the law applicable to the insurance contract so provides. X is therefore free to choose whichever regime may be the more favourable. In our case X cannot benefit from the law applicable to the non-contractual obligation (in this case English law) but could choose to rely upon the law applicable to the insurance contract, which we will presume is the law of Germany.

If X is able to establish that the law of the contract of insurance permits a direct right of action, by virtue of article 18 of Rome II, X should be able to establish a cause of action against Z.

This conclusion appears to be supported by the European Court in *Prüller-Frey v Brodnig and Axa Versicherung* (C-240/14), which has confirmed that the effect of article 18 was not to constitute a conflict of laws rule designating the law applicable to the liability of the insurer or the insured, but merely made it possible to bring a direct action where one or other of those laws provided for this possibility.

Advocate General Szpunar, made the point even more explicitly:

“Article 18 of the Rome Regulation does not constitute a conflict of laws rule ... The sole aim of the article is to determine which law applies to the question ... whether the victim can bring a claim directly against the insurer and does not concern the extent of the insurer or the liable party's obligations. The liabilities of the insurer continue to be governed by the insurance contract.”

Returning to our scenario:

- By article 4(2), the *lex causae*, the applicable law that governs the substantive claim is English law;
- By article 18, the law of the contract of insurance, which is presumably German law (which will define the scope of the liability under the insurance contract); and
- By German law, the claimant has a direct right of action to bring a claim against Z.

If we change the facts of the case to a motor accident in German where German law applied to both the law of the tort and the law of the insurance contract, then X could choose either law as the basis of their cause of action against the insurer.

It is possible for the claimant to establish a cause of action against a foreign insurer, despite Brexit. However, unlike before, the claimant cannot rely on the Brussels Regulation or the Lugano Convention to bring such claims in the UK as of right. The fight will be in respect of jurisdiction and whether the Courts of England and Wales are the appropriate forum.

## The scope of article 18

Where a Claimant bases their action on the law applicable to the contract of insurance, the situation is relatively straightforward. They must establish that the insured has incurred liability to them, that the claim falls within the policy coverage under that contract and that the conditions for proceeding directly against the insurer have been met. Therefore, the claimant will be bound by any indemnity limits, for example, contained in the policy of insurance.

Despite a cause of action being based on the *lex delicti*, the insurer will still be entitled to rely on any limitations on liability permitted by the law of the contract of insurance.

Article 18 deals only with whether the claimant can directly claim compensation from the insurer, whereas the scope of the insurer's obligation to pay is subject only to the law of the insurance contract.

However, as we have seen, where the law of the contract of insurance excludes a cause of action, but the *lex delicti* allows one, the claimant may choose to take advantage of the more favourable law.

## Outcome

When we consider all of the above, there remains the opportunity for a Claimant to bring a foreign insurer before the Courts of England & Wales post-Brexit. We are now beginning to see, filtering through the courts, that now the real fight is if England & Wales is the most appropriate forum to hear these claims. Absent accession to the Lugano Convention this fight will remain pertinent up until as such time this situation changes. It is key that insurers alongside their lawyers consider a costs/benefits analysis of a jurisdictional challenge and if ultimate savings are possible.

## Aktuelle Rechtsprechung

### OLG Dresden: Zur Verjährung von Deckungsansprüchen in der Haftpflichtversicherung

Das Oberlandesgericht Dresden hat mit Urteil vom 20.12.2022 (Az. 4 U 492/22) festgestellt, dass sich die Frage der Verjährung im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens, bei dem einem Versicherungsnehmer der Streit verkündet wird, im Einzelfall danach richtet, ob hierin bereits eine ernsthafte Geltendmachung eines Anspruchs liegt, die den Lauf der Verjährungsfrist auslöst.

In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit führte die Klägerin, ein Bauunternehmen, im Jahr 2006 Abdichtungsarbeiten an einem Parkhaus für einen Generalunternehmer durch. Die Klägerin hatte bei der Beklagten eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen. Der Eigentümer leitete 2010, aufgrund von festgestellten Schäden am Parkhaus, ein selbständiges Beweisverfahren gegen den Generalunternehmer ein, welcher der Klägerin den Streit verkündete. Erst nach Vorlage des Gutachtens im Jahr 2015 zeigte die Klägerin den Schadensfall ihrer Haftpflichtversicherung an. Diese erhob die Einrede der Verjährung und lehnte die Deckung ab. Darüber hinaus sei der Haftpflichtanspruch bereits 2010 erhoben worden und damit schon vor der Anzeige verjährt. Nach dem Abschluss des Haftungsverfahrens im Juli 2021 erhob die Klägerin gegen die Beklagte Deckungsklage. Das Gericht erster Instanz hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht Dresden hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Klage mit der Begründung abgelehnt, dass die streitgegenständlichen Deckungsansprüche bereits verjährt seien. Der Versicherungsfall knüpfe nach den Versicherungsbedingungen der Beklagten an den Eintritt des Schadensereignisses „als dessen Folge die Schädigung eines Dritten unmittelbar entstanden ist“ an. Die Verjährungsfrist von Deckungsansprüchen beginne zu laufen, wenn sich ein Schadenereignis erstmals bei dem Geschädigten manifestiert und der Geschädigte den Eintritt dieses Schadens gegenüber dem Versicherungsnehmer geltend mache. Im vorliegenden Fall war der Senat der Auffassung, dass diese Voraussetzungen mit der Streitverkündung des Generalunternehmers zu Beginn des selbstständigen Beweisverfahrens im Februar 2011 bereits erfüllt waren.

Bis zur Entscheidung des Oberlandesgerichts wurde von den Gerichten nicht abschließend entschieden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Einleitung des Beweisverfahrens bzw. eine Streitverkündung gegenüber dem Versicherten die Verjährung des Haftpflichtversicherungsschutzes auslösen kann. Der Senat hat festgelegt, dass es insoweit auf die Umstände des Einzelfalls ankomme. Ein ergebnisoffenes Beweisverfahren soll noch keine Inanspruchnahme begründen, während ein auf die Höhe von Ansprüchen beschränkter Beweisbeschluss grundsätzlich aber zum Entstehen von Deckungsansprüchen führen könne.



**Craig Evans**  
Partner  
craig.evans@clydeco.com  
+44 161 240 2609



Gegenständlich lag das eingeleitete Beweisverfahren wertungsmäßig zwischen diesen beiden Fällen. Dennoch sei die Verjährung anzunehmen gewesen, da für die Klägerin offensichtlich gewesen sei, dass sie als einzige Regressschuldnerin des Generalunternehmers in Betracht kommen würde, wenn der Sachverständige die Schäden an dem Parkhaus auf Baumängel aus dessen Verantwortungsbereich zurückführen sollte. Die Streitverkündung sei in dem Beweisverfahren mit einer Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gleichzusetzen. Somit war die Verjährungsfrist bereits mit Ablauf des 31.12.2014 verstrichen.

### **KG Berlin: Zur wirtschaftlichen Neugründung einer Gesellschaft**

Das Kammergericht Berlin hat in seinem Beschluss vom 12.10.2022 (Az. 22 W 48/22) anlehnend an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs herausgestellt, dass von einer wirtschaftlichen Neugründung auszugehen ist, wenn die Kapitalgesellschaft eine „leere Hülse“ ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann.

Bei der Betroffenen handelt es sich um eine GmbH, die seit Mitte 2003 im Handelsregister des Amtsgerichts Rostock eingetragen war. Diese verlegte Anfang 2022 ihren Sitz nach Berlin und tauschte Geschäftsführer sowie Gesellschafter aus. Nachdem dies im Handelsregister eingetragen war, änderte der neue Alleingesellschafter Firma und Unternehmensgegenstand und beantragte die Eintragung in das Handelsregister. Das Registergericht wies den Betroffenen darauf hin, dass die Summe der erkennbaren Umstände, insbesondere Firmen- und Gegenstandsänderung, darauf schließen ließe, dass ein Fall einer wirtschaftlichen Neugründung in der Form der Mantelverwendung gegeben sei. Das Registergericht setzte dem Betroffenen eine Frist zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung und zur Abgabe einer Versicherung entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG. Nach fruchtlosem Verstreichen der Frist wies das Registergericht die Anmeldung zurück. Daraufhin legte der Notar des Betroffenen eine Beschwerde ein. Das Amtsgericht half der Beschwerde mit Beschluss vom 08.08.2022 nicht ab.

In den Entscheidungsgründen ist das Kammergericht zunächst darauf eingegangen, wann das Registergericht mehr als die vorzulegenden Unterlagen für die Eintragsfähigkeit einer Anmeldung überprüfen darf. Das Registergericht dürfe ermitteln und weitere Nachweise fordern, wenn sich Anhaltspunkte ergeben, die eine weitere Prüfung erfordern. Dies sei vorliegend der Fall gewesen. Diese Maßnahmen sollen verhindern, dass Gründungsvorschriften umgangen werden und der Gläubigerschutz eingehalten wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Indizien für eine „wirtschaftliche Neugründung“, dass die Firma oder der Unternehmensgegenstand geändert, der Sitz verlegt, die Geschäftsführung ausgetauscht und/oder die Geschäftsanteile veräußert werden (BGH NJW 2003, 3198), wobei diese Umstände mit einer wirtschaftlichen Neugründung einer Mantelgesellschaft einhergehen können, aber nicht müssen.

So sei es hier der Fall. Die Betroffene habe nicht dargelegt, dass es sich bei den Veränderungen um eine wirtschaftliche Neuausrichtung handele. Im Gegenteil lassen die nicht entkräfteten Indizien den Schluss zu, dass ein Fall der wirtschaftlichen Neugründung in Form der Mantelverwendung vorgelegen habe. Insbesondere sei es um den Gesellschafter- und Geschäftsführerwechsel, die Sitzverlegung sowie eine „massive Änderung“ des Unternehmensgegenstandes gegangen, die eine Übernahme von Personal- und Sachausstattung nahezu ausschließen.

### **EuGH: Verschärfte Haftung von Unternehmen bei Cyberangriffen**

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 14.12.2023 (Rechtssache C-340/21) im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens unter anderem herausgestellt, dass schon die Befürchtung einer betroffenen Person, dass Dritte ihre personenbezogenen Daten nach einem Hackerangriff missbräuchlich verwenden könnten, einen immateriellen Schaden im Sinne von Art. 82 Abs. 1 DSGVO darstellen kann. Ob diese Befürchtung begründet ist, müssen die Gerichte im Einzelfall prüfen. Insbesondere muss die betroffene Person auch darlegen, dass ihr allein durch das Risiko auch tatsächlich ein (immaterieller) Schaden entstanden ist.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine bulgarische Behörde, die 2019 Opfer eines Hackerangriffs geworden ist. Infolgedessen wurden Steuer- und Sozialversicherungsdaten von Millionen Betroffenen im Internet veröffentlicht. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens verklagte die Behörde auf Schadensersatz. Der Behörde wurde vorgeworfen, dass sie es als Verantwortliche unterlassen hat, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um eine angemessene Sicherheit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten sicherzustellen (gem. Artt. 24, 32 DSGVO). Die Klägerin befürchtete einen künftigen Missbrauch ihrer personenbezogenen Daten und stützte sich daher bei ihrem Anspruch auf Art. 82 Abs. 1 DSGVO.

Der Europäische Gerichtshof entschied, dass der für die Datenverarbeitung Verantwortliche beweisen müsse, dass die von ihm getroffenen technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen tatsächlich geeignet waren, personenbezogenen Daten vor einer Offenlegung bzw. einem Zugang von Dritten zu schützen. Die Tatsache, dass Dritte den Schaden bei einem Cyberangriff initiiert haben, reiche für die Haftungsbefreiung aus Art. 82 Abs. 3 DSGVO nicht aus. Eine Haftungsbefreiung liege nur dann vor, wenn der Verantwortliche nachweisen kann, dass es keinen erdenklichen Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Verpflichtung und dem der natürlichen Person entstandenen Schaden gegeben habe.

Der Europäische Gerichtshof stellte heraus, dass eine Datenschutzverletzung selbst nicht automatisch ungeeignete Schutzmaßnahmen des Unternehmens belege. Lediglich weil ein Cyberangriff „erfolgreich“ gewesen sei, beweise dies nicht unzureichende Sicherheitsmaßnahmen des Unternehmens. Die Überlegung des Art. 32 DSGVO, der ein „dem Risiko angemessenes Schutzniveau“ fordere, sei anhand des Risikos im Einzelfall zu bewerten und nicht pauschal. Die getroffenen Maßnahmen müssen zwar stets dem „Stand der Technik“ entsprechen, können aber zu einem bestimmten Zeitpunkt „geeignet“ sein und trotzdem von Cyberkriminellen überwunden werden

### **EuGH: zur Abgrenzung von Medizinprodukten und Arzneimitteln**

Der Europäische Gerichtshof ist in seiner Entscheidung vom 19.01.2023 (Az. C-495/21) auf die Vorlagefrage eingegangen, ob die Zweifelsfallregelung der Richtlinie 2001/83 auch auf Präsentationsarzneimittel anzuwenden ist und ob ein Erzeugnis als stoffliches Medizinprodukt anzusehen ist, wenn die bestimmungsgemäße Hauptwirkung nicht abschließend zu klären ist.

Durch einen Feststellungsbescheid des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte („BfArM“) wurde ein Medizinprodukt, das die Klägerin in den Verkehr gebracht hat, als zulassungspflichtiges Arzneimittel eingestuft. Das BfArM hatte das Nasenspray als Präsentationsarzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AMG angesehen. Die dagegen erhobene Klage wurde vom Verwaltungsgericht Köln sowie auch vom Oberverwaltungsgericht NRW abgewiesen. Beide Gerichte hatten die Ansicht vertreten, dass ein Präsentationsarzneimittel auch dann vorliegen könne, wenn ein Präparat als Medizinprodukt auf den Markt gebracht wird. Die Klägerin legte Revision beim Bundesverwaltungsgericht ein. Dieser leitete ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof ein.

Der Europäische Gerichtshof entschied, dass die Zweifelsfallregelung des Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2001/83 zu Gunsten des Vorrangs des Arzneimittelregimes auch auf Präsentationsarzneimittel Anwendung finde. Dies ergebe sich aus dem eindeutigen Wortlaut „Arzneimittel“, der gem. Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie auch „Präsentationsarzneimittel“ umfasse.

Weiter hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, dass ein Stoff nur dann als Medizinprodukt eingestuft werden könne, wenn die bestimmungsgemäße Hauptwirkung im oder am menschlichen Körper weder durch pharmakologische, immunologische noch metabolische Wirkung erreicht wird. Der Hersteller müsse die Erfüllung dieser Voraussetzungen nachweisen. Fehlen wissenschaftliche Erkenntnisse, um einen solchen Nachweis zu erbringen, könne das Produkt nicht als Medizinprodukt in den Verkehr gebracht werden.

Der Europäische Gerichtshof weist darauf hin, dass die Zweifelsfallregelung auch auf Funktions- und Präsentationsarzneimittel anzuwenden sei. Zur Einstufung als Präsentationsarzneimittel reiche es aus, wenn bei einem durchschnittlich informierten Verbraucher aufgrund der Präsentation des Erzeugnisses „als Mittel mit Eigenschaft zur Heilung oder zur Verhütung“ der Eindruck entstehe, dass es sich um ein Arzneimittel handle. Die nationalen Gerichte haben zu beurteilen, ob diese Voraussetzungen im Einzelfall tatsächlich erfüllt sind.

Offen gelassen hat der EuGH die Frage nach Kriterien zur Unterscheidung von pharmakologischen und nicht-pharmakologischen Mitteln.

# Aktuelle Entwicklungen

## Neue Ombudsfrau kommt vom Verfassungsgericht

Frau Dr. Sybille Kessal-Wulf, von Dezember 2011 bis Dezember 2023 Richterin am Bundesverfassungsgericht, wurde am 27.09.2023 als Nachfolgerin von Herrn Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier als Ombudsfrau gewählt. Der im Jahr 2001 gegründete Versicherungsombudsmann e.V., dem sich mittlerweile 295 Versicherungsunternehmen angeschlossen haben, freut sich darüber, die Stelle erneut mit einer Person besetzen zu können, die eine hohe juristische Fachkompetenz, insbesondere im Versicherungsrecht, aufweist.

## Globale Mindeststeuer

Zum Jahreswechsel ist das deutsche Gesetz zur Umsetzung einer EU-Richtlinie für eine globale Mindeststeuer in Kraft getreten. Multinationale Unternehmen mit einem Umsatz von über 750 Millionen Euro müssen nun sämtliche Gewinne mit mindestens 15 Prozent besteuern. Ist die Konzernmutter in einem Staat ansässig, der die Mindeststeuer nicht eingeführt hat, haften Gruppengesellschaften in anderen Staaten für die niedrige Besteuerung. Kritisiert wird, dass eine praktische Umsetzung zweifelhaft bleibt, wenn sich maßgebliche Staaten wie die USA oder China nicht beteiligen. Auch wird den Unternehmen und ihrer Verwaltung dadurch ein enormer Mehraufwand auferlegt.

## Abstimmung über EU-Lieferketten-Richtlinie verschoben

Der Rat der Europäischen Union hat die Abstimmung über die EU-Lieferketten-Richtlinie verschoben. Aufgrund der bereits vorher erzielten Einigung über die Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) sollte die Abstimmung des Rates nur noch eine Formsache sein. Allerdings hat sich Deutschland bei der Abstimmung im Rat enthalten, sodass sich keine Mehrheit für die Richtlinie ergeben konnte. Der weitere Fortgang ist derzeit noch nicht hinreichend sicher zu beurteilen.

## Produkthaftungsrichtlinie

Das Europäische Parlament und der Europäische Rat haben sich am 14.12.2023 auf einen neuen Entwurf einer überarbeiteten Produkthaftungsrichtlinie geeinigt. Der Entwurfsfassung muss nun noch formal zugestimmt werden. Ziel der überarbeiteten Richtlinie ist es insbesondere, die Hürden für Entschädigungen für Personen, die durch fehlerhafte Produkte einen Schaden erleiden, zu senken. Im Mittelpunkt stehen die Erweiterungen des Produkt- und Herstellerbegriffs. Zukünftig ist damit gesetzlich festgeschrieben, dass es sich etwa auch bei Software um ein Produkt im Sinne der Richtlinie handelt. Daneben werden psychische Beeinträchtigung als Personenschaden anerkannt. Unternehmen, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, müssen zudem umfangreiche Offenlegungspflichten erfüllen.

## BaFin haftet nicht für Kursverluste, die bei Wirecard-Investments entstanden sind

Ein geschädigter Anleger, der in Anteilsscheine von Wirecard investiert hatte, wollte insgesamt 64.833,75 Euro von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ersetzt haben. Nach Niederlagen in den beiden Vorinstanzen scheiterte er nun allerdings auch mit einer Nichtzulassungsbeschwerde vor dem Bundesgerichtshof (Beschl. v. 10.01.2024, Az. III ZR 57/23). Der Anleger war der Auffassung, dass die BaFin Marktmanipulationen von Wirecard durch ein früheres Eingreifen hätte verhindern können. Das Landgericht verwies darauf, dass die BaFin nur öffentliches Interesse, nicht aber die Interessen einzelner Aktionäre vertritt. Ein Drittschutz bestehe nicht. Dass Mitarbeitende der BaFin selbst mit Aktien von Wirecard gehandelt hatten, wertete das Gericht nicht als sittenwidrig. Das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. wies die Berufung zurück, sodass sich der Kläger mit einer Nichtzulassungsbeschwerde an den Bundesgerichtshof wandte. Dem Bundesgerichtshof zufolge hat das Oberlandesgericht einen Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung und einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zu Recht verneint. Die Maßnahmen der BaFin seien nicht zu beanstanden und „waren bei voller Wahrung der Belange einer effektiven Bilanzkontrolle jedenfalls vertretbar“, heißt es in dem Beschluss.

## Urteil im Skandal um billiges Industriesilikon in Brustimplantaten: TÜV Rheinland zu Schadensersatzzahlung in Millionenhöhe verurteilt

Ein französisches Gericht hat am 11.01.2024 den TÜV Rheinland Frankreich im Zusammenhang mit Prüfpflichtverletzungen bei Brustimplantaten des Herstellers Poly Implant Prothèse (PIP) verurteilt. Aufgrund der Verwendung minderwertigen Industriesilikons ordnete das Gericht Schadensersatzzahlungen von mehr als Euro 10 Millionen an 605 von 1319 Betroffenen an. Die festgestellte Diskrepanz zwischen der Gelmenge für die Implantate-Bestellung und der hergestellten Anzahl von Prothesen hätte nach Ansicht des Gerichts dem TÜV bei seinen Prüfungen auffallen müssen. Im Jahr 2010 war bekannt geworden, dass PIP-Implantate überdurchschnittlich oft rissen und minderwertiges, billig hergestelltes Industriesilikon enthielten. Dies hatte neben Rechtsstreitigkeiten in Frankreich insbesondere auch Verfahren in Deutschland, Belgien, Italien und Spanien zur Folge. Aus Sicht der deutschen Gerichte hat der TÜV gegen keine Pflichten verstoßen.



## Überarbeitung der Cyber-Musterbedingungen durch den GDV

Der Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) hat seine unverbindlichen Cyber-Musterbedingungen überarbeitet. Die Änderungen umfassen insbesondere dynamische Entwicklungen. Die grundlegende Struktur einer Cyber-Police bleibt unverändert, jedoch wurden zahlreiche Anpassungen vorgenommen. Dazu zählen die Klarstellung, dass auch der Fernzugriff auf die Unternehmens-IT versichert ist, die Berücksichtigung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Datenschutzverletzungen gemäß der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), sowie der Ausschluss von Schäden durch Kriegshandlungen und staatliche Cyberangriffe.



# Insight

## Awards Legal 500 Deutschland zeichnet Clyde & Co. als Top Tier Kanzlei aus

Die neueste Ausgabe des internationalen juristischen Handbuchs „The Legal 500 Deutschland“ empfiehlt Clyde & Co erneut als führende Kanzlei in den Bereichen „Insurance Litigation“ und „Maritimes Wirtschaftsrecht“. Erstmals ist unser Team aus Deutschland auch im Datenschutz ins Ranking eingestiegen. Insgesamt dürfen sich 19 Partner, Counsel und Associates über individuelle Empfehlungen freuen.

## Weitere Expansion von Clyde & Co - Witaj, Warszawa!

Wir expandieren weiter und freuen uns sehr über unser neues Büro in Warschau, Polen, rund um die Partner Arkadiusz Krasnodebski, Agnieszka Kulinska und Radek Góral.

## PI Risk Day

Am 22.02.2024 fand unser alljähriger PI Risk Day in unserem Düsseldorfer Büro statt. Der rege Austausch mit rund 60 Teilnehmerinnen und Teilnehmern zu aktuellen relevanten Entscheidungen und aktuellen Themen, wie etwa Haftungsbeschränkungen zur Risikominimierung im Beruf, machen Lust auf mehr. Wir freuen uns bereits jetzt auf die Veranstaltung im Jahr 2025!

## ARIAS Deutschland e.V. Jahrestagung

Am 07. und 08.03.2024 haben wir unter der Leitung von Dr. Henning Schaloske, dem Vorstandsvorsitzenden der ARIAS Deutschland, erstmals die Jahresveranstaltung und Mitgliederversammlung der ARIAS 2024 in unserem Büro in Düsseldorf ausgerichtet. Hochkarätige Referenten aus Wissenschaft und Praxis berichteten zu aktuellen Themen aus der Schadenspraxis und zur Streitbeilegung in der Rück- und Industrieversicherung. Wir haben den regen Austausch mit Ihnen genossen.

## Fachkreis Sachversicherung

Wir sind Gastgeber für den „Fachkreis Sachversicherung“ der Vereinigung der Versicherungs-Betriebswirte e.V. in Zusammenarbeit mit der TH Köln, iwVKöln Institut für Versicherungswesen und der DVA - Deutsche Versicherungsakademie. Die Veranstaltung findet am 26.04.2024 in unserem Büro in Düsseldorf statt. Schwerpunkt bilden Vorträge und Diskussionen rund um den Begriff des „Repräsentanten“.

## Financial Lines Days

Wir freuen uns darauf, uns mit Ihnen im Rahmen unserer alljährlichen Financial Lines Days über aktuelle nationale und internationale Markttrends, insbesondere in den Bereichen D&O, Cyber, E&O, Crime und W&I, auszutauschen.

Die Veranstaltungen finden an den folgenden Terminen statt:

03.06.2024 in Madrid

04.06.2024 in München

05.06.2024 in Düsseldorf

06.06.2024 in Paris

Die Einladungen werden wir in Kürze versenden.

## Vis Moot Engagement bei Clyde & Co

Auch in diesem Jahr unterstützt Clyde & Co Vis Moot Teams einer Vielzahl von Universitäten. Insgesamt sechs verschiedene Teams waren in unserem Düsseldorfer Büro und haben ihre Pleadings sehr erfolgreich abgehalten.

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. Henning Schaloske zu: „Greenwashing: Neue Regulierung, Haftungs- und Deckungsrisiken in Haftpflicht und Financial Lines“, bei: Euroforum Jahrestagung Haftpflicht 2024, Januar 2024
- Jan Spittka zu: „Haftpflichtrisiken bei Cyber und Datenschutzvorfällen“, bei: Euroforum Jahrestagung Haftpflicht 2024, Januar 2024
- Jan Spittka zu: „Datenschutzrechtliches Risikomanagement bei Cyber-Abgriffen“, bei: Institut für Rechtsinformatik der Universität des Saarlandes, Januar 2024

## Veröffentlichungen

- Jan Spittka, Dr. Paul Malek zu: „IT and more: DSGVO-Schadenersatz nach Cyber-Vorfällen“, WPg 2024, 182
- Jan Spittka, Yannik Zirnstein zu: „Schadenersatz nach Cyberangriff“, GRUR-Prax 02/2024
- Dr. Tanja Schramm, Mark Sutton, Leah Barrat zu: „Vereinigtes Königreich: Verschärfung des Unternehmensstrafrechts durch den Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023“, Phi 2024, 2
- Dr. Tanja Schramm, Angela Flaherty und Abigail Li zu: „Vereinigtes Königreich: zu den Obliegenheiten eines Versicherten nach einer Deckungsablehnung“, PHi 2023, 220
- Dr. Henning Schaloske, Dr. Behrad Lalani und Dr. Paul Malek zu: „Deckungseinwände in der Cyberversicherung – zum Urteil des Landgerichts Tübingen“, PHi 2023, 221

---

# 490

Partners

---

# 2,400

Anwältinnen und Anwälte

---

# 3,200

Juristische Beraterinnen und Berater

---

# 5,500

Mitarbeitende

---

# 65+

Büros weltweit\*

[clydeco.com](https://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 2024

4220783 - 04 - 2024