Bankrechtstag 2015

Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung

Herausgegeben von
Christian Grüneberg
Mathias Habersack
Peter O. Mülbert
Arne Wittig

Band 37

Bankrechtstag 2015

—

DE GRUYTER

Zitierweise: *Autor* in: Bankrechtstag 2015

ISBN 978-3-11-046538-9
e-ISBN 978-3-11-046705-5

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

A CIP catalog record for this book has been applied for at the Library of Congress.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Der Bankrechtstag 2015 der Bankrechtlichen Vereinigung – Wissenschaftliche Gesellschaft für Bankrecht e.V. fand am 26. Juni 2015 in Frankfurt mit etwa 260 Teilnehmern statt.

Der Vormittag stand im Zeichen der Neuerungen des zum 10. Juli 2015 in Kraft getretenen Kleinanlegerschutzgesetzes und damit verwandter Neuregelungen. Zum Auftakt entfaltete *E. Gurlit* die neue Zuständigkeit der BaFin für den Verbraucherschutz, wobei sie unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher und gewaltenteiliger Vorgaben zwar zu einer tendenziell restriktiven Konturierung dieser Befugnis gelangte, darin aber gleichwohl das Potential für eine echten Mehrwert schaffende Ergänzung des privatrechtlich geprägten Verbraucherschutzes erkannte. Sodann beschäftigte sich *G. Hirsch* mit einem prozeduralen Aspekt des privatrechtlichen Verbraucherschutzes, indem er den Regierungsentwurf eines Verbraucherstreitbeilegungsgesetzes – dieser dient der Umsetzung der Richtlinie über die alternative Beiligung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten – vorstellte und Konsequenzen für die künftige Streitschlichtung in der Kreditwirtschaft aufzeigte. Im Anschluss beleuchtete *H. Bergmann* umfassend die neuen Vorschriften für einen verbesserten Anlegerschutz im Kleinanlegerschutzgesetz, die neben Verschärfungen im Vermögensanlagengesetz als Lehren aus dem Fall Prokon auch Regelungen beinhalten, die die künftige Umsetzung von Bestimmungen der MiFID II vorzeichnen oder mit Inkrafttreten der MiFIR teilweise wieder entfallen. Schließlich gab *N. Zirmgibl* eine umfassende Einführung in das Crowdfunding, wobei er auch die unterschiedlichen aufsichtsrechtlichen Aspekte der verschiedenen Erscheinungsformen jeweils unter Berücksichtigung der Neuerungen durch das Kleinanlegerschutzgesetz vorstellte.

Der Nachmittag stand demgegenüber im Zeichen der Rechtsprechung. Zunächst ging *C. Herresthal* der Frage nach, inwieweit der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung nach der fast flächendeckenden Einführung spezialgesetzlicher Prospekthaftungstatbestände noch Anwendungsbereiche verbleiben, wobei er zwar fortbestehende substantielle Anwendungsfelder erkannte, zugleich aber eine partielle Rekonfigurierung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Haftungsfigur in Anlehnung an die gesetzlich verfestigten Haftungstatbestände befürwortete. *P. Clouth* gab sodann einen umfassenden vertieften Überblick über die von der Rechtsprechung unter Führung des XI. Zivilsenats entwickelten Aufklärungs- und Beratungspflichten von Kreditinstituten bei Swaps: Grundsatzurteile des Senats aus jüngster Zeit sind einigen Fehlvorstellungen auf instanzgerichtlicher Ebene entgegengetreten, ohne freilich die Grundsatz- und Praxisprobleme dieser Rechtsprechungslinie vollständig zu entschärfen. Schließlich beschäftigte

sich *M. Lehmann* mit den zivilrechtlichen Auswirkungen von Referenzwertmanipulationen und gelangte dabei auch unter Einbeziehung rechtsvergleichenden Materials zum Ergebnis, dass die etwa für den LIBOR und den EURIBOR bekannt gewordenen Manipulationsvorgänge nicht so sehr haftungsrechtliche Probleme aufwerfen als vielmehr grundsätzliche Fragen im Bereich des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Die Drucklegung dieses Bandes wurde dankenswerter Weise von Dr. *Sandra Sandri*, Universität Mainz, vorbereitet; stud. jur. *Anna Heil*, Universität Mainz, hat das Stichwortverzeichnis erstellt.

Allen, die zum Gelingen des Bankrechtstages 2015 beigetragen haben, insbesondere Frau *Sylvia Mahler*, sei besonders gedankt.

Karlsruhe, München, Mainz, Essen
Im Oktober 2015

Grünewald, Habersack, Mülbert, Wittig

Inhalt

1. Abteilung

Leitung: Dr. Andreas Früh, Chefsyndikus, München

Univ.-Prof. Dr. Elke Gurlit, Universität Mainz

Verbraucherschutz und Institutsaufsicht — 3

Prof. Dr. Günter Hirsch, PräsBGH a. D., Versicherungsombudsmann, Berlin

Streitschlichtung in der Kreditwirtschaft nach Umsetzung der AS-Richtlinie — 29

Dr. Henning Bergmann, Leiter Kapitalmarktrecht DSGV, Berlin

Anlegerschutz im Kleinanlegerschutzgesetz – Ein Überblick zu den Änderungen im Vermögensanlagengesetz, zur Einführung der Produktintervention und Produktfreigabeverfahrens (Product Governance) — 47

Dr. Nikolas Zirngibl, Rechtsanwalt, München

Crowdfunding – Markt, Modelle und Rahmenbedingungen — 83

2. Abteilung

Leitung: Univ.-Prof. Dr. Katja Langenbacher, Universität Frankfurt

Univ.-Prof. Dr. Carsten Herresthal, Universität Regensburg

Aktuelle Entwicklungen der (v.a. bürgerlich-rechtlichen) Prospekthaftung — 103

Dr. Peter Clouth, Rechtsanwalt, Frankfurt

Aufklärungs- und Beratungspflichten bei Swaps — 163

Univ.-Prof. Dr. Matthias Lehmann, Universität Bonn

Zivilrechtliche Auswirkungen von Referenzwertmanipulationen — 207

Tagungsbericht — 235

Stichwortverzeichnis — 249

1. Abteilung

Verbraucherschutz und Institutsaufsicht

- 1 Zur Problemstellung
- 2 Kollektiver Verbraucherschutz als Ziel der Bankenaufsicht
 - 2.1 Verbraucherschutz in der Systematik der Aufsichtsziele
 - 2.1.1 Anlegerschutz und Verbraucherschutz
 - 2.1.2 Verbraucherschutz als Ziel des europäischen Aufsichtsrechts
 - 2.1.3 Stellung des Verbraucherschutzes in der Zieltrias
 - 2.2 Das Verbraucherkollektiv als Zielmaßstab
 - 2.2.1 Ausschluss subjektiv-öffentlicher Rechte auf bankaufsichtliches Einschreiten
 - 2.2.2 Ausschluss der Amtshaftung
- 3 § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG als Instrument der Zielverwirklichung
 - 3.1 Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz als Eingriffstatbestand
 - 3.1.1 Maßstäbe für die Bestimmung von Verbraucherschutzgesetzen
 - 3.1.2 Öffentlich-rechtliche Verbraucherschutzgesetze
 - 3.1.3 Zivilrechtliche Verbraucherschutzgesetze
 - 3.2 Klärungsinteresse
 - 3.3 Rechtsfolge: Geeignete und erforderliche Anordnungen
 - 3.3.1 Urteilsäquivalente Untersagungsverfügungen?
 - 3.3.2 Anordnungen nach den fachgesetzlichen Eingriffsnormen
- 4 Die BaFin im System des Verbraucher(rechts)schutzes
 - 4.1 Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen
 - 4.2 Zivilprozessuale und behördliche Durchsetzungsmechanismen
 - 4.3 Individueller und kollektiver Verbraucherschutz
- 5 Schlussbemerkung

1 Zur Problemstellung

Der Verbraucher macht derzeit in der Finanzmarktregulierung eine steile Karriere. Seine Schutzbedürftigkeit insbesondere als Kreditnehmer ist zwar seit geraumer Zeit anerkannt¹. Vor allem dem anlegenden Verbraucher wurde jedoch

¹ Richtlinie 87/102/EWG vom 22.11.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, nunmehr Richtlinie 2008/48/EG vom 23.4.2008 über Verbraucherkredite, umgesetzt durch §§ 491 ff. BGB; aus jüngerer Zeit Richtlinie 2014/17/EU über Wohnimmobilienkredite für Verbraucher vom 4.2.2014; dazu *Rott*, BKR 2015, 8;

mit einer gewissen Skepsis begegnet, ist sein Handeln doch nicht konsumtiv, sondern investiv motiviert². Auf europäischer Ebene sind indes seit einiger Zeit konzeptuelle Verschiebungen des Anlegerschutzmodells zu beobachten. Ein Anerkenntnis der verbraucherschützenden Relevanz des Aufsichtsrechts lag schon in der von der MiFID I geforderten³ kollektivrechtlichen Durchsetzbarkeit der anlegerschützenden Wohlverhaltensregeln der §§ 31 ff. WpHG im Interesse des Verbraucherschutzes, die durch § 2 Abs. 2 Nr. 7 Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) umgesetzt wurde. Vor allem aber bezeugen die Anforderungen der MiFID II an die Entwicklung eines zielmarktspezifischen Produktdesigns und die neuen aufsichtlichen Befugnisse zu Produktinterventionen⁴ eine Abkehr vom Informationsparadigma und eine Hinwendung zu einem „harten Paternalismus“, der Verbraucherschutzkonzepten näher steht als Anlegerschutzvorstellungen⁵: Die Rede ist von einer „Verbraucherrechtlichung“ (*consumerisation*) des Anlegerschutzes⁶.

Mit der Pflicht zur Aushändigung eines Produktinformationsblatts (§ 31 Abs. 3a WpHG)⁷ und dem Gebot zur Anfertigung eines Beratungsprotokolls (§ 34 Abs. 2a WpHG)⁸ finden sich auch in Deutschland eigenständige Ansätze zu einer materiellen Überformung des Anlegerschutzes. Sie bleiben zwar dem Informationsmodell verhaftet, gehen indes maßgeblich auf entsprechende Impulse des für Verbraucherschutz zuständigen Ministeriums zurück⁹. Dessen Einfluss-

Bülow, WM 2015, 1309.

² K.-R. Wagner, BKR 2003, 649; Armbrüster, ZIP 2006, 406; Müllert, ZHR 177 (2013), 160, 180; s.a. Edelmann, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 5 ff. – Ausdruck der Skepsis ist Art. 2 Abs. 2 lit. h Richtlinie 2008/48/EG, der Darlehensverträge zur Finanzierung des Kaufs von Finanzinstrumenten vom Schutzregime ausnimmt; modifiziert umgesetzt in § 358 Abs. 5 BGB; zu Fernabsatzverträgen § 312g Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 BGB.

³ Art 52 Abs. 2 Richtlinie 2004/39/EG vom 21.4.2004 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID I), jetzt Art. 74 Abs. 2 Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014 (MiFID II).

⁴ Art. 9 Abs. 3 lit. b, Art. 16 Abs. 3, Art. 24 Abs. 2 MiFID II betr. Produktdesign; durch Art. 3 des Kleinanlegerschutzgesetzes umgesetzt in § 33 Abs. 3b-d WpHG, der allerdings erst zum 3.1.2017 in Kraft tritt; Art. 69 Abs. 2 lit. s und t i.V.m. Art. 42 der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR) betr. Produktinterventionen, vorzeitig umgesetzt in § 4b WpHG; krit. zur vorfristigen Umsetzung Möllers/Kastl, NZG 2015, 849, 853.

⁵ Cherednychenko, European Review of Contract Law 10 (2014), 476, 484 f.; Moloney, EBOR 13 (2012), 169, 181 ff.; s.a. Müllert, ZHR 177 (2013), 160, 198 ff.

⁶ Moloney, EBOR 13 (2012), 169, 177.

⁷ Eingeführt durch das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes vom 5.4.2011, BGBl. I S. 538, geändert S. 2481; s.a. § 5a WpDVerOV; dazu Preuße/Schmidt, BKR 2011, 265.

⁸ Eingeführt durch das Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen vom 31.7.2009, BGBl. I S. 2512; s.a. § 14 Abs. 6 WpDVerOV; dazu Pfeifer, BKR 2009, 485.

⁹ Zur Stärkung der verbraucherrechtlichen Agenda im Kapitalmarktrecht durch mitwirkende Zuständigkeiten des für Verbraucherschutz zuständigen Ministeriums Buck-Heeb, ZHR 176

nahme ist es auch geschuldet, dass der Verbraucherschutz in jüngerer Zeit vor allem als institutionell zu lösende Aufgabe gesehen wird: Zum Jahr 2013 wurde das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz um das Instrument einer Verbraucherbeschwerde (§ 4a FinDAG) bereichert und der BaFin ein Verbraucherbeirat (§ 8b FinDAG) zur Seite gestellt¹⁰. In Umsetzung des Koalitionsvertrages¹¹, zusätzlich befeuert von der Prokon-Insolvenz, wurde nunmehr mit dem im Juli 2015 in Kraft getretenen Kleinanlegerschutzgesetz¹² die BaFin in § 4 Abs. 1a FinDAG auf das Ziel des kollektiven Verbraucherschutzes verpflichtet und ihr eine hierauf gerichtete Anordnungsbefugnis eingeräumt.

§ 4 Abs. 1a FinDAG steht im Zentrum der folgenden Überlegungen. Zunächst soll der Versuch unternommen werden, die Rolle des kollektiven Verbraucherschutzes im Konzert der Ziele der Bankenaufsicht zu bestimmen (2). Als Instrument zur Zielerreichung verdient die neue Befugnis der BaFin, bei festgestellten Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften Anordnungen zu treffen, eine vertiefte Analyse (3). Mit ihr übernimmt die BaFin künftig eine besondere Funktion im Geflecht der Rechtsdurchsetzungsmechanismen des finanziellen Verbraucherschutzes, die es zu umreißen gilt (4), bevor der Beitrag mit einem kurzen Resümee schließt (5).

2 Kollektiver Verbraucherschutz als Ziel der Bankenaufsicht

Mit der Zielbestimmung in § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG soll laut Entwurfsbegründung „klargestellt“ werden, dass die Bundesanstalt in allen Aufsichtsbereichen auch dem kollektiven Verbraucherschutz verpflichtet ist¹³. Ob allerdings eine entsprechende Zielrichtung auch schon zuvor bestand oder aber der Gesetzgeber die Rechtslage verändert hat¹⁴, ist durchaus klärungsbedürftig.

(2012), 67, 76 ff. m.w.N.; *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 180 f.

10 Im Rahmen von Art. 2 des Gesetzes zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht vom 28.11.2012, BGBl. I S. 2369.

11 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode, 2013, S. 63.

12 Art. 1 des Kleinanlegerschutzgesetzes vom 3.7.2015, BGBl. I S. 1114.

13 Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 36.

14 Noch Ende 2012 äußerte die Bundesregierung, Verbraucherschutz sei kein unmittelbares Aufsichtsziel, sondern mittelbar durch die Gewährleistung des Solvenzschutzes zu bewirken, Gegenäußerung der BReg zur Stellungnahme des BR zum RegE des Gesetzes zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht, BT-Drs. 17/10252 zu Nr. 5 in Reaktion auf den Vorschlag des BR, in § 4

2.1 Verbraucherschutz in der Systematik der Aufsichtsziele

2.1.1 Anlegerschutz und Verbraucherschutz

Die Finanzmarktaufsichtsgesetze sind bislang durch die doppelte Zielrichtung auf den Funktions- und den Anlegerschutz¹⁵ geprägt. Sind Schutzadressaten der Bankenaufsicht die Kunden in ihrer Rolle als Sparer und Einleger, so wird mit der Gruppe der sog. Privatkunden mit § 31a WpHG in Umsetzung der MiFID I¹⁶ das Leitbild des Anlegers ausgeformt¹⁷, an dem sich das informatorische Pflichtenregime der Institute ausrichtet. Die Figur des Privatkunden liegt indessen quer zum zivilrechtlichen Verbraucherbegriff in § 13 BGB. So fallen unter die Gruppe der Privatkunden auch juristische Personen, die grundsätzlich¹⁸ nicht den Verbraucherbegriff erfüllen. Auch schließen überwiegend gewerbliche Zwecke¹⁹ zwar die Einordnung als Verbraucher, nicht hingegen diejenige als Privatkunde aus: Der Verbraucher ist zwar ein Unterfall des Privatkunden, aber bislang kein eigenständiger Schutzadressat der Finanzmarktaufsicht²⁰.

Abs. 1 FinDAG als Aufsichtsziel die Berücksichtigung der kollektiven Belange der Kunden aufzunehmen, BT-Drs. 17/10040, S. 24.

15 Allgemein *Thiele*, *Finanzaufsicht*, 2014, S. 91 ff.; für die Bankenaufsicht *Ohler*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht* Bd. 1, 3. Aufl. 2012, § 32 Rn. 13 ff.; *Fischer*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, *KWG*, 4. Aufl. 2012, Einführung Rn. 120 ff.; für die Wertpapierhandelsaufsicht *Schwarck*, in: *Schwarck/Zimmer* (Hrsg.), *Kapitalmarktrechtskommentar*, 4. Aufl. 2010, Vorb. §§ 31 ff. WpHG Rn. 11; Finanzausschuss, BT-Drs. 12/7918, S. 87. Eine Sonderrolle nimmt die Versicherungsaufsicht ein. Art. 27, 28 der Solvency II-Richtlinie 2009/137/EG vom 25.11.2009 nennen als Hauptziel den Schutz der Versicherten und Begünstigten von Versicherungsleistungen, daneben die Finanzstabilität sowie faire und stabile Märkte, s.a. § 294 Abs. 1 VAG i.d.F. des Gesetzes zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen vom 1.4.2015, BGBl. I S. 434.

16 Art. 4 Abs. 1 Nr. 11 und 12 i.V.m. Anhang II, Art. 19 ff., Art. 24 Abs. 2 MiFID I, die allerdings den Begriff des Kleinanlegers (*retail investor*) verwendet; s.a. die Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG vom 10.8.2006; nunmehr Art. 4 Nr. 10 und 11, Art. 30 Abs. 2 MiFID II.

17 In jüngerer Zeit brachte das AIFM-Umsetzungsgesetz die weitere Kategorie der semiprofessionellen Anleger in das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB), dazu *Schubert/Schuhmann*, BKR 2015, 45, 47 f.

18 Zu den Voraussetzungen der Einbeziehung einer Außen-GbR in den Verbraucherbegriff des § 13 BGB s. BGHZ 149, 80, 82; krit. dazu *Mülbert*, WM 2004, 905, 910; *K.-R. Wagner*, BKR 2003, 649, 651; *Micklitz/Purnhagen*, in: MünchKomm, 7. Aufl. 2015, § 13 BGB Rn. 20.

19 Art. 2d der Fernabsatzrichtlinie 2002/65/EG vom 23.9.2002 als zugrunde liegender europarechtlicher Norm liegt ein engeres Verständnis zugrunde, das auch Rechtsgeschäfte im Rahmen unselbständiger Berufstätigkeit vom Verbraucherbegriff ausschließt.

20 Ausführlicher dazu *Buck-Heeb*, ZHR 176 (2012), 66, 69 ff., 75 f.

Während dieser formal-begriffliche Befund eindeutig ist, fällt eine materielle Bewertung schwerer. Wenn für ein Anknüpfen des Anlegerschutzes an verbraucherrechtliche Vorstellungen ins Feld geführt wird, der Rückzug des Staates aus den sozialen Sicherungssystemen habe das Anlegerpublikum um geschäftsunkundige und deshalb besonders schutzbedürftige Kreise erweitert²¹, so liegt dem die Annahme zugrunde, der Anlegerschutz und der Verbraucherschutz seien durch divergierende, aber jeweils einheitliche Leitbilder geprägt. Indes finden sich in den gesetzlichen Regelungen zum Anlegerschutz ebenso unterschiedliche Vorstellungen vom Wissenshorizont des Anlegers²² wie im Verbraucherschutzrecht, das die rollensoziologische Verbrauchereigenschaft sukzessive um kontextabhängige und situative Schutzmaßstäbe ergänzt hat²³. Die Vielfalt wird noch erhöht durch Divergenzen von nationalen und europäischen Leitbildern²⁴.

Als Sollensvorstellungen geben Leitbilder zudem keine Auskunft über das reale Entscheidungsverhalten von Personen, das nach jüngeren kognitions- und verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen durch vielfache Irrationalitäten geprägt ist²⁵. Sie können durch die normative Ausgestaltung typisierender Leitbilder noch verstärkt werden²⁶. Es bedürfte nach alledem empirischer fundierter Analysen, um zu ermitteln, inwieweit Verbraucher Schutzbedürfnisse haben, die nicht vom Pflichtenregime des Anlegerschutzrechts befriedigt werden.

Angesichts dieses Befundes überrascht es nicht, dass die Einführung einer Verbraucherbeschwerde im Jahr 2013 nicht an ein normativ verfestigtes Ziel der Aufsichtstätigkeit der BaFin anknüpfen konnte. Sie wurde behelfsmäßig wahl-

21 *Moloney*, EBOR 13 (2012), 169, 172 ff.; ausdrücklich gegen eine Gleichsetzung *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 180 f.; *Reifner*, VuR 2011, 410, 412.

22 Siehe die Analysen zu den Leitbildern im WpHG und im Prospektrecht bei *Buck-Heeb*, ZHR 176 (2012), 66, 87 ff.; *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 178 f.

23 *Micklitz*, Gutachten A zum 69. DJT, 2012, A 39 ff., 108 ff. zu den Leitbildern des vertrauenden, verletzlichen und des verantwortlichen Verbrauchers; *Micklitz/Purnhagen* (Fn. 18), vor § 13 BGB Rn. 39 ff. zum Konzept des strukturell unterlegenen Verbrauchers, Rn. 42 ff. zum situativ schutzbedürftigen Verbraucher.

24 *Micklitz/Purnhagen* (Fn. 18), vor § 13 BGB Rn. 63 f. zum europäischen Konzept des selbstverantwortlichen Verbrauchers; zur erforderlichen Angleichung des vom BGH im Prospektrecht zugrunde gelegten Leitbildes an europarechtliche Konzeptionen *Möllers/Steinberger*, NZG 2015, 329 betr. BGH NZG 2015, 20; zuvor schon *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 179 betr. BGH WM 2012, 2147.

25 Monographisch *Klöhn*, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance, 2006; zusammenfassend *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 169 ff. m.w.N.

26 Dies wird verbreitet angenommen für den aus der Ausgestaltung des Informationsmodells resultierenden *information overload*, dazu *Klöhn* (Fn. 25), S. 80 ff.; *Ben-Shahar/C. Schneider*, More than you wanted to know – The failure of mandated disclosure, 2014.

weise auf § 6 Abs. 2 KWG²⁷ oder auf das allgemeine Petitionsrecht nach Art. 17 GG²⁸ gestützt: Der Gesetzgeber hat mit der Aufnahme des kollektiven Verbraucherschutzes als Aufsichtsziel nicht eine bloße Klarstellung getroffen, sondern für die zuvor getroffenen Regelungen erst ein kompetenzielles Fundament geschaffen.

2.1.2 Verbraucherschutz als Ziel des europäischen Aufsichtsrechts

Eine Verbraucherschutzorientierung der BaFin mag durch die unionalen Tendenzen zu einer *consumerisation* des Anlegerschutzes befördert worden sein. Indes enthalten die zentralen Basisrechtsakte des Finanzmarktaufsichtsrecht wie CRD IV und CRR oder MiFID II und MiFIR keine Zielbestimmung zum Verbraucherschutz, sondern verwenden in ihren Erwägungsgründen den klassischen Dualismus von Funktions- und Anlegerschutz²⁹. Im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus als Grundpfeiler der Bankenunion ist nach dem ausdrücklichen Willen des Europäischen Gesetzgebers der Verbraucherschutz von der Zuständigkeit der EZB ausgenommen³⁰.

Dass auf unionaler Ebene gleichwohl nicht nur an einer Veränderung des Anlegerleitbildes gearbeitet, sondern der Zielkanon des Aufsichtsrechts um den Verbraucherschutz erweitert wird, kommt hingegen in den Errichtungsstatuten der Europäischen Aufsichtsbehörden (ESAs) zum Ausdruck. Sie sind manda-

27 Ohler, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 15), § 32 Rn. 13; so wohl auch bislang das Verständnis der BaFin, s. BaFin-Journal Oktober 2011, S. 4; Anerkennung des Verbraucherschutzes als Aufsichtsziel ohne Begründung in VG Frankfurt am Main, Urt. v. 29.10.2009 – 1 K 704/09.F – Rn. 43 (juris).

28 Keßler, in: Keßler/Micklitz/Reich (Hrsg.), Institutionelle Finanzmarktaufsicht und Verbraucherschutz, 2010, S. 11, 31; s.a. Dreher, VersR 2013, 401, 409; hierauf verweist auch die BaFin auf ihrer Homepage, www.bafin.de/DE/Verbraucher; ablehnend zu dieser Praxis Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Fn. 15), § 6 Rn. 41.

29 Erwägungsgrund 7 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen (CRR); Erwägungsgrund 164 der MiFID II.

30 Erwägungsgrund 28 f. der Verordnung (EU) Nr. 1024 vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (SSM-VO) mit dem Hinweis, die EZB arbeite mit den zuständigen nationalen Behörden zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus zusammen; s.a. Art. 1 Unterabs. 5 SSM-VO; zumindest missverständlich deshalb die Aussage in Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 36, die BaFin sei „insbesondere im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus“ dem kollektiven Verbraucherschutz verpflichtet.

tiert, einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes zu leisten³¹. Zur Zielerreichung werden ihnen eine Fülle von Aufgaben und Befugnissen zugewiesen³², die im Rahmen der finanzmarktrechtlichen Basisrechtsakte wahrzunehmen sind³³. Wenn teilweise angenommen wird, die Agenturen könnten nur insoweit mit verbraucherschützender Zielrichtung tätig werden, wie ein derartiges Ziel auch den Basisrechtsakten zugrunde liegt³⁴, wird aber ein zu enges Verständnis zugrunde gelegt. Entscheidend ist allein, dass die Europäischen Aufsichtsbehörden die durch die Handlungsprogramme der Aufsichtsgesetze gesetzten Grenzen achten³⁵ – die Zielrichtung ihrer Tätigkeit wandert dann gleichsam mit. Mit dem Ziel des Verbraucherschutzes erlassene Leitlinien oder Empfehlungen der Europäischen Aufsichtsbehörden „infiltrieren“ sodann sowohl die Aufsichtstätigkeit der Bundesanstalt³⁶ als auch diejenige der EZB³⁷. Die spinnenartige Netzwerkstruktur des Europäischen Systems der Finanzmarktaufsicht (ESFS)³⁸ sorgt für eine unionsweite Ausbreitung der Verbraucherschutzorientie-

31 Art. 1 Abs. 5 Unterabs. 1 lit. f EBA-Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 vom 24.11.2010; s.a. Art. 1 Abs. 5 Unterabs. 1 lit. f ESMA-Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 vom 24.11.2010; Art. 1 Abs. 6 Unterabs. 1 lit. f EIOPA-Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 vom 24.11.2010.

32 Art. 9 ESA-VO; die Europäischen Aufsichtsbehörden können nach Art. 9 Abs. 3 bei einer ernsthafter Bedrohung der Aufsichtsziele auch ohne spezielle Gestattung Warnungen herausgeben. Vorläufige Verbote und Beschränkungen von bestimmten Finanztätigkeiten stehen nach Art. 9 Abs. 5 Unterabs. 1 unter dem Vorbehalt ausdrücklicher Gestattung durch einen Basisrechtsakt; derartige Befugnisse finden sich etwa in Art. 28 Verordnung (EU) Nr. 236/2012 vom 4.3.2012 über Leerverkäufe; Art. 40 MiFIR zu Produktinterventionen durch die ESMA, Art. 41 MiFIR zu Produktinterventionen durch die EBA. Sämtliche dort genannten Aufgaben und Befugnisse können mit dem Ziel des Verbraucherschutzes wahrgenommen werden, s.a. Erwägungsgrund 50 EBA-VO; *Dreher*, VersR 2013, 401, 402; unterschätzt von *Buck-Heeb*, ZHR 176 (2012), 66, 81 f.

33 Art. 1 Abs. 2 ESA-VO.

34 So *Dreher*, VersR 2013, 401, 404 f. betr. EIOPA.

35 Dies wird bezweifelt für den Erlass der auf Art. 16 EIOPA-VO gestützten Leitlinien zum Beschwerdemanagement durch Versicherungsunternehmen, *Sasserath-Alberti/Hartig*, VersR 2012, 524, 531 f.; *Dreher*, VersR 2013, 401, 407 f.; durch das Joint Committee wurden gleichwohl im Mai 2014 entsprechende Leitlinien für ESMA und EBA verabschiedet (JC/2014/43).

36 *Dreher*, VersR 2013, 401, 404; ähnlich *Ohler*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn 15), § 32 Rn. 13, der diese Wirkung allerdings vor allem mit Art. 9 ESA-VO verbindet; zur Wirkungsweise von Empfehlungen und Leitlinien *Gurlit*, ZHR 177 (2013), 862, 875 ff.; *Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, 2015, S. 238 ff. – Die ESA-Leitlinien zum Beschwerdemanagement (Fn. 35) wurden von der BaFin mit dem Rundschreiben 3/2013 (VA) vom 20.9.2013 und einer Sammelverfügung vom selben Tag implementiert.

37 So wohl auch *Ohler*, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, 2015, § 5 Rn. 117; die EZB unterliegt bei Empfehlungen und Leitlinien der ESAs gleichermaßen wie die nationalen Aufsichtsbehörden dem *comply or explain*-Mechanismus, s. Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 SSM-VO.

38 Erwägungsgründe 8 und 9 der EBA-VO verwenden die Netzwerkmetapher; Behördennetz-

zung der Aufsicht. Insoweit erscheint die Aufnahme des Verbraucherschutzes als Aufsichtsziel in § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG nur konsequent³⁹.

2.1.3 Stellung des Verbraucherschutzes in der Zieltrias

Es bleibt die Frage, welchen Stellenwert der Verbraucherschutz in der nunmehrigen Zieltrias einnimmt. Schon für das Verhältnis von Funktionsschutz und kollektiven Anlegerschutz ist umstritten, ob dem Anlegerschutz ein eigenständiger Wert zukommt oder sich seine Bedeutung in einer dienenden Rolle für den Funktionsschutz erschöpft⁴⁰. Da der Beitrag des Verbraucherschutzes zum Funktionsschutz jedenfalls nicht über den Beitrag hinausgeht, den der Anlegerschutz leistet, könnte im Verbraucherschutz ein eigenständiges, gleichrangiges Aufsichtsziel zu sehen sein. Dagegen könnte indes die Gesetzesformulierung sprechen, mit der die BaFin „auch“ auf den kollektiven Verbraucherschutz verpflichtet wird.

Dem Wunsch des Bundesrates nach einer gesetzlichen Klarstellung der Gleichrangigkeit des Verbraucherschutzes mit den weiteren Aufsichtszielen⁴¹ ist die Bundesregierung nicht nachgekommen. Mit den Worten, der Verzicht auf eine ausdrückliche Klarstellung erlaube es, „in jedem Einzelfall eine ausgewogene und praxisgerechte Lösung zu finden“⁴², werden denkbare Zielkonflikte allerdings mehr beschwiegen als angesprochen. Dabei geht es nicht allein um das Ver-

werke können die Kooperation gleichgeordneter Akteure organisieren, aber auch – wie im Falle des ESFS – hierarchische Elemente aufweisen, s.a. Thiele, Finanzaufsicht, S. 517 f.

39 Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 37 verweist ausdrücklich auf das ESFS und die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörden nach Art. 9 der ESA-VO.

40 Für einen allein dienenden kollektiven Anlegerschutz Assmann, ZBB 1989, 49, 61; Thiele, Finanzaufsicht, S. 97 f.; für einen vom Funktionsschutz unabhängigen Anlegerschutz Koller, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, § 31 Rn. 3; Höhns, Die Aufsicht über Finanzdienstleister, 2002, S. 54 ff.; für die Möglichkeit eines sowohl instrumentell auf den Funktionsschutz bezogenen als auch auf Gerechtigkeitserwägungen beruhenden überschießenden Anlegerschutz Mühlbert, ZHR 177 (2013), 160, 171 ff.

41 Stellungnahme des BR zum RegE, BT-Drs. 18/3994, Anlage 3, S. 75 Nr. 18a; so auch die Forderung des Verbraucherzentrale Bundesverbandes, Stellungnahme, Januar 2016, S. 3.

42 Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/3994, S. 82. – Im vertikalen Verhältnis zur EU entstehen keine weiteren Bruchlinien: Nach Art. 6 lit. e CRD IV müssen die Mitgliedstaaten zwar sicherstellen, dass die den zuständigen Behörden übertragenen nationalen Mandate diese nicht daran hindern, ihre Aufgaben als Mitglieder der EBA wahrzunehmen. Da aber die EBA ebenfalls auf den Verbraucherschutz verpflichtet ist, ist insoweit nicht von divergierenden Zielen auszugehen.

hältnis von Funktionsschutz und Verbraucherschutz⁴³. Vielmehr sind auch Konflikte zwischen Anleger- und Verbraucherschutzbelangen angesichts divergenter Schutzleitbilder denkbar⁴⁴. Sie kommen jedoch nur zum Ausbruch, wenn der aufsichtsrechtliche Instrumentenkasten entsprechende Differenzierungen gestattet. Damit entscheidet vor allem die neue Befugnisnorm der BaFin zur Durchsetzung des Verbraucherschutzes über seine künftige Stellung in der Institutsaufsicht⁴⁵.

2.2 Das Verbraucherkollektiv als Zielmaßstab

2.2.1 Ausschluss subjektiv-öffentlicher Rechte auf bankaufsichtliches Einschreiten

Zielmaßstab des Verbraucherschutzes ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG die Gesamtheit der Verbraucher. Mit der Beibehaltung von § 4 Abs. 4 FinDAG steht fest, dass weder Anleger noch Verbraucher ein subjektiv-öffentliches Recht auf bankaufsichtliches Einschreiten besitzen⁴⁶. Wenn die Entwurfsbegründung darauf verweist, dies entspreche „bewährter Aufsichtspraxis“⁴⁷, wird euphemistisch verdeckt, dass es der Bundestag selbst war, der in Reaktion auf das Wetterstein- und das Herstatt-Urteil des Bundesgerichtshofs⁴⁸ die individualschützende Natur der Aufsichtsnormen durch die alleinige Verpflichtung der Aufsichtstätigkeit auf das öffentliche Interesse beseitigt hat⁴⁹.

2.2.2 Ausschluss der Amtshaftung

Die Verpflichtung der Bundesanstalt allein auf das öffentliche Interesse war und ist indessen vor allem fiskalisch motiviert, da sie den Drittbezug der Amtspflichten

⁴³ So aber Begr. des RegE eines Gesetzes zur Stärkung der deutschen Finanzmarktaufsicht, BT-Drs. 17/10040, S. 1, 13, die indes Beeinträchtigungen für den Funktionsschutz vornehmlich mit einem subjektiv-öffentlichen Verbraucherschutz verbindet.

⁴⁴ Dreher, VersR 2013, 401, 411 betr. das Verhältnis von Versicherten- und Verbraucherschutz.

⁴⁵ Siehe dazu sogleich die Ausführungen unter 3.

⁴⁶ BVerwG BKR 2011, 208 Rn. 14 ff.; VG Frankfurt a.M. NJW 2011, 2747.

⁴⁷ Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 37.

⁴⁸ BGHZ 74, 144, 148 ff. – Wetterstein; 75, 120, 122 f. – Herstatt.

⁴⁹ Zunächst durch § 6 Abs. 3 KWG a.F., dazu Begr. des RegE, BT-Drs. 10/1441, S. 20; nunmehr bereichsübergreifend durch § 4 Abs. 4 FinDAG; s.a. § 4 Abs. 2 WpÜG; § 3 Abs. 3 BörsG.

der BaFin ausschließt. Die legislative Beseitigung von Amtshaftungsansprüchen Dritter⁵⁰ steht in einem Spannungsverhältnis zur jüngeren Schutzpflichtendogmatik des BVerfG. Denn zur Sicherung der vermögenswerten Rechte von Anlegern und Versicherungsnehmern muss der Gesetzgeber Schutzmaßnahmen ergreifen, um das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und ihren Kunden durch eine Finanzmarktaufsicht zu kompensieren, die auch die Stellung des Einzelnen berücksichtigt⁵¹.

Europarechtlich ist allerdings die Amtshaftung gegenüber Anlegern für rechtswidriges Aufsichtshandeln der nationalen Aufsichtsbehörden nicht gefordert, wie dies der EuGH jedenfalls für das Anlegerentschädigungsrecht klargestellt hat⁵². Im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus ist ebenfalls die Konzeption einer nur im öffentlichen Interesse tätigen Aufsicht verankert worden⁵³. Schließlich wird auch im ESFS, das letztlich für die Einspeisung des Verbraucherschutzes in die Finanzmarktaufsicht verantwortlich ist, der Verbraucherschutz gerade als Element des öffentlichen Interesses verstanden⁵⁴. Die den Europäischen Aufsichtsbehörden zur Verfügung stehenden Maßnahmen sind allesamt auf die kollektive Dimension des Verbraucherschutzes ausgerichtet. Deshalb bestehen auch gegenüber den europäischen Akteuren keine außervertraglichen Ansprüche von Verbrauchern oder Anlegern nach Art. 340 AEUV⁵⁵.

50 Der amtshaftungsrechtliche Schutz der Institute bleibt hiervon unberührt, s. BGHZ 162, 49; OLG Frankfurt BeckRS 2006, 10074.

51 Für die Versicherungsaufsicht BVerfGE 114, 1, 43 ff. – Bestandsübertragung; BVerfGE 114, 73, 97 ff. – Überschussbeteiligung; amtshaftungsrechtliche Konsequenzen erwägend *Gurlit*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 26; *Ruffert*, NJW 2009, 2093, 2095, der zusätzlich sozialstaatliche Gebote aktiviert; *Höfling*, 67. DJT, 2010, Gutachten F, F 42; ähnlich *Calliess*, VVDStRL 71 (2012), 113, 139 f.; frühzeitig *Schenke/Ruthig*, NJW 1994, 2324, 2326 f.; die Verfassungsmäßigkeit des Amtshaftungsausschlusses bejahen *Böhme*, Staatshaftung für fehlerhafte Bankenaufsicht nach deutschem und europäischem Recht, 2009, S. 24 ff.; *Binder*, WM 2005, 1781; *Ohler*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 15), § 32 Rn. 14; *Mülbert*, ZHR 177 (2013), 160, 176 f.; s.a. BGHZ 162, 49, 60 ff.

52 EuGH Slg. 2004, I-9425, Rn. 25 ff., 33 ff. – Paul u.a.; dies verallgemeinernd BVerfG BKR 2011, 208 Rn. 20; für eine andere Beurteilung jedenfalls der MiFID I *Purnhagen/Verbruggen*, in: Keßler/Micklitz/Reich (Fn. 28), S. 173, 237 ff.

53 Erwägungsgründe 68, 71, 73, Art. 19 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 SSM-VO; s.a. *Ohler*, Bankenaufsicht (Fn. 37), § 5 Rn. 111.

54 Art. 1 Abs. 5 Unterabs. 1 lit. f EBA-VO; Art. 1 Abs. 5 Unterabs. 1 lit. f ESMA-VO; Art. 1 Abs. 6 Unterabs. 1 lit. f EIOPA-VO; s.a. *Dreher*, VersR 2013, 401, 409 betr. EIOPA.

55 *Ohler*, Bankenaufsicht (Fn. 37), § 5 Rn. 111.

3 § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG als Instrument der Zielverwirklichung

Können weder Verbraucher noch Anleger subjektivrechtlich ein Tätigwerden der Bundesanstalt verlangen, so kommt im Aufsichtsrecht einerseits partizipatorischen und informatorischen Instrumenten des Verbraucherschutzes erhebliches Gewicht zu⁵⁶. Vor allem aber gerät die objektivrechtliche Befugnis der BaFin nach § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG in den Blick.

Der Gesetzgeber hat § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG in Gestalt einer Misstands-klausel als zusätzliche Befugnisnorm der BaFin konzipiert. Einen Misstand definiert § 4 Abs. 1a Satz 3 FinDAG als einen erheblichen, dauerhaften oder wiederholten Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz. Da die BaFin aber auch insoweit „innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags“ handelt (§ 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG), soll mit dieser Erweiterung keine Ausdehnung des behördlichen Aufsichtsprogramms verbunden sein. Vielmehr soll die Bundesanstalt nur einschreiten können, wenn sie „im Rahmen“ ihrer fachgesetzlich geregelten Tätigkeit Verstöße gegen verbraucherschützende Rechtsvorschriften feststellt⁵⁷. Allerdings fragt sich, wann der BaFin kompetenzgemäß derartige Feststellungen gelingen können.

3.1 Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz als Eingriffstatbestand

3.1.1 Maßstäbe für die Bestimmung von Verbraucherschutzgesetzen

In Anlehnung an die Begründung zu § 2 Abs. 1 UKlaG versteht die Begründung des Regierungsentwurfs unter einem Verbraucherschutzgesetz Vorschriften, die dem Schutz der Verbraucher dienen, was wiederum der Fall sein soll, soweit der Verbraucherschutz keine nur untergeordnete Bedeutung hat oder die Verbraucher nur reflexhaft von einer Norm geschützt werden. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die maßgeblichen Vorschriften allein auf den Verbraucherschutz zielen⁵⁸.

⁵⁶ Möllers/Kastl, NZG 2015, 849, 855 messen der neuen Befugnisnorm keine praktische Bedeutung zu und sehen Verbesserungspotenzial vor allem in über das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (IFG) hinausgehenden Informationsrechten der Verbraucher; zur Anwendung des IFG auf die BaFin Gurlit, NZG 2014, 1161.

⁵⁷ Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 36.

⁵⁸ Begr. des RegE eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen der Verbraucher-

Die Grenzziehung zwischen Gesetzen, die auch dem Verbraucherschutz dienen, und solchen, die nur reflexhaft eine Berücksichtigung von Verbraucherinteressen ermöglichen, ist allerdings unklar⁵⁹. Insbesondere ist fraglich, ob für die Qualifizierung als verbraucherschützende Norm über die intendierte Einbeziehung von Verbrauchern hinaus die Personen gerade in ihrer Eigenschaft als Verbraucher Schutzadressaten der Vorschrift sein müssen⁶⁰. Aktuelle Vorstellungen des Gesetzgebers legen ein großzügigeres Verständnis nahe. So will es der Gesetzentwurf zur Einbeziehung von Datenschutzverstößen in den Katalog des § 2 Abs. 2 UKlaG für die verbraucherschützende Natur von Datenschutzvorschriften genügen lassen, dass diese auf Verbraucherdaten anwendbar sind – unabhängig davon, ob die Normen auch für natürliche Personen außerhalb ihrer Verbrauchereigenschaft gelten⁶¹.

3.1.2 Öffentlich-rechtliche Verbraucherschutzgesetze

Verbraucherschützende Vorschriften können nach den Vorstellungen des Regierungsentwurfs nicht nur zivilrechtlicher, sondern auch öffentlich-rechtlicher Natur sein⁶². Der Verweis auf öffentlich-rechtliche Verbraucherschutzvorschriften liegt schon deshalb nahe, weil die Bundesanstalt das Vollzugsmandat für das öffentlich-rechtliche Aufsichtsrecht besitzt. Da der Gesetzgeber allerdings unter Verweis auf § 4 Abs. 4 FinDAG weiterhin die Einordnung bankenaufsichtlicher Normen als subjektiv-öffentliche Rechte verneint, ist offenbar an Vorschriften gedacht, die die Verbraucher schützen sollen, ohne ihnen zugleich individuell durchsetzbare Rechte zu gewähren.

rechte, BT-Drs. 14/2658, S. 53; s.a. Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 37.

59 Kritisch zu dieser Grenzziehung *Micklitz*, in: MünchKomm ZPO, 4. Aufl. 2013, § 2 UKlaG Rn. 40.

60 So *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl. 2015, § 2 UKlaG Rn. 2; OLG Frankfurt GRUR 2005, 785, 786: §§ 3a, 4 BDSG sind keine verbraucherschützenden Vorschriften, weil sie dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts dienen, das allen Personen und nicht nur Verbrauchern zukommt; a.A. *Micklitz*, in: MünchKomm ZPO, § 2 UKlaG Rn. 39.

61 Begr. des RegE eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, BT-Drs. 18/4631, S. 23; schon die Begr. des RegE zu § 22 AGBG a.F. (= §§ 1, 2 UKlaG), BT-Drs. 14/2658, S. 53 nannte § 6 TDG a.F. (= § 5 TMG) als Beispiel für eine verbraucherschützende Vorschrift, obwohl die Norm alle Telemediennutzer adressiert; s.a. *Micklitz*, in: MünchKomm ZPO, § 2 UKlaG Rn. 39.

62 Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 37.

Weil die von der BaFin vollzogenen Aufsichtsgesetze durchweg nicht an die Verbrauchereigenschaft anknüpfen, sondern den Privatkunden zum Schutzadressaten haben, sind öffentlich-rechtliche Verbraucherschutzvorschriften nur dann denkbar, wenn Anforderungen des öffentlichen Aufsichtsrechts wie insbesondere §§ 31 ff. WpHG⁶³ neben einer anlegerschützenden Zielrichtung auch eine Ausrichtung auf den kollektiven Verbraucherschutz entnommen wird. Die europarechtlich gebotene Einordnung der Wohlverhaltenspflichten als Verbraucherschutzgesetz nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 UKlaG⁶⁴ legt einen Gleichlauf nahe. Sie kann jedoch die Qualifizierung im Rahmen des nicht europarechtlich geforderten § 4 Abs. 1a FinDAG nicht determinieren. Für den Charakter insbesondere der §§ 31 ff. WpHG als Verbraucherschutzgesetz spricht gleichwohl, dass mit dem neuen Aufsichtsziel in § 4 Abs. 1a Satz 1 FinDAG die Verbraucher als gesondertes Teilkollektiv der Privatkunden sichtbar werden.

Nach Auffassung der Bundesregierung scheidet die für den finanziellen Kundenschutz bedeutsame Preisangabenverordnung (PAngV), deren Beachtung von den Behörden der Länder überwacht wird, als für die BaFin maßgebliche Verbraucherschutzvorschrift aus⁶⁵. Diese Annahme bedarf allerdings der Differenzierung: Zwar wäre die Feststellung von Verstößen durch die Bundesanstalt ein Übergriff in die Kompetenzen eines anderen Verwaltungsträgers. Dies schließt

63 Ungeachtet der Auseinandersetzung um die zivilrechtliche Bedeutung der Wohlverhaltenspflichten ist ihr Charakter als öffentlich-rechtliche Aufsichtsnormen unbestritten, s. nur BGH NZG 2013, 1226 Rn. 16; BGHZ 191, 119 Rn. 47; BGH WM 2011, 2261 Rn. 50; BGH NZG 2009, 354 Rn. 12; *Schwark*, in: Schwark/Zimmer (Fn. 15), vor §§ 31 ff. WpHG Rn. 14 f.; ausführlich *Dieckmann*, AcP 213 (2013), 1, 20 ff.; dies entspricht auch dem Ansatz des FRUG, s. Begr. des RegE, BT-Drs. 16/4028, S. 53, 65; BT-Drs. 16/4899, S. 12.

64 Dass § 2 Abs. 2 Nr. 7 UKlaG nach seinem Wortlaut nur die das Verhältnis zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und Kunden regelnden Normen einbezieht, bewirkt keine Beschränkung. Der deutsche Gesetzgeber wollte hiermit allein solche Vorschriften von der kollektivrechtlichen Durchsetzung vor den Zivilgerichten ausnehmen, die Befugnisse der BaFin begründen, s. BT-Drs. 16/4028, S. 100. Das sind etwa §§ 35, 38 Abs. 2 – 4 WpHG.

65 §§ 6 ff. PAngV; s.a. Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 37. Hierbei handelt es sich um einen Dauerbrenner rechtspolitischer Diskussion: Den Vorschlag des BR in der Stellungnahme zum RegE, BT-Drs. 18/3994, Anlage 3, S. 75 Nr. 28c, der BaFin die Vollzugszuständigkeit nach der PAngV für die von ihr beaufsichtigten Institute zu übertragen, hat die BReg ein weiteres Mal abgelehnt, Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 18/3994, S. 82. Einen entsprechenden Vorschlag des BR anlässlich der Verabschiedung des Gesetzes zur Stärkung der deutschen Finanzaufsicht (BT-Drs. 17/10040, S. 26 Nr. 9) hat die BReg abgelehnt, weil die BaFin „in der Fläche“ für eine Kontrolle nicht ausreichend vertreten sei, Gegenäußerung der BReg, BT-Drs. 17/10252, S. 3; zuvor schon BR-Drs. 328/12; BT-Drs. 17/8648; s.a. die Diskussion um das EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz in BT-Drs. 16/2930 mit einem entsprechenden Vorschlag des BR (S. 28) und der Ablehnung durch die BReg (S. 31).

jedoch nicht generell aufsichtsrechtliche Maßnahmen der BaFin aus, die an entsprechende Feststellungen der zuständigen Landesbehörden anknüpfen. Denn die PAngV sieht kein abschließendes, „finanzmarktaufsichtsfestes“ Eingriffsinstrumentarium mit Sperrwirkung für die Bundesanstalt vor.

3.1.3 Zivilrechtliche Verbraucherschutzgesetze

Steht bei öffentlich-rechtlichen Vorschriften die Qualifikation als Verbraucherschutzgesetz in Frage, so finden sich im Zivilrecht von den Regelungen über den Verbraucherkredit bis zu den Vorschriften über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher zahlreiche Regelungen überwiegend europäischer Provenienz, deren verbraucherschützender Charakter unbestritten ist. Auch wirkt nicht die Zuständigkeit einer anderen Behörde befugnisausschließend. Allerdings entscheiden sowohl bei individueller als auch bei kollektiver Rechtsdurchsetzung die Zivilgerichte über die Verletzung von Verbraucherschutzgesetzen: In Frage steht die Kompetenz der BaFin, tatbestandsauslösend einen Verstoß gegen zivilrechtliche Normen festzustellen.

Die Funktionenordnung des Grundgesetzes ist nicht erst berührt, wenn Zivilgerichte Verwaltungsakte erlassen oder die BaFin Recht spricht⁶⁶. Vielmehr soll die Unterscheidung der Gewalten auch gewährleisten, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen für die jeweilige Sachentscheidung verfügen⁶⁷. Die Rechtsordnung muss deshalb Mechanismen bereitstellen, die im Verhältnis der Gewalten zueinander die jeweiligen Entscheidungsräume sichern. Die Rechtskraftwirkung zivilgerichtlicher Urteile gewährleistet ihre Beachtlichkeit für die Verwaltung. Umgekehrt begründen die besonderen Funktionsleistungen der Exekutive beim Vollzug öffentlich-rechtlicher Gesetze die Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten im Zivilprozess⁶⁸.

⁶⁶ Art. 20 Abs. 2 GG selbst hat keine eigenständige Zuweisungsfunktion, *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig, GG Bd. 1, Art. 20 Rn. 58. Das Rechtsprechungsmonopol der Gerichte ergibt sich aus Art. 92 GG.

⁶⁷ BVerfGE 68, 1, 86; zuvor schon *Schmidt-Aßmann*, GedS Martens, 1987, S. 249, 263 f.

⁶⁸ BGHZ 73, 114, 116 f.; 158, 19; BGH NVwZ-RR 2008, 154, 156; im Wettbewerbsrecht ist anerkannt, dass ein durch Verwaltungsakt erlaubtes Verhalten nicht unlauter sein kann, s. BGHZ 163, 265; LG Hamburg PharmR 2014, 253; im Streit um die „Tagesschau App“ wurde von OLG Köln ZUM 2014, 247 eine Tatbestandswirkung auslösende Gestattung bejaht, von BGH, Urt. v. 30.4.2015 – I ZR 13/14 – hingegen verneint; im Amtshaftungsprozess wird für die Tatbestandswir-

Auf verfassungsrechtlich anerkannte Funktionsleistungen kann sich die Verwaltung indes nicht berufen, wenn sie zivilrechtliche Feststellungen trifft. Soweit die Entwurfsbegründung einen Missstand darin sieht, dass ein Institut eine einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht beachtet⁶⁹, ist die behördliche Feststellung eines Verstoßes gegen verbraucherschützende Vorschriften gleichwohl in der Regel unproblematisch. Denn ungeachtet ihrer inter partes-Wirkung sind höchstrichterliche Urteile über die Unzulässigkeit der Verwendung von AGB⁷⁰ oder über Verstöße gegen verbraucherschützende Vorschriften regelmäßig derart eindeutig tenoriert, dass insoweit die Bundesanstalt keine eigenständigen zivilrechtlichen Prüfungen anstellt, sondern bloß nachvollziehend aufsichtliche Konsequenzen zieht.

Die weitere Annahme des Entwurfsbegründung, die Bundesanstalt könne bei systematischen und gewichtigen Verstößen auch dann einschreiten, wenn in absehbarer Zeit kein klärendes höchstrichterliches Urteil zu erwarten sei⁷¹, lässt sich zwar unter Aufbietung aller verfügbaren Koordinierungsmechanismen ohne Verstoß gegen das Gebot einer funktionsgerechten Zuordnung verwirklichen. Sie unterschlägt aber die Folgekosten insbesondere für den Rechtsschutz:

Im Fall einer vom betroffenen Institut angestregten Anfechtungsklage gegen eine auf Verbraucherrechtsverstöße gestützte Verfügung der BaFin kann sich das Verwaltungsgericht den behördlichen Feststellungen nur insoweit kompetenzgemäß widmen, wie es sie allein als Vorfrage ansieht, deren Beantwortung nicht an der Rechtskraftwirkung partizipiert⁷². Für die Behandlung als Hauptfrage fehlt

kung von Verwaltungsakten unter Verweis auf die besonderen Verfahrensgarantien des gerichtlichen Verfahrens zusätzlich deren rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Bestätigung verlangt, s. BGHZ 9, 129, 132 f.; 112, 363, 365; 113, 17, 20; 117, 159; 127, 223, 225; 178, 51, 55.

69 Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 36.

70 Siehe für Verbandsklagen die Sonderregelung in § 9 UKlaG betr. die Urteilsformel; beispielhaft zu Klagen nach §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG BGHZ 201, 168 – Bearbeitungsentgelt in Privatdarlehens-AGB; s.a. § 11 UKlaG zur über die Rechtskraftwirkung hinaus gehenden Breitenwirkung des Urteils.

71 Begr. des RegE, BT-Drs. 18/3994, S. 36; möglicherweise fühlte sich der Gesetzgeber ermuntert durch literarische Beiträge, die der Aufgabenorm des § 6 Abs. 2 KWG recht sorglos entnehmen, ein zu beseitigender Missstand könne auch in einem Verstoß gegen zivilrechtliche Vorschriften liegen, so Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Fn. 15), § 6 Rn. 40 mit der Einschränkung, dies gelte nur für nachhaltige Verstöße mit vermögensrechtlichen Folgen; s.a. Ohler, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 15), § 32 Rn. 11 mit dem caveat, der Verstoß müsse Rückwirkungen auf die Aufsichtsziele haben.

72 § 17 Abs. 2 GVG hat hieran nichts geändert; Vorfragen sind keine Klagegründe im Sinne der Vorschrift. – Die Vorfragenkompetenz über rechtswegfremde Fragen ist unbestritten, s. nur BVerfGE 42, 103, 116 f.; BVerwGE 51, 101, 110; BGHZ 16, 124, 127; s.a. Ehlers, in: Schoch/Schneider/

es einerseits an der Rechtswegzuständigkeit der Verwaltungsgerichte⁷³, während andererseits den Zivilgerichten im Fall der Verweisung keine Kompetenz zur Aufhebung des Verwaltungsakts zuwächst. Will hingegen eine Kundin, ermuntert durch die Verfügung der BaFin, gegen das betroffene Institut zivilrechtliche Ansprüche geltend machen, so wird sie vermutlich damit konfrontiert werden, dass das Zivilgericht den behördlichen Feststellungen eine Tatbestandswirkung verwehrt⁷⁴. Für den Rechtsschutz aller Betroffenen entsteht infolgedessen eine *lose-lose*-Situation. Sollte das Verwaltungsgericht seine Kompetenzgrenzen ausdehnen, droht zusätzlich ein Jurisdiktionskonflikt. Der BaFin ist deshalb von einem Einschreiten abzuraten, wenn die Annahme eines Verstoßes gegen verbraucherschützende Vorschriften nicht durch ein höchstrichterliches Urteil gedeckt ist.

3.2 Klärungsinteresse

Rätsel wirft die weitere Voraussetzung des § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG auf, eine generelle Klärung müsse im Interesse des Verbraucherschutzes geboten erscheinen. Hiermit wird eine Formulierung aus der Entwurfsbegründung zu § 2 Abs. 1 UKlaG aufgegriffen⁷⁵. Das dort als Anspruchsvoraussetzung für einen Unterlassungsanspruch fungierende Gebot⁷⁶ wandelt sich im Kontext des § 4 Abs. 1a Satz 2 FinDAG zu einer zusätzlichen Eingriffsvoraussetzung.

Dem Wunsch des Bundesrates, auf diese dem Aufsichtsrecht bislang nicht bekannte Eingriffsschwelle zu verzichten⁷⁷, ist die Bundesregierung nicht nachgekommen. Sie sieht allerdings in dem Gebot weniger eine weitere tatbestandliche Voraussetzung, sondern eine zusätzliche Betonung der alleinigen Verpflich-

Bier (Hrsg.), VwGO, 27. EL 10/2014, § 17 GVG Rn. 32, § 40 VwGO Rn. 221.

73 Dies hat den Gesetzgeber dazu veranlasst, verwaltungsrechtliche Streitigkeiten um die behördliche Untersagung grenzüberschreitender zivilrechtlicher Verbraucherschutzverstöße nach § 13 Abs. 4 EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz (VSchDG) den Zivilgerichten zuzuweisen, s. BT-Drs. 16/2930, S. 16, 24.

74 Die Tatbestandswirkung eines Verwaltungsakts ist beschränkt auf den Entscheidungssatz; sie umfasst nicht die Entscheidungsgründe, Vorfragen und präjudizielle Rechtsverhältnisse, BGHZ 158, 19, 22.

75 Begr. des RegE, BT-Drs. 14/2658, S. 53; aufgegriffen in der Begr. des RegE eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, BT-Drs. 18/4631, S. 12.

76 Micklitz, in: MünchKomm ZPO, § 2 UKlaG Rn. 15 ff. sieht hierin in Parallele zu § 8 UWG das Erfordernis einer Wiederholungsgefahr.

77 Stellungnahme des BR zum RegE, BT-Drs. 18/3994, Anlage 3, S. 63.