

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einführung und Grundlagen	21
§ 1 Einleitung	21
I. Problemaufriss	21
II. Themeneingrenzung und Gang der Untersuchung	22
§ 2 Die BaFin zwischen Allfinanzaufsicht und Verbraucherschutz	24
I. Gründung der BaFin	24
II. Das Aufsichtsmodell der Allfinanzaufsicht	25
III. Organisation der BaFin	28
1. Organe der BaFin	31
2. Beiräte der BaFin	33
IV. Entwicklung des Verbraucherschutzes als Topos bei der BaFin	34
V. Selbstverständnis der BaFin im Bereich des Verbraucherschutzes	38
VI. Ergebnis	40
§ 3 Ziele der Finanzaufsicht	41
I. Regelungsziele des Kapitalmarktrechts	41
1. Funktionsschutz	42
a) Institutionelle Funktionsfähigkeit	43
b) Operationale Funktionsfähigkeit	44
c) Allokative Funktionsfähigkeit	45
2. Anlegerschutz	46
a) Institutioneller Anlegerschutz	47
b) Individueller Anlegerschutz	49
c) Verhältnis von institutionellem und individuellem Anlegerschutz	50
3. Verhältnis von Funktionsschutz und individuellem Anlegerschutz	51
4. Zusammenfassung	53
II. Ziele des Bankaufsichtsrechts	53
1. Funktionsschutz	54
a) Institutionelle Funktionsfähigkeit	55

b) Operative Funktionsfähigkeit	56
c) Allokativer Funktionsschutz	57
2. Einlegerschutz	59
a) Institutioneller Einlegerschutz	59
b) Individueller Einlegerschutz	60
c) Verhältnis von institutionellem und individuellem Einlegerschutz	63
3. Verhältnis von Funktions- und individuellem Einlegerschutz	64
4. Zusammenfassung	67
III. Ziele des Versicherungsaufsichtsrechts	67
1. Ökonomische Bedeutung der Versicherungswirtschaft	67
2. Die „Theorien“ zu den Zielen der Versicherungsaufsicht	69
3. Ziele der Versicherungsaufsicht nach Solvency II	75
4. Zusammenfassung	78
IV. Ergebnis	79
§ 4 Privatrecht und öffentliches Recht als wechselseitige Auffangordnungen im Recht des kollektiven Verbraucherschutzes	80
I. Das Verhältnis von Privatrecht und Öffentlichem Recht in der deutschen Rechtsordnung	81
1. Die historisch gewachsene Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht	81
2. Die Prinzipien und ihre Relativierungen des Privatrechts des Öffentlichen Rechts	85
a) Prinzipien des Privatrechts und ihre Relativierungen	86
b) Prinzipien des Öffentlichen Rechts und ihre Relativierungen	90
3. Steuerungswissenschaftliche Ansätze zur Bestimmung des Verhältnisses von Öffentlichem Recht und Privatrecht	92
a) Die „neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ und der Gedanke von Öffentlichem Recht und Privatrecht als „wechselseitige Auffangordnungen“	94
b) Die Ansätze Poelzigs und Hellgardts	97
aa) Poelzig – „Normdurchsetzung durch Privatrecht“	97

bb) Hellgardt – „Regulierung und Privatrecht“	99
4. Öffentliches Recht und Privatrecht als grundsätzlich substituierbare und koordinationsbedürftige Mittel zur Verhaltenssteuerung	100
II. Der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung als notwendige Folge der Anerkennung von Öffentlichem Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen	101
1. Die Einheit der Rechtsordnung als Mittel zur Normkoordination	102
a) Engischs Modell der Einheit der Rechtsordnung	102
b) Die Rezeption des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung in der modernen Literatur	104
c) Die Einheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe?	105
aa) Vorgaben des Gleichheitssatzes	106
bb) Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips	108
cc) Vorgaben der Bundestreue	110
d) Normabstimmende Auslegung als Folge des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung	111
2. Abstimmung öffentlicher-rechtlicher und privatrechtlicher Instrumente als Notwendigkeit für die Herstellung der Einheit der Rechtsordnung	114
III. Ausprägungen des Privatrechts und des Öffentlichen Rechts als wechselseitige Auffangordnungen im System der kollektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung	115
1. Sinn und Zweck des kollektiven Verbraucherrechtsschutzes	117
a) Sinn und Zweck des Verbraucherschutzrechts	117
aa) Altliberales Modell	118
bb) Informationsmodell	119
cc) Soziales Schutzmodell	121
dd) Synthese: Verbrauchervertrauen als Ziel des Verbraucherrechts	123
b) Sinn und Zweck des kollektiven Rechtsschutzes	127
aa) Schwächen des individuellen Rechtsschutzes	128
bb) Ausgleich dieser Schwächen durch kollektive Rechtsschutzverfahren	130

(1) Mitigation der Schwächen durch Sammel- und Verbandsklage	130
(2) Mitigation der Schwächen durch öffentlich-rechtliche Verfahren	131
cc) Erhöhung des Maßes der Rechtsdurchsetzung als Ziel der kollektiven Rechtsdurchsetzung	132
c) Synthese: Sinn und Zweck der kollektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung	133
2. Zusammenspiel privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Instrumente beim kollektiven Verbraucherrechtsschutz	134
a) Überblick über privatrechtliche und zivilprozessuale Instrumente	135
aa) Allgemeine zivilprozessuale Bündelungsmöglichkeiten	136
bb) Verbandsklagen	137
(1) Musterfeststellungsklage	137
(2) Abhilfeklage nach dem VDuG-E	139
(3) Verbandsklagen in UWG und UKlaG	140
(a) Verbandsklagen nach dem UKlaG	141
(b) Verbandsklagen nach dem UWG	143
cc) Zwischenergebnis	146
b) Überblick über die öffentlich-rechtlichen Instrumente	147
aa) Verbraucherschutz durch allgemeines Ordnungsrecht	148
bb) Verbraucherschutz durch CPC-Verordnung und das (EU)-VSchDG	150
(1) Die Verordnung (EG) 2006/2004 und das VSchDG	150
(2) Maßnahmen zur Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts nach der Verordnung (EU) 2017/2394	153
(3) Schlussfolgerungen für das Verhältnis von behördlicher Durchsetzung und zivil- sowie zivilprozessrechtlicher Durchsetzung	156
cc) Verbraucherschutz durch Art. 246e EGBGB	157
dd) § 32e Abs. 5 GWB	162

c) Zwischenergebnis	163
IV. Ergebnis	165
2. Teil: Untersuchung der Vorgaben des § 4 Abs. 1a FinDAG	167
§ 5 Konkretisierung des Bedeutungsgehalts des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG	167
I. Rechtsprinzipscharakter des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG	168
1. Absage an die Irrelevanztheorie	168
2. Die strenge Trennungsthese	170
a) Kriterien der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien	170
b) Einordnung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG nach diesen Kriterien	172
3. Die schwache Trennungsthese	174
a) Kriterien der Unterscheidung	175
aa) Generalitätsgrad der Norm	175
bb) Unterscheidung zwischen Zielvorgaben und Verhaltensvorgaben	176
b) Einordnung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG nach diesen Kriterien	177
4. Auswirkungen der Einordnung als Prinzip	179
a) Notwendigkeit der Abwägung	179
b) Einfluss auf die Auslegung von Regeln	182
II. Verwirklichung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG im Rahmen der aufsichtlichen Tätigkeit der BaFin	182
1. Aufsicht als verwaltungsrechtlicher Arbeitsmodus zur Verwirklichung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG	183
a) Begriffliche Klärung	184
b) Konzeption der Aufsicht	188
aa) Allgemeines	188
bb) Speziell: Der Maßstab der Aufsicht	189
cc) Dreiklang des Aufsichtsverfahrens	192
c) Wirtschaftsaufsicht als Unterfall der Aufsicht	194
d) Die begrenzte Leistungsfähigkeit der Dogmatik der Wirtschaftsaufsicht	195
e) Notwendigkeit der Einfügung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG in den Modus der „Aufsicht“	196

2. Bedeutungsgehalt der Verpflichtung zum Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen	198
a) „Innerhalb ihres gesetzlichen Auftrags“	198
b) „Auch dem Schutz [...] verpflichtet“	199
c) „Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen“	200
aa) Das Kollektiv als Bezugspunkt der Verbraucherinteressen	201
bb) Systematische Argumente für die Bestimmung der kollektiven Verbraucherinteressen durch Verbraucherschutzgesetze	203
(1) Verordnung (EG) 2006/2004	203
(a) Rechtfertigung der Heranziehung der Verordnung (EG) 2006/2004	204
(b) Argumente aus der Verordnung (EG) 2006/2004	205
(2) §§ 298 Abs. 1, 294 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 VAG	206
(a) Rechtfertigung der Heranziehung der §§ 298 Abs. 1, 294 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 VAG	207
(b) Argumente aus der Auslegung des § 294 Abs. 2 S. 2 VAG für die Auslegung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG	209
(α) Die Diskussion um die Auslegung der ausreichenden Wahrung der Belange der Versicherten in der Literatur	209
(β) Rechtsprechung zur Auslegung der ausreichenden Wahrung der Belange der Versicherten	215
(γ) Argumente für die Auslegung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG	221
(3) Zwischenergebnis	223
cc) Argumente aus der Gesetzesbegründung für die Bestimmung der kollektiven Verbraucherinteressen durch Verbraucherschutzgesetze	224
dd) Rückgriff auf zivilrechtliche Maßstäbe zur Feststellung der Verbraucherinteressen	226

ee) Verbraucherrechtliche Zielkonzepte als Maßstab	227
ff) Folge: Gesetzesakzessorische Auslegung des Begriffes der „Verbraucherinteressen“	229
d) Verpflichtung zum Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen als Legalitätsaufsicht	229
3. Verhältnis des Ziels des Schutzes der kollektiven Verbraucherinteressen zu den anderen Zielen der Finanzdienstleistungsaufsicht	230
a) Stellungnahmen in der Literatur	230
b) Bewertung	233
c) Eigene Auffassung	234
aa) Verhältnis zu den Zielen des Bankaufsichts- und Kapitalmarktrechts	235
bb) Verhältnis zu den Zielen des Versicherungsaufsichtsrechts	236
cc) Bedeutung für Zielkonflikte	238
4. Bedeutung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG für die Rechtsanwendung der BaFin	238
a) Stellungnahmen in der Literatur	239
b) Bewertung	241
c) Eigene Auffassung	244
aa) Berücksichtigung auf der Tatbestandsseite	245
bb) Berücksichtigung auf der Rechtsfolgende	247
cc) Verpflichtung zum Schutz der kollektiven Verbraucherinteressen als Rechtspflicht der Institute?	249
III. Ergebnis	250
§ 6 Die Eingriffsbefugnis des § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG	251
I. Allgemeines	251
1. Normtheoretische Einordnung	251
2. Sinn und Zweck der Eingriffsbefugnis	253
3. Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG	254
a) Verfassungsrechtliche Einwände gegen § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG	254
aa) Bedenken vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Gewaltenteilung	255
bb) Sonstige verfassungsrechtliche Bedenken	256

b) Würdigung der verfassungsrechtlichen Kritik	256
c) Kein Durchdringen verfassungsrechtlicher Bedenken	262
4. Unterscheidung zwischen Vorliegen und Nichtvorliegen einer BGH-Entscheidung als Auslegungsmaxime	262
a) Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung	262
b) Bewertung	265
II. Die Tatbestandsseite	271
1. Vorliegen eines Verbraucherschutzgesetzes	271
a) Vorliegen eines Gesetzes	271
b) Eigenschaft des Gesetzes als Verbraucherschutzgesetz	272
aa) Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung	272
bb) Möglichkeit der Orientierung an § 2 UKlaG	273
(1) Methodische Grundüberlegungen	274
(2) Rechtfertigung der Anleihe bei § 2 Abs. 2 UKlaG für die Konkretisierung des Merkmals „Verbraucherschutzgesetz“ iSd § 4 Abs. 1a S. 2, S. 3 FinDAG	275
(a) Kritik an der Anleihe in der Literatur	275
(b) Gründe für eine Anleihe zur Konkretisierung des Merkmals „Verbraucherschutzgesetz“	276
cc) Feststellung der Eigenschaft als Verbraucherschutzgesetz durch Kategorisierung von Normen	278
dd) Maßgaben des Beispielskatalogs des § 2 Abs. 2 UKlaG aF für die Auslegung des Begriffes des Verbraucherschutzgesetzes in § 4 Abs. 1a FinDAG	280
(1) Gesetz knüpft explizit an Verbrauchereigenschaft an	280
(2) Verbraucherschutz als Ziel in der Gesetzesbegründung	282
(a) § 2 Abs. 2 Nr. 2 UKlaG aF	282
(b) § 2 Abs. 2 Nr. 3 UKlaG aF	282

(c) § 2 Abs. 2 Nr. 4 UKlaG aF	283
(d) § 2 Abs. 2 Nr. 5 UKlaG aF	284
(e) § 2 Abs. 2 Nr. 7 UKlaG aF	284
(f) § 2 Abs. 2 Nr. 8 UKlaG aF	286
(g) § 2 Abs. 2 Nr. 9 UKlaG aF	287
(3) Vorgaben für Feststellung eines Verbraucherschutzgesetzes	288
ee) Weitere Anhaltspunkte für die Eigenschaft einer Vorschrift als Verbraucherschutzgesetz iSd § 2 Abs. 2 UKlaG	289
(1) Möglichkeit des Anknüpfens an die tatsächlichen Umstände	289
(2) Möglichkeit des Anknüpfens an eine besondere Schutzbedürftigkeit	291
(3) Möglichkeit des Anknüpfens an den Schutz der Privatautonomie	292
ff) Gründe für eine Beschränkung auf Wortlaut und Gesetzgebungsmaterialien zur Feststellung der Eigenschaft eines Gesetzes als Verbraucherschutzgesetz iSd § 2 Abs. 2 UKlaG	294
(1) Die Methodik der Herausarbeitung des Zwecks einer Vorschrift	294
(2) Einsatz des Verbraucherbegriffs durch den Gesetzgeber	296
gg) Zwischenergebnis	297
c) Einschränkung des Kreises der Verbraucherschutzgesetze iSd § 4 Abs. 1a S. 2, S. 3 FinDAG	298
aa) Ansichten in der Literatur	299
bb) Stellungnahme	301
(1) Notwendigkeit weiterer Einschränkung	301
(2) Kriterium der Einschränkung	303
cc) Die typische Beeinflussung der aufsichtsbegründenden Tätigkeit durch das Verbraucherschutzgesetz als Restriktion	306
d) Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf Beispiele	306
aa) Art. 9 Abs. 2 SEPA-VO	306

bb) § 1a VVG	308
cc) § 18a KWG	309
2. Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz	310
a) Allgemeine Überlegungen	310
b) Verstoß bei Vorliegen einer BGH-Entscheidung zu einem zivilrechtlichen Verbraucherschutzgesetz	312
aa) Der anzulegende Maßstab	312
bb) Methodik der Feststellung des Verstoßes	315
cc) Zwischenergebnis	317
c) Verstoß in anderen Fällen	317
aa) Verstoß bei öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutzgesetzen	318
bb) Verstoß bei zivilrechtlichen Verbraucherschutzgesetzen und Fehlen einer einschlägigen BGH-Entscheidung	318
d) Trichotomie der Prüfungsmaßstäbe für die Beurteilung des Vorliegens eines Verstoßes gegen ein Verbraucherschutzgesetz	319
3. Qualifikation des Verstoßes gegen ein Verbraucherschutzgesetz	320
a) Das qualifizierende Merkmal der Erheblichkeit	320
aa) Verhältnis der qualifizierenden Merkmale	320
bb) Bedeutung des Merkmals der Erheblichkeit	324
(1) Wortlaut	325
(2) Erheblichkeit als Merkmal in anderen Generalbefugnissen des Finanzdienstleistungsaufsichtsrechts	325
(a) Erheblichkeit als Qualifikation in den kapitalmarktrechtlichen Generalbefugnissen	326
(b) Erheblichkeit als Qualifikation in § 6 KWG	328
(c) Erheblichkeit als Merkmal in der Generalbefugnis des § 4 Abs. 2 ZAG	329
(d) Erheblichkeit als Merkmal in der Generalbefugnis der §§ 298 Abs. 1, 294 Abs. 2 VAG	330

(e) Rückschlüsse für die Auslegung des Merkmals der Erheblichkeit des Verstoßes in § 4 Abs. 1a S. 2, S. 3 FinDAG	330
(3) Konkretisierung durch Vorgaben des § 4 Abs. 1a FinDAG	331
(a) Allgemeine Überlegungen zur Konkretisierung des Merkmals der Erheblichkeit	331
(b) Das Merkmal der Erheblichkeit bei Vorliegen einer BGH- Entscheidung zu einem zivilrechtlichen Verbraucherschutzgesetz	333
(c) Das Merkmal der Erheblichkeit bei Fehlen einer einschlägigen BGH- Entscheidung zu einem zivilrechtlichen Verbraucherschutzgesetz	336
(d) Das Merkmal der Erheblichkeit bei öffentlich-rechtlichen Verbraucherschutzgesetzen	339
cc) Das Vorliegen einer Gefährdungslage für die Rechtsdurchsetzung als Maßstab für die Erheblichkeit eines Verstoßes gegen ein Verbraucherschutzgesetz	340
b) Breitenwirkung des Verstoßes als weitere Qualifikation?	342
4. Klärungsinteresse	343
a) Klärungsinteresse als Tatbestandsvoraussetzung	344
b) Inhaltliche Bedeutung des Klärungsinteresses	345
aa) Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	345
bb) Bewertung	347
c) Das Klärungsinteresse als Prognoseentscheidung	355
5. Adressat der Maßnahme	356
6. Ergebnis	356
III. Die Rechtsfolgenseite	359
1. Entschließungsermessen der BaFin	360
2. Auswahlermessen der BaFin	365
a) Vorgaben für das Auswahlermessen	366

aa) Allgemeine Leitlinien	366
bb) Einzelne diskutierte Maßnahmen	370
(1) Anordnungen zur Folgenbeseitigung	370
(a) Ansichten in der Literatur	371
(b) Bewertung	372
(2) Anordnungen zur Information der Verbraucher	379
(3) Anordnungen zur Unterlassung der Verwendung von und Berufung auf unwirksame Klauseln in Verträgen	382
b) Zwischenergebnis	385
3. Ergebnis zur Konkretisierung der Rechtsfolgen	386
IV. Verhältnis des S. 2 zu anderen Normen	387
§ 7 Das Mystery-Shopping nach § 4 Abs. 1a S. 4 FinDAG	389
3. Teil: Reformüberlegungen zu § 4 Abs. 1a FinDAG	393
§ 8 Vorüberlegungen zu einer Reform des § 4 Abs. 1a FinDAG	393
I. Absage an einen Systemwechsel	393
II. Das vom Gesetzgeber befürwortete Behördenmodell	395
III. Schwächen der privatrechtlichen Instrumente der kollektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung als Anknüpfungspunkte	396
1. Die allgemeinen Schwächen der privatrechtlichen Instrumente	396
2. Einschränkung vor dem Hintergrund des branchenspezifischen Ansatzes	398
3. Einschränkung vor dem Hintergrund der aktuellen Systematik der kollektiven Verbraucherrechtsdurchsetzung	400
IV. Ergebnis	402
§ 9 Anpassungsbedarf bei § 4 Abs. 1a FinDAG	403
I. Streichung des § 4 Abs. 1a S. 1 FinDAG	404
II. Reformüberlegungen zur Eingriffsbefugnis des § 4 Abs. 1a S. 2 FinDAG	407
1. Beschränkung der Eingriffsbefugnis auf zivilrechtliche Verbraucherschutzgesetze	407
2. Gestaltung der Eingriffsbefugnis	408

a) Schaffung einer Eingriffsbefugnis für Verstöße gegen höchstrichterliche Entscheidungen	409
b) Schaffung einer Eingriffsbefugnis für qualifizierte Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze	415
c) Abstimmung der beiden Eingriffsbefugnisse	419
d) Verstoß gegen Verwaltungsakte als Ordnungswidrigkeit	420
3. Zuweisung der Streitigkeiten über verbraucherschützende Verfügungen an die ordentlichen Gerichte	421
a) Sachliche Gründe für die Zuweisung an die ordentlichen Gerichte	421
b) Verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Zuweisung an die ordentlichen Gerichte	423
c) Übertragung des Rechtsschutzsystems	425
4. Die BaFin als amicus curiae bei bedeutenden Verbraucherrechtsstreitigkeiten?	426
5. Wechselseitige Informationspflichten von BaFin und Zivilgerichten	428
III. Ergebnis	429
4. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	431
Literaturverzeichnis	437