

NWiR Top-Aktuell

In dieser Sparte werden ab NWiR 2018 diverse Kurzkomentierungen abgedruckt, die den aktuellen Stand der Rechtspraxis zur Entwicklung NEUEN Wirtschaftsrechts ausweisen. In erster Linie geht es dabei um Entscheidungen aus der Rspr. Aber auch Neuerungen der Gesetz- und Verordnungsgebung auf nationaler und europäischer Ebene werden berücksichtigt. Was neu i.S. von NWiR sein soll, ist schon bei Gründung dieser Zeitschrift ausführlich begründet und danach immer wieder modifiziert worden.¹ Danach wird es als wirtschaftsrechtlich neu in erster Linie angesehen, wenn die betr. Normzwecke als (informationelle) Steuerung über Öffentlichkeitseffekte begriffen werden. Klassisch ist das bei der Marktsteuerung über den Wettbewerb der Fall, wo es um die Findung eines Gleichgewichts von Angebot und Nachfrage bei vollständig informierter Kundschaft geht.² Daneben konzentrieren wir uns auf die vielfältigen Erscheinungsformen öffentlicher Aufgaben- und Funktionswahrnehmung durch Private, wie Interessenverbände, halbstaatlicher Vereine etc., die im marktwirtschaftlichen und prinzipiell wettbewerblich organisierten Wirtschaftsgeschehen tätig sind, hier aber lobbyistische oder regulierende Einflüsse ausüben.³ Ergänzend kommt in neuerer Zeit v.a. die wettbewerbliche Steuerung über die Herausbildung von Unternehmensimages am Markt in Betracht (sog. signalling), wo gleiche Informationsverteilung nicht gewahrt erscheint.⁴ Corporate und private governance heißt das Stichwort.⁵ Aber auch Anreizsteuerung, die ohne typisches signalling funktioniert, wird berücksichtigt, soweit sie, wie zunehmend üblich,⁶ in der Regulierung oder Rspr. bewusst und gewollt als Mittel eingesetzt werden, um die Normadressaten zur Befolgung der Vorschriften (sog. compliance) und zur Erreichung ihrer Regelungszwecke anzureizen.

I. EuGH: EZB-Anleihen ohne Fehlanreize

Für die europäischen Volkswirtschaften und die internationalen Kapitalmärkte mit Abstand am wichtigsten dürfte die eben erst bekannt gewordene Entscheidung des EuGH vom Dez.

¹ S. – zusammenfassend – die Jubiläumsanlage zu diesem Heft.

² Zu den Modellannahmen und zugleich zu deren Ergänzungsbedürftigkeit vgl. nur *Herzina*, Wettbewerbspolitik, 1999, S. 37 ff.; *I. Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl. 2005, S. 83 ff.,

³ Überblick bei *Leßmann*, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Verbände, 1976; zum Verhältnis zum Wettbewerbsrecht s. *Herrmann*, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht, 1984.

⁴ Vgl. – grdl. – *Akerlof*, Markets for Lemmons, QuJec. 84 (1970), S. 488 ff.; aktueller Meinungsstand v. *Schmidt*, a.a.O. S. 40 f. mit w.N.

⁵ Vgl. nur § 161 AbG i.V. CG-Kodex; zur private governance vgl. – grdl. – *Köndgen*, AcP 2006, 477, 514 ff.; *Herrmann/Roth*, Gesellschafts- und Konzernrecht für Wirtschaftsjuristen, 2008/18, S. 39 ff., jeweils m.w.N.

⁶ Vgl. nur *Micklitz* Regulierungsprivatrecht, GPR 09, 254 ff.; 10, 2 ff.; *E. Schumann* Vorwort in: dies. (Hrsg.) Das erziehende Gesetz, 2013; *Hellgardt* Regulierung und Privatrecht, 2016.

2018 sein, wonach die Ankäufe von Staatsanleihen durch die Europäischen Zentralbank (EZB) nicht gegen das EU-Recht verstoßen. Das Ankaufprogramm war 2015 entwickelt worden, um ähnlich anderen Offenmarktgeschäften der EZB den Insolvenzrisiken von EU-Mitgliedstaaten zu begegnen, die zur Behebung von Finanzengpässen Anleihen zum Handel begeben hatten, aber damit mangels Bonität keinen Erfolg hatten. Die EZB beschloss daher, die auf den Primärmärkten vorhandenen Staatsanleihen anzukaufen und dadurch die Finanzkraft der betr. Länder zu stärken.

Dagegen war in Deutschland eine Verfassungsbeschwerde mit dem Kernargument erhoben worden, die EZB handele jenseits der ihr EU-rechtlich gegebenen Befugnisse (*ultra vires*), die auf reine geldpolitische Ziele beschränkt sei. Die Länder würden mittelbar Finanzmittel der EU erhalten, die nicht mehr nur der geldpolitischen Aufgabenstellung der EZB entsprächen, sondern gegen das Verbot europäischer Staatsfinanzierung verstießen. Insbes. würden Fehlanreize auf den Kapitalmärkten gesetzt, weil die finanzschwachen Länder mit den Aufkäufe im Voraus rechneten, so dass Anreize entfallen würden, die Wirtschaftspolitik des Landes zu stärken, um günstigere Kurse auf den Anleihemärkten zu erreichen. Denn wer im voraus damit rechnen könne, dass die EZB mit Hilfskäufen eingreifen werde, benötige keine eigenen Sanierungsanstrengungen und v.a. keine eigene Sparpolitik, um das Land mit eigener Anstrengung langfristig aus der Krise zu führen.

Der EuGH stellt demgegenüber fest, dass die EZB nicht *ultra vires* handele; denn ERSTENS gebe es keine reine Währungspolitik, sondern jede effektive Wahrnehmung geldpolitischer Befugnisse bewirke zugleich mehr oder weniger weitreichende allgemeine wirtschaftspolitische Folgen; und zur Begrenzung sei ZWEITENS eine Abwägung i.S. des Übermaßverbots getroffen worden, die die Maßnahmen auf das Nötigste beschränkt und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gehalten hätten. Das Programm sei „...mit Garantien versehen, die sicherstellen, dass ein privater Marktteilnehmer beim Erwerb von Anleihen eines Mitgliedstaats nicht sicher sein kann, dass das ESZB diese in absehbarer Zeit tatsächlich ankaufen wird“ (Pressemitteilung, wie o.). Es gebe deshalb ausreichend „Anreiz, eine gesunde Haushaltspolitik zu verfolgen“ und sichere dies in geeigneter Weise dadurch ab, dass eine „Begrenzung des monatlichen Gesamtvolumen der Ankäufe“ vorgesehen sei. Auch sei das europarechtliche Subsidiaritätsprinzip durch Festlegung von „Ankaufobergrenzen pro Emission und Emittent“ gewahrt (ebd).

Hier ist nicht der Ort, die Argumentation des EuGH bis in Einzelheiten hinein zu analysieren. Für die Kennzeichnung der Anreizorientierung reicht es aus zu zeigen, dass das Gericht bei Betrachtung der Normzwecke des *ultra vires*-Verbots durchaus

kapitalmarktökonomisch ansetzt. Es geht dem Gericht ganz zentral um Markt- und Wettbewerbsanreize auf den Anleihenmärkten, die die Länder bei Begebung ihrer Papiere und im Verlauf des Wertpapierhandels dazu veranlassen, den Kurs durch geeignete Maßnahmen und öffentliche Informationseffekte über die Erfolgsaussichten von Sanierungsmaßnahmen des emittierenden Mitgliedstaates günstig zu beeinflussen. Man kann über die Richtigkeit der EuGH-Ansicht zur Geeignetheit dieser Anreizsteuerung und ihrer Verhältnismäßigkeit streiten. Aber außer Frage steht, dass es dem Gericht im Kern darum geht. Eine Auslegung der ultra vires-Normen nach dem bloßen Wortlaut oder der Rechtssystematik im Europarecht genügt dem Gericht nicht; denn es greift darüber hinaus und versucht, die kapitalmarktökonomischen Anreizeffekte in die Betrachtung einzubeziehen. Das ist zwar nicht neu in der Rspr. des EuGH. Aber in einer derart ausgeprägten Form und in derart zentraler Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens steht das Urteil v. 11.12.2018 schon ziemlich einzigartig da.

II. Diesel-Skandale wegen Missbrauchs halbstaatlicher Umweltschutzaufgaben

Unverkennbar gibt es auch Gegenteilstendenzen der Regulierung, insbes. im Bereich von skandalhaften Fehlentwicklungen der Wirtschaft, die auch noch mit öffentlicher Aufgabenwahrnehmung von Unternehmen und Unternehmensverbänden verbunden waren. Ebenso war es in der Zeit der Finanzskandale 2003/2008, als die Banken sogar ihre Öffentlichkeitsfunktionen bei der Festsetzung von Zinsreferenzen, wie dem LIBOR, EURIBOR etc. missbrauchten;⁷ und als alle Welt aufbegehrte, man habe es mit der Deregulierung zu weit getrieben und man müsse endlich zurück zu strengen Verbotsrechten.⁸ Diese Re-Regulierung hat sich im Bankrecht nicht durchgesetzt,⁹ und sie muss wohl auch im Vertriebsrecht von Diesel-Pkws und Versicherungsprodukten in mancherlei Hinsicht aufgehalten bzw. anspruchsvoller als bisher begründet werden. Besonders hervorzuheben sind in dieser Hinsicht zwei Urteile des LG Augsburg v. 14.11.2018¹⁰ und vom 7.5.2018,¹¹ die beide auf ihre Weise vertiefendes NEUES Wirtschaftsrecht enthalten, weil die kaufrechtliche Beurteilung sehr stark betont, dass die Abgasnormung mit der Wahrnehmung öffentlicher Funktionen Privater verbunden war und ist. Gerade in dieser Hinsicht wenden sich beide

⁷ Näher s. *Herrmann/Dambacher*, Öffentliche Funktionen Privater nach den Finanzkrisen NWiR 2013, Heft 1 zu VI.

⁸ Besonders prominent *H. Schmidt*, Die Zeit 25.9.2008 der: „...profitbesoffene(n) Euphorie... von der Wall Street“ sei verstärkte „Rückkehr zur Regulierung“ entgegenzusetzen.

⁹ Näher jetzt BKartA v. a.a.O. vorvorige Fn.

¹⁰ LG Augsburg v. 14.11.2018, Az. 021 O 4310/16 (s. update NWiR 2018, i. Ersch.)

¹¹ LG Augsburg v. 7.5. 2018, Az. 82 O 4497/16 (Volltext s.o.).

Urteile der Tatsache zu, dass die abscheulichen Missbräuche, die getrieben wurden eben auch wirtschaftsprivatrechtlich nicht ohne Sanktionierung bleiben können. Das Urteil vom Mai begründet, weshalb der Verkauf durch den Fachhandel als Verstoß gegen § 134 BGB anzusehen sein soll; das vom Nov. beruht auf § 826 BGB und wird in der Literatur z.T. als „richtungsweisend“ beurteilt.¹²

1. Zum Augsburger Mai-Urteil v. 7.5.2018: Die Verbotsgesetzwidrigkeit des Kaufvertrages musste mit einer marktstufen-übergreifenden Betrachtung von Regulierungseffekten der Abgasnormung begründet werden, da der ursprüngliche Verstoß gegen die Schadstoff-Grenzwerte auf europarechtlicher Ebene lag und nicht vom Verkäufer des streitgegenständlichen Fahrzeugs, sondern vom Hersteller begangen wurde. Das LG Augsburg stellt in besonderer Weise auf den Sinn und Zweck der EU-Regulierung von Abgas-Grenzwerten ab und betont nicht nur die Notwendigkeit von Machtbegrenzungen für Automobilkonzerne, sondern geht zudem ausführlich auf die rechtlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung öffentlicher Sicherheits- und Umweltschutzaufgaben durch Private ein.¹³ Schon allein deswegen wäre es aus wissenschaftlicher Sicht begrüßenswert gewesen, wenn das Urteil höchstrichterlich überprüft worden wäre. Aber dazu scheint es v.a. deswegen nicht gekommen zu sein, weil von Seiten des VW-Konzerns kein Interesse an einer rechtlich vertieften und öffentlich diskutierten Auseinandersetzung mit den demokratietheoretischen und rechtsstaatlichen Voraussetzungen der Beteiligung Privater an hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung bestand. Um so mehr sieht man sich aus Sicht der NWiR aufgerufen, die Problematik durch Verweis auf die Gegenansichten der Rspr. und die Literatur zu kennzeichnen.

Als Rechtsgrundlage wird Art. 7 Abs. 1 der EU-Richtl. 92/53 EWG i.d.F. der Richtl. 2007/46/EG v. 5.9.2005 herangezogen, in der geregelt ist, dass dem Kunden bei Kaufabschluss eine „gültige“ Übereinstimmungsbescheinigung vorzulegen ist. Dafür komme es nicht nur darauf an, dass eine formal ordnungsgemäße Bescheinigung für den betr. Fahrzeugtyp existiere und präsentiert werde, sondern die Bescheinigung müsse auch materiell zutreffend ausweisen, dass den Umweltverträglichkeitsanforderungen im Fall des jeweils konkret verkauften Kfz. genügt sei. Denn andernfalls wäre die vom Hersteller bloß formal auf EU-Ebene erlangte Übereinstimmungsbescheinigung mit Rechtsfolgen ausgestattet, die dem privatrechtlich organisierten Konzern eine unzulässige Machtstellung verleihen würde.

¹² Az. 021 O 4310/16; zahlreiche Berichte im Internet und sogar in einer Werbeanzeige von Regensburg/Cham über den RA *Heimann* in Nbg. Nachr. v. 8.12.2018 S. 5 (Rechtsmittel zugelassen).

¹³ Ebd. zu 2a/dd-ee.

Wörtlich heißt es dazu: Wäre die Bescheinigung „...immer gültig, auch wenn sie materiell unrichtig ist, hätte ein privates Unternehmen – der Hersteller – es in der Hand, die Voraussetzungen für einen behördlichen Rechtsakt – die Zulassung durch die Zulassungsstelle – nach Belieben zu schaffen“. Darin läge eine „Macht des privaten Unternehmens“, die als „Einfluss privater Unternehmen auf das Zulassungsverfahren“ und „Auslagerung hoheitlicher Aufgaben“ aufzufassen wäre (Gründe zu Nr. 2a/ee, S. 16). Die Richtl. habe jedoch lediglich den Zweck, das Zulassungsverfahren zu vereinfachen, nicht den der Übertragung hoheitlicher Befugnisse (ebd).

Noch im Aug. 2017 hatte das LG Braunschweig in den Fragen öffentlicher Aufgabenwahrnehmung auf EU-Ebene genau entgegengesetzt entschieden und die Präsentation einer formal ordnungsgemäßen Übereinstimmungsbescheinigung genügen lassen.¹⁴ Das Gericht zitiert aus der Gesetzesbegründung zur Einführung des EG-FGV (Fahrzeuggenehmigungsverordnung) in Drs. BR 190/09: Mit der EU-Richtlinie 2007/46/EG werde das „Genehmigungsverfahren weiterentwickelt und neu gefasst. Damit sollen die Zulassung, der Verkauf und die Inbetriebnahme so genehmigter Fahrzeuge...in der EG erleichtert werden“ (Rdn. 175). Ebenso heißt es zu § 3 Abs. 1 S. 2 FZV: Die Zulassung wird erteilt, wenn“...das Fahrzeug dem genehmigten Typ entspricht, was nach § 6 Abs. 3 S. 1 durch Vorlage einer Übereinstimmungsbescheinigung nachzuweisen ist....Die Zulassungsbehörden sollen allein aufgrund der vorgelegten Übereinstimmungsbescheinigung das jeweilige Fahrzeug zulassen, ohne die vom KBA im Genehmigungsverfahren geprüften materiellen Anforderungen erneut prüfen zu müssen“ (ebd. Rdn. 176, Hervorhebung hinzugefügt). Daraus habe man zu folgern, dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht gegen die §§ 6, 27 EG-FGV verstießen, obwohl die berüchtigte unzulässige Abschaltvorrichtung eingebaut war (ebd. Rdn. 180).

Zudem berief sich das LG Braunschweig auf Parallelen einer EuGH-Entscheidung zur Zulassung von Brustimplantaten mit unzulässigen Gesundheitsrisiken.¹⁵ Das Europarecht lasse Spielraum für eine allein nationalen Anforderungen genügende Auslegung der individualschützenden Normzwecke deutscher Schutzvorschriften zur Umsetzung der maßgebenden EU-Richtlinie. Deshalb sei weder medizinrechtlich noch für das Kfz.-Umweltrecht eine Schutzgesetz-Eigenschaft des EG-Rechts anzunehmen (LG Braunschw. a.a.O. Rdn. 188). Die sodann analysierte Rspr. des BGH zu § 823 Abs. 2 lehne es folglich zu Recht ab, bei nach EU-Recht unzulässig gesundheitsgefährlichen Brustimplantaten einen Schadensersatz wegen Schutzgesetzverletzung zuzubilligen (ebd. Rdn. 190).

¹⁴ LG Braunschw. v. 31.8.2017, Az. 3 O 21/17, insbes. Rdn. 175 f., 187 ff.

¹⁵ Ebd. Rdn. 187 ff. unter Verweis auf EuGH, Urteil v. 16.2.2017, C-219/15.

Das LG Augsburg geht auf die medizinrechtliche Systematik deutschen Rechts nicht näher ein, sondern kritisiert die vom LG Braunschweig zwar nicht übersehene, aber nicht hinreichend gewürdigte Implikation von Machtmissbrauch bei Wahrnehmung öffentlicher Befugnisse im Zulassungsverfahren. Die maßgebende EU-Richtl. wird allerdings nicht näher daraufhin untersucht, ob sie für Anforderungen demokratischer Willensbildung nach deutschem Recht offen sei. Aber sie verfolge mit der Anordnung der Übereinstimmungsbescheinigung ausschließlich den Zweck, „einen für die Zulassungsbehörde nachvollziehbaren Zusammenhang zwischen dem konkreten Fahrzeug und einer existenten EG-Typzulassung herzustellen“ (Gründe zu Nr. 2a/dd, S. 15). Es müsse daher dafür Sorge getragen werden, dass „...nicht durch Dritte eine ‚falsche‘ Übereinstimmungsbescheinigung hergestellt werden kann“ (ebd. Buchst. ff. – Hervorhebung hinzugefügt). Das könne auch nicht etwa damit gerechtfertigt werden, dass Privaten öffentliche Befugnisse zur Durchsetzung besonders strengen Umwelt- und Gesundheitsschutzes übertragen worden wären. Denn dieser Schutz könne mit der bekämpften formalen Bescheinigungswirkung nicht bewirkt werden, sondern werde im Gegenteil zweckwidrig aufgeweicht, da bei Zuwiderhandlung keine Verletzung eines Verbotsgesetzes i.S. § 134 angenommen werden könne und dadurch privatrechtliche Vertragsgültigkeit den wirtschaftlichen Erfolg für einen Vertrieb mit falschen Bescheinigungen der verbotenen Art ermögliche (ebd. Nr. 1, vor a und zu b, S. 20 f). Wegen Nichtigkeit des Kaufvertrages könne der Kaufpreis aus §§ 812, 818 BGB ohne Abzug von ersparten Aufwendungen wegen erfolgter Fahrzeugnutzung zurückverlangt werden (ebd. zu c, S. 27).

Beide Urteile lassen nicht erkennen, dass sich die Gerichte mit der umfänglichen Literatur zur Beteiligung Privater an der hoheitlichen Willensbildung auseinandergesetzt hätten. Die Verwendung der zitierten Schlagworte des LG Augsburg von der Übertragung staatlicher „Macht“ auf Private, dem „Einfluss privater Unternehmen“ und der „Auslagerung hoheitlicher Aufgaben“ zeigt aber immerhin einigermaßen deutlich, dass die verfassungstheoretischen Probleme im Ansatz erfasst sind. Auch scheint beim LG Braunschweig immerhin ein Bewusstsein dafür vorhanden, dass die bejahten Formalbefugnisse wenigstens einer Anerkennung in der Begründung des Gesetzgebers bedürfen. Denn sonst hätte es des Hinweises auf den RegE zur EG-FGV in Drs. BR 190/09 nicht bedurft.¹⁶

¹⁶ S. das Zitat oben Text mit Fn. 14.

Zur wissenschaftlichen Vertiefung sei an dieser Stelle¹⁷ nur der Hinweis angebracht, dass die demokratiethoretische Literatur seit Langem zwischen sog. input- und output-Funktionen Privater unterscheidet.¹⁸ Input-Funktionen sind v.a. bei Interessenverbänden und sonstigen Lobbyisten bekannt, die auf die Willensbildung staatlicher Stellen Einfluss nehmen, in diese also von außen her einwirken (input). Von Output-Funktionen spricht man dagegen, wenn Staatsaufgaben auf Private übertragen werden, so dass die privatrechtlich organisierten Stellen also selbst hoheitliche Entscheidungen zu treffen befugt sind. Das ist etwa bei Normungsverbänden oder bei beliebigen Unternehmen, wie dem TÜV der Fall.¹⁹

Der Umgang mit Machtbildungen und -befugnissen bei öffentlicher Aufgabenwahrnehmung differiert ganz erheblich, je nachdem ob die Funktionswahrnehmung auf der input- oder output-Seite hoheitlicher Willensbildung stattfindet.²⁰ Während input durch Private in die parlamentarischen Willensbildungsprozesse auch außerhalb von Parlamentswahlen und bereits ohne besondere gesetzliche Anerkennung zulässig ist,²¹ bedarf es für öffentliche output-Funktionen entweder der Ermächtigungsgrundlage in einem formellen Gesetz oder zumindest einer impliziten formal-gesetzlichen Aufgabenübertragung.²² So ist für TÜV-Untersuchungen auf die Grundlagen in der StVO und StVZO Bezug zu nehmen und für die überbetriebliche technische Normung und den DIN auf entsprechende Anerkennungen technischer Standards in Sondergesetzen.²³ Soweit dies der Fall ist, muss zugleich verbandsintern oder durch Spezialbestimmungen sonstiger Art dafür Sorge getragen worden sein, dass die Wahrnehmung der halbstaatlichen Aufgaben laufend beaufsichtigt und wegen etwaiger Verletzungen der Gemeinwohlbindungen sowie sonstigen Machtmissbräuchen kontrolliert wird.²⁴ Auf keinen Fall darf es der „beliehenen“ Einrichtung vollständig selbst überlassen bleiben, ob und wie sie die übertragenen Befugnisse im allgemeinen Wohl ausübt bzw. abweichende eigene Interessen verfolgt.

¹⁷ Näher *Herrmann*, zur Veröffentl. Vorgesehen in DAR, 2019 (i. Ersch.).

¹⁸ Vgl. nur *Teubner*, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978; ders., Verfassungsfragmente, 2012; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung im Privatrecht, 2010.

¹⁹ Vgl. *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1972, S. 44 f., 66 ff., 92 ff.; *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979 S. 599 u.ö.

²⁰ Vgl. – grdl. – *Teubner*, a.a.O., vorvorige Fn.

Teubner, Organisationsdemokratie, a.a.O., S. 68 ff.; *Herrmann*, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht, 1984 S. 63 f.

²¹ Beim Bundestag bedarf es lediglich der Eintragung in ein öffentliches Register über die Tätigkeit als Interessenrepräsentant, vgl. ...

²² Wobei allerdings auch untergeordnete staatliche Anerkennungsnormen, wie Haushaltsbestimmungen, Subventionsnormen etc. ausreichen sollen; vgl. – zur sog. formellen Staatsaufgabenlehre – nur *Bull*, Staatsaufgaben, S. 91, 155 ff.; *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung, S. 157 ff.; *Leßmann*, Öffentliche Aufgaben, a.a.O., S. 161 ff. unter Verweis auf BVerfGE 12, 246 (Fernsehurteil).

²³ Umfassende Nachw. b. *Marburger*, Die Regeln der Technik, a.a.O.

²⁴ Vgl. *Teubner*, Organisationsdemokratie, a.a.O., S. 221 ff., 119 ff.

Hieran durchaus anschlussfähig sind die o.a. Beanstandungen des LG Augsburg bezüglich mangelnder gesetzlicher Anerkennung der formalen Zulassungslehre des LG Braunschweig und zur Abwegigkeit von Rechtsfolgen, die dem Kfz.-Hersteller eine öffentliche Aufgabenwahrnehmung unkontrolliert überlassen würden. Was fehlt, ist nur die genauere rechtssystematische Einordnung und eine zutreffende Einschätzung der (impliziten) Kontrollmechanismen, die das geltende Recht eben doch vorsieht. Als Grundlage der Kritik hätte das Gericht wenigstens Art. 20 Abs. 1 und Abs. 3 GG heranziehen müssen, um zu belegen, dass letztlich das Demokratie- und Rechtsstaatsgebot der nationalen deutschen Verfassung entgegenstehen, der Ansicht des LG Braunschweig zu folgen. M..a.W. reicht die vom LG Braunschweig herangezogene Begründung eines Regierungsentwurfes zur EG-FGV nicht aus, solange das Gesetz nicht selbst in Bezug genommen wird.

Zu den Aufsichtserfordernissen ist der wissenschaftliche Befund nicht minder wichtig, wengleich sich keine der untersuchten Urteilsbegründungen die Mühe macht, etwaige rechtsstaatliche Anknüpfungspunkte zu erkennen. Sicher nicht ausreichend dürfte es aufsichtsrechtlich sein, dass sowohl der Verband der Automobil-Industrie (VDA) als auch der europäische Herstellerverband ACEA, und der EU-Verbraucherverband BEUC immer wieder in die Willensbildung einbezogen sind, da sie als Lobby-Verbände vielfältige Initiativen entfalten, die Festlegung der Grenzwerte und deren Überwachungsverfahren zu beeinflussen. Zwar wird dadurch zugleich sicherlich auch eine gewisse Allgemeinwohlkontrolle bewirkt. Aber das ist nicht der Normzweck der für die input-Funktionen maßgeblichen Bestimmungen. Letztlich handelt es sich bei den genannten Verbänden um Interessenverbände und nicht um gesetzlich befugte Aufsichtsorgane. Zudem stehen ihnen zwar auf der input-Seite des Verfahrens gesetzlicher Festlegung von Abgasgrenzwerten so ziemlich alle Befugnisse zu, die man sich für ein funktionsfähiges Lobbying wünschen kann.²⁵ Aber gerade deswegen sind sie für eine unabhängige Wahrnehmung von Aufsichtsbefugnissen ungeeignet.

Es ist deshalb nur konsequent, wenn das LG Augsburg die Frage untersucht, ob nicht schon nach einfachem Gesetzesrecht mehrere Kontrollverfahren hintereinander geschaltet sind. Das Gericht meint, die Lösung im Verfahrensrecht der von ihm sog. materiellen Übereinstimmungsbescheinigung gefunden zu haben. Denn durch das Bescheinigungserfordernis wird eine gewisse Transparenz der Beurteilung der technischen Übereinstimmungstatsachen bewirkt und zugleich zumindest die Möglichkeit der Beaufsichtigung geschaffen, wenn es zu Beanstandungen kommt und deshalb die Gerichte angerufen werden müssen. Hinzu kommt, folgt man dem LG Augsburg, dass bei jeder

²⁵ Vgl. die zum Jahresende 2018 losgebrochenen Aktivitäten der Interessenrepräsentation, Bericht Nbg. Nachr.19.12.2018S. 19.

Einzelzulassung durch eine nationale Zulassungsstelle überprüft werden kann, ob die materiellen Voraussetzung der Übereinstimmungsbescheinigung auch tatsächlich vorliegen.

Andererseits fragt sich, ob die durch die materiellen Konformitätserfordernisse bewirkte Doppelung der Aufsichtsbefugnisse durch die maßgebenden Regelungen des europäischen und nationalen Rechts tatsächlich gewollt ist. Denn jedenfalls steht bis zu einem gewissen Grade der vom LG Braunschweig betonte Vereinfachungszweck entgegen. Letztlich dürfte aber der übergeordnete Aspekt rechtsstaatlich gebotener Aufsicht über halbstaatliche Aufgabenwahrnehmung Privater den Ausschlag geben. Vorbehaltlich näherer Untersuchung kann man sich evtl. damit begnügen, dass die formelle EU-Übereinstimmungsbescheinigung eine Art Vermutungswirkung im nationalen Verfahren der Einzelzulassung entfaltet. In diese Richtung scheint sich die Praxis ohnehin zu entwickeln. Vorerst scheint eine höchstrichterliche Überprüfung der hier angesprochenen Fragen nicht in Sicht. Doch ist bei der Vielzahl der anhängigen Verfahren nicht auszuschließen, dass es in absehbarer Zeit auch einmal zu einer Klärung auf oberster Ebene des Instanzenwegs kommen wird.

2. Zum Augsburger November-Urteil: Auf der Linie des Augsburger Januar-Urteils scheint auch das o.a. November-Urteil zu liegen, auch wenn es nicht § 134, sondern § 826 BGB betrifft.. Das LG hat dem Käufer eines Pkw. mit der bekannten Schummel-Software für Abgasmessung nicht nur das Rückgaberecht wegen Sachmangel-Rücktritts aus §§ 434, 437 BGB zugebilligt,²⁶ sondern zusätzlich auch einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB gegen den Hersteller bejaht.²⁷ Die technische Täuschung über in Wahrheit nicht eingehaltene Abgas-Grenzwerte sei mit vorsätzlichem Wissen und Wollen (bzw. billigender Inkaufnahme) seitens des Herstellers erfolgt. Deshalb dürfe auch keine Nutzungsentschädigung gegengerechnet werden, die aus dem zeitweisen Gebrauch des Fahrzeugs bis zur Aufdeckung des Betrugs hätte folgen können. Es widerspreche dem Sinn und Zweck des § 826, wenn der Täter in der Folge seiner Tat einen Absatzerfolg habe, auch wenn dieser nur in Höhe eines Nutzungsentgelts zugesprochen würde.

Für die weiteren Einzelheiten des Nov.-Urteils muss auf das update verwiesen werden, da der Urteilsvolltext bis Jan. 2019 noch nicht veröffentlicht worden ist. Zudem darf der Leser

²⁶ Zur Unzumutbarkeit der Nachbesserung i.S. des insoweit auch seit 1.1.2018 nicht neuen § 440 BGB vgl. nur LG Baden-Baden, Urteil v. 27.4.2017 – 3 O 123/16

²⁷ Zur Sittenwidrigkeit des Hersteller vgl. LG Baden-Baden, a.a.O. vorige Fn. Zu Nr. II.1 der Gründe.

auf eine gesonderte Publikation verwiesen werden, deren Fertigstellung von Prof. Herrmann für das Frühjahr vorgesehen ist 2019.²⁸

III. IDD/Maklerprovision im Versicherungsvertrieb

Von großer Aktualität zum NEUEN Wirtschaftsrecht ist des Weiteren die Umsetzung der EU-Richtlinie zum Versicherungsvertrieb (Insurance Distribution Directive, IDD 2016), die ihren (vorläufigen) Abschluss in der Verabschiedung und Verkündung der Verordnung zur Versicherungsvermittlung (VersVermV) im Nov./Dez. 2018 gefunden hat (Text s.o.). Beides wurde im Okt. 2018 ausführlich kommentiert vom Redaktionsmitglied Prof. *Herrmann* auf der Internet-Seite www.assurances.de, so dass hier darauf verwiesen werden kann.

Nachfolgend geht es lediglich um Grundzüge (a-c) und um die Einordnung des oben abgedruckten Urteils des LG Köln zur Beratungspflicht von Maklern mit sog. Nettopolice (d).

(1.) Zunächst zur IDD 2016:²⁹ Die EU-Richtl. enthält naturgemäß keine Vorgaben zur Methodik informationeller Regulierung, wie sie für das NEUE Wirtschaftsrecht typisch ist.³⁰ Aber der Sache nach lässt sich feststellen, dass betont wird, es solle zum Provisionsrecht keinen Eingriff in den Wettbewerb von Maklerdienstleistungen i.S. von Preiskontrollen geben, sondern es werde lediglich die „Identifizierung von Interessenkonflikten“³¹ und die Vermeidung dies bezüglich „Fehlanreize“ bezweckt.³² Solche Fragestellungen gehören zum Instrumentarium regulierungsprivatrechtlicher Anreizsteuerung, wie sie heute weit über den Anwendungsbereich des Corporate Governance-Kodex i.S. § 161 AktG hinaus anerkannt ist.³³

Die Umsetzung ist im deutschen Umsetzungsgesetz von 2017 erfolgt (a.a.O., Fn. 3) und wurde zuletzt durch die VersVermV v. 2018 komplementiert (Abdruck s.o.). Der informationelle Regulierungscharakter wird aber bei weitem deutlicher in der englischen Parallelgesetzgebung, die hier vorab, wie folgt, skizziert sei.

²⁸ Vgl. *Herrmann*, DAR, a.a.O.

²⁹ Richtl. (EU) 2016/97 v. 20.1.2016 über den Versicherungsvertrieb, ABIEU L 26 v. 2.2.2016, S. 19; dt. UmsetzungsG v. 20.7.2017, BGBl. I, S. 2789; dazu *Rüll* VuR 17, 128; *Reiff*, VersR 2018, 193.

³⁰ S.o. vor I und *Eidenmüller* Regulierung und Privat recht, Überblick [https://books/google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance](https://books.google.de/books?id=Kh0zU1...sachenrecht+governance) (download 12.9.2017).

³¹ IDD, a.a.O., Kap. VI, Art. 27, 28 Abs. 1

³² So die Interpretation der Gesetzesbegr. Drs.-BT 18/ 11527 v. 22.3.2017, S. 40; dazu bes. *Schwintowski*, ZfV 2017, 714, 715.

³³ Näher s. *Eidenmüller*, a.a.O. Fn. 4); zur private governance im allg. Vertragsrecht *Köndgen* AcP 2004, 477 ff.; *Herrmann* Privatrecht, DVD update, 2018, Bd.1 KapI II.1; Bd. 2 Kap. 5 m.w.Nachw

(2.) Die für die Weiterentwicklung des Versicherungsvertragsrechts zuständige Aufsichtsbehörde **Financial Conduct Authority (FCA)** hat einen Regulierungsentwurf veröffentlicht (Propos.2018),³⁴ der den maßgebenden Interessenverbänden zur Stellungnahme zugeleitet worden ist. Zunächst wird der Grundsatz der Interessenwahrungspflicht für jeden Vermittler von Versicherungsprodukten hervorgehoben. 5.39 Propos.2018 ordnet an, dass brokers/agents) stets bestmöglich im Interesse ihrer Kunden zu handeln haben. Unter Nr. 5.20 ff. findet sich gleichwohl kein Verbot von Netto- oder Staffelp Provisionen,³⁵ sondern es genügt wörtlich: “disclosure of remuneration of brokers and agents, which has a direct connection to the insurance contract being sold (e.g. bonuses for hitting a sales target, Staffelp Provisionen). Offenlegung soll im Prinzip ausreichen, um einen Konflikt mit der Interessenwahrungspflicht zu vermeiden. Sofern dennoch eine Verletzung von Art. 5.39 vorliegt, muss gegen diese auf Grundlage des allgemeinen Prinzips vorgegangen werden.

Zur praktischen Umsetzung ist v.a. auf Art. 5 der Propos. 2018 zu verweisen. Unabhängig von einer übernommenen Raterteilungspflicht (“advised and non-advised sales”, Art. 5.19) muss die genaue Identität des- oder derjenigen VR angegeben werden, deren Angebote vom Mittler berücksichtigt werden (5.19). Mit Bezug auf diese ist sodann anzugeben, ob und auf welcher Rechtsgrundlage eine etwaige Honorierung erfolgt und welcher Rechtsnatur diese Honorarabrede ist (5.20: “disclose the nature and basis of remuneration”). Das gilt für alle Entgelte oder Vergünstigungen, die in direkter Verbindung mit dem vermittelten Versicherungsvertrag stehen (5.23: “direct connection to the insurance contract being sold”). Staffelp Provisionen müssen dabei besonders offengelegt werden: “...include bonuses for hitting a sales target” (5.23 S. 4).

Die Propos.2018 hält es, wie gesagt, nicht etwa für ausgeschlossen, dass trotz Staffelp Provision in bestem Kundeninteresse gehandelt wird. Denn Art. 5.39 S. 2 schreibt insofern unterschiedslos vor, zu erläutern, warum ein Vertrag in bestem Kundeninteresse ist, wie es im Risikoprofil erfasst ist (“...must explain why a contract best meets the customer’s needs“). Allerdings gilt diese Erläuterungspflicht nur, soweit der Mittler eine Empfehlung abgegeben hat (“Where a firm provides advice...”, 5.39 S. 2”).

³⁴ <https://www.fca.org.uk/publication/consulting/cp17-07.pdf> (download 8/8/2018); zur IDD s. ABl. L 26 v. 2.2.2016, p19; zur *Insurance Mediation Dir. (IMD)*, 2002/92/EC siehe die *Umsetzung ins UK-law durch FSMA (Regulation Activities) Order 2001*, novelliert durch die Financial Conduct Authority on 1 April 2013.

³⁵ Beide Begriffe sind selbsterklärend. „Netto“ ist eine Police dann, wenn der Vermittler kein Honorar vom Versicherer erhält, sondern sich dafür vom Versicherungsnehmer ein Beratungshonorar versprechen lässt. Unter Staffelp Provisionen versteht man hingegen, dass der Vermittler nicht nur überhaupt eine Provision vom Versicherer erhält, sondern dass diese auch noch um so günstiger ausfällt, je höher der von ihm vermittelte Gesamtumsatz für ein bestimmtes Produkt ausfällt.

(3.) Das **deutsche IDD-Umsetzungsg** und die **VersVermV** sind bei weitem stärker verbotsrechtlich gestaltet.³⁶ Aber es gibt doch auch informationsrechtliche Regulierungsansätze. Insbes. werden Nettopolice nicht verboten, sondern mit der neueren Rspr. des BGH³⁷ lediglich unter den Vorbehalt transparenter vertraglicher Abrede gestellt. Wörtlich heißt es dazu und zu den Staffelp Provisionen in § 19:

„Gewerbtreibende, die im Zusammenhang mit der Vermittlung eines Versicherungsanlageprodukts eine Zuwendung an Dritte zahlen oder eine Zuwendung von einem Dritten erhalten, der nicht Versicherungsnehmer oder eine Person ist, die im Auftrag des Versicherungsnehmers tätig wird, müssen dafür Sorge tragen, dass die Zuwendung sich nicht nachteilig auf die Qualität der Vermittlung auswirkt. Die Zuwendung darf nicht die Verpflichtung des Gewerbetreibenden beeinträchtigen, im besten Interesse des Versicherungsnehmers ehrlich, redlich und professionell im Sinne des § 1a Absatz 1 Satz 1 des Versicherungsvertragsgesetzes zu handeln.“

In der Literatur ist umstritten, ob mit dieser Anordnung ein Totalverbot von Staffelp Provisionen gemeint ist oder nur ein Verbot unter dem Vorbehalt nachweislicher Anreize zu Verletzungen der Interessenwahrungspflicht gelten soll.³⁸ Auch der endgültige Text der VersVermV hat keine Klärung in diesem Punkt gebracht. Doch spricht aus rechtsvergleichender und europarechtlicher Sicht Manches für einen Vorrang informationsrechtlicher Regulierung, so dass ein Verbot nur dann in Betracht kommt, wenn die Abrede entweder nicht hinreichend transparent ist, oder nachteilige Anreize nachzuweisen sind.

(4.) Auf diesem Hintergrund ist das o.a. **Urteil des LG Köln** v. 15.10.2018 zu verstehen. Da der Urteilstext bislang nur in Ausschnitten veröffentlicht ist, müssen wenige Hinweise genügen. Zum Sachverhalt lässt sich sagen, dass der klagende Makler auf Erfüllung des vertraglich ausbedungenen Honoraranspruchs wegen Beratung des Beklagten als Versicherungsnehmer (VN) eines von ihm vermittelten Versicherungsvertrages klagte. Die Klage wurde abgewiesen, obgleich der Beratungsvertrag als wirksam angesehen wurde. Der Anspruch auf das Honorar sei indessen verwirkt i.S. § 242 BGB, weil eine treuwidrige Doppeltätigkeit i.S. § 654 BGB vorgelegen habe.

Dazu ergibt sich schon aus dem Leitsatz, dass die Nettopolice nicht als solche verboten wurde. Vielmehr scheint das Gericht sich insofern streng an die 2014er Entscheidung des

³⁶ Näher s. nochmals Herrmann, www.assurances.de unter British Insurances Law.

³⁷ BGH v. 12.3.2014, NJW 2014, 1658 m.Anm. Schwintowski, ebd. S. 1662 f.; Parallelurteil vom selben Tag IV ZR 295/13, BeckRS 2014,06894; ähnlich BGH v. 12.12.2013, Az. III ZR 124/ 13, NJW 2014, 1655

³⁸ Reiff, VersR 2018 a.a.O., S. 198: „...nicht mehr verwendet werden dürfen“; zweifelnd Schauer, in: Fenyves/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb, 2017, S. 69, 80; Reiff, VersR 2018, 193, 198; weniger streng Beenken/Radtke, ZfV 2017, 708, 710.

BGH zu halten, wonach lediglich hinreichende Transparenz der genauen Reichweite der Nettoabrede gefordert wird. Zu § 654 BGB ist anerkannt, dass Doppeltätigkeit erlaubt sein kann, auch wenn sie dem Kunden nur in einer sog. Gestattungsklausel von AGBs bekannt gemacht wird.³⁹ Verwirkung kommt hingegen wegen vertrauenswidriger Interessenkollision in Betracht, wenn der Makler unzutreffende Angaben über seine Doppeltätigkeit macht. Dazu war bislang unstr., dass keine Vertrauensverletzung bestand, wenn dem Kunden die Doppeltätigkeit bekannt war und genaue Angaben über eine Verkäuferprovision bei erzieltm Übererlös fehlten.⁴⁰ Aber nicht geklärt war, ob das auch dann gilt, wenn die Doppeltätigkeit auch noch mit besonderen Gefahren für den VN verbunden ist. Hierzu meint nun das LG, dass ein besonderer Hinweis auf „Gefahren eines Frühstornos“ erfolgen muss. Was ist damit genauer gemeint?

Bei der Brutto-Police gilt das in der Rspr. lang umkämpfte Gebot der Höchstzillmerung, das heute in § 169 Abs. 3 S. 1 VVG enthalten ist. D.h. bei vorzeitiger Kündigung der Lebensversicherung muss „...mindestens der Betrag des Deckungskapitals (als Rückkaufswert ausgezahlt werden), das sich bei gleichmäßiger Verteilung der angesetzten Abschluss- und Vertriebskosten auf die ersten fünf Vertragsjahre ergibt“. Bei der Nettopolice gibt es naturgemäß überhaupt keine Zillmerung, also auch keine Höchstzillmerung, sondern der Kunde hat das Beratungshonorar zu zahlen. Ist ihm dies zur Abzahlung im Zeitablauf gestundet, so dürfen ihm schon nach Ansicht des BGH keine Raten für die Zeit nach der Kündigung abverlangt werden. Wurde das Honorar aber bereits vollständig gezahlt, gibt es auch keinen anteiligen Ersatz bei vorzeitiger Kündigung. Das ist ein Vermögensnachteil, der dem Kunden nach Ansicht des LG Köln zwingend mitzuteilen ist, wenn er zum Abschluss einer Nettopolice veranlasst wird.

In der Literatur wird z.T. die Ansicht vertreten, dass die gezillmerte Bruttopolice insgesamt Vorteile für das Versichertenkollektiv bietet.⁴¹ Dem müssen aber nicht individuelle Nachteile bei Nettoabreden entsprechen. Man kann deshalb zweifeln, ob das Informationsgebot des LG Köln zwingend aus dem Prinzip bestmöglicher Interessenwahrung folgt. Jedenfalls aber bringt es ein Mehr an Information zum Verständnis des Kunden über das Versicherungsprodukt ohne Zillmerung. Es soll ihn in die Lage versetzen, bestmöglich informiert über das Angebot des Beratungs- und Versicherungsvertrages zu entscheiden.

Für die Einschätzung der Informationsanforderungen ist zusätzlich darauf zu achten, dass die Angabe des Mittlers, er erhalte keinerlei Erfolgshonorar vom Versicherer (VR), meist

³⁹ Vgl. nur BGH NJW 2004, 154, 157.

⁴⁰ BGH NJW 1970, 1075; OLG Bamberg OLGR 2000, 251; Palandt/*Sprau*, § 654 Rdn. 5 m.w.N.

⁴¹ Vgl. nur *E. Lorenz*, *VersRdsch* 2005, 265, 274.

unvollständig ist, da nicht genau unterschieden wird zwischen Abschluss- und Bestandsprovisionen. Letztere zahlt der VR v.a. seinen Agenten für die laufende Verwaltung der eingeworbenen Kundenbeziehung. Mindestens ein etwaiges Bestandsverwaltungshonorar für die erste Versicherungsperiode muss dem Kunden nach z.T. vertretener Ansicht der Literatur offengelegt werden.⁴² Ein dahin gehendes Manko an Transparenz scheint im Fall des LG Köln wohl schon im tatsächlichen Beklagtenvortrag keine Rolle gespielt zu haben.

Doch ging es um die Verständlichkeit im Hinblick auf die Gefahren für die Berechnung des Rückkaufwertes im Kündigungsfalle. Transparenzanforderungen gehören v.a. dann zu den informationellen Steuerungseffekten NEUEN Wirtschaftsrechts, wenn mit der verlangten Vertragsinformation Publizitätswirkungen in der Marktöffentlichkeit verbunden sind. Dazu ist zunächst negativ festzustellen, dass die Beratung des Versicherungsvermittlers gem. §§ 61 Abs. 1 S. 2, 62 VVG im Prinzip lediglich parteiintern zu dokumentieren ist. Dadurch soll eine Beweissicherung bewirkt werden, die notfalls sogar in einem öffentlichen Gerichtsverfahren präsentiert werden kann. Doch bleibt das im Rahmen der individualisierten Vertragsbeziehung und gelangt nicht typischer Weise ans Licht der Marktöffentlichkeit.

Anders ist es nur insofern, als das Transparenzgebot auch für die AVB gilt. Nach § 7 VVG besteht insofern eine Öffentlichkeitswirkung, da die AVB dem Kunden vor Vertragsschluss in vollem Wortlaut zur Kenntnis zu bringen sind und nach der InfoV-VVG sogar mit dem sog. Produktinformationsblatt verbunden werden müssen. Erstreckt man die Hinweispflichten des LG Köln (i.V. mit dem ausdrücklich in Bezug genommenen Hinweisbeschluss des OLG München v. 5.7.2016) auch auf das Produktinformationsblatt, so kommt dafür sicherlich eine erhebliche Öffentlichkeitsfunktion in Betracht.

Insgesamt kann man die Entscheidung deshalb wohl doch zum NEUEN Wirtschaftsrecht rechnen. Was fehlt, ist lediglich eine methodisch bewusste Reflektion des Gerichts. Da dergl. aber auch in der grundlegenden Entscheidung des BGH zur Nettopolice zu vermissen ist, scheint es wenig wahrscheinlich, dass das LG Köln in der noch unveröffentlichten Urteilsbegründung eine solche Argumentation anstrengt. Es mag sein, dass es für die Entscheidung des Einzelfalles ausreicht, wenn der unterbliebene Gefahrhinweis als rechtsmissbräuchlich i.S. § 654 BGB eingeordnet wird. Aber gerade bei solcher Anwendung von rechtsethischen Generalklauseln muss man erwarten, dass sich das Gericht mit der genauen Missbrauchsproblematik auch über den konkreten Einzelfall hinausgehend auseinandersetzt. Die Zeitschrift NWiR hat es sich u.a. genau deswegen zur Aufgabe gemacht, auf die Forschungszusammenhänge des Privatrechts zu den informationsökonomischen

⁴² Näher *Herrmann*, DZWIR 2019 (i. Ersch.).